

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

Caso Arbitral: Intramedica S.A.C. – Ministerio de Salud

Contrato N° 177-2011-MINSA: Adquisición de Equipos Biomédicos para los Hospitales de Ica (Hospital Regional de Ica SNIP 72056 – Hospital Santa María del Socorro SNIP 74505 – Hospital San Juan de Dios de Pisco SNIP 76065)

Lima, 26 de noviembre de 2013

DEMANDANTE:

Intramedica S.A.C. o ("INTRAMEDICA" o "el Demandante")

DEMANDADO:

Ministerio de Salud ("la Entidad", "el Demandado" o "MINSA")

TRIBUNAL ARBITRAL:

MARIO MANUEL SILVA LÓPEZ (Presidente del Tribunal Arbitral)

JUAN HUAMANÍ CHÁVEZ (Árbitro)

IVÁN ALEXANDER CASIANO LOSSIO (Árbitro)

SECRETARIO AD HOC:

LUIS PUGLIANINI GUERRA

SEDE DEL ARBITRAJE E IDIOMA:

Mediante el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral de fecha 9 de mayo de 2012, se fijó como Sede del presente arbitraje, el domicilio ubicado en Av. Arequipa N° 1295, Oficina 601, Santa Beatriz, provincia y departamento de Lima.

El idioma aplicable es el castellano.

I. ANTECEDENTES:

EXISTENCIA DE UN CONVENIO ARBITRAL Y DESIGNACION DE ÁRBITROS

Con fecha 31 de Marzo del 2011, **EL MINISTERIO DE SALUD –A TRAVÉS DEL HOSPITAL SANTA MARÍA DEL SOCORRO SNIP 74505 Y EL HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS DE PISCO SNIP 76065– Y LA EMPRESA INTRAMEDICA S.A.**, suscribieron el **Contrato Nº 177-2011-MINSA**.

Al surgir controversias entre las partes que suscribieron el contrato antes mencionado, el Contratista en aplicación de la Cláusula Décimo Séptima del Contrato denominada **CLÁUSULA DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS**, remitió a la Entidad la Carta de Solicitud de Arbitraje, a través de la cual designó como árbitro al Dr. Juan Huamaní Chávez. Por su parte, la Entidad en su respectiva Carta de respuesta, designó como árbitro al Dr. Iván Alexander Casiano Lossio. Posteriormente, los árbitros de parte designados de común acuerdo, nombraron como Presidente del Tribunal Arbitral al Dr. Mario Manuel Silva López.

La Instalación del Tribunal Arbitral:

Con fecha 9 de mayo de 2012, se procedió a la Instalación del Tribunal Arbitral, diligencia en la cual se fijaron las reglas del arbitraje en presencia de ambas partes, quedando notificadas de la respectiva acta en dicha fecha.

Al respecto, se deja constancia que ninguna de las partes ha impugnado o reclamado el contenido del Acta de Instalación, dando su conformidad al cumplir con las disposiciones contenidas en ésta.

En dicha audiencia, los miembros del Tribunal Arbitral declararon que han sido debidamente designados de conformidad con lo establecido en el convenio arbitral celebrado entre las partes, dejando constancia que no estaban sujetos a incompatibilidad alguna ni a hechos o circunstancias que les obligara a inhibirse, al no haber mantenido ni mantener relación con las partes.

De otro lado, se estableció que las reglas aplicables al presente arbitraje serán las establecidas en el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral, y en su defecto, lo dispuesto por el Decreto Legislativo N° 1017, Ley de Contrataciones del Estado (en adelante, la Ley), así como su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF (en adelante, el Reglamento) y, supletoriamente, por la Ley de Arbitraje, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1071 (en adelante, la Ley de Arbitraje).

II. EL PROCESO ARBITRAL:

LA DEMANDA

El Petitorio

Mediante escrito de fecha 30 de mayo de 2012, complementado el 12 de junio de 2012, INTRAMEDICA formuló las siguientes pretensiones materia de su demanda:

Primera pretensión principal: Se disponga la nulidad de la resolución del ítem 23 del Contrato 177-2011-MINSA, materializada mediante carta notarial de fecha 23.01.2012.

Segunda Pretensión Principal: Se disponga la validez de la resolución contractual materializada por INTRAMÉDICA SAC, mediante carta notarial de fecha 25.01.2012.

Tercera Pretensión Principal: Se disponga que el MINSA asuma íntegramente los costos y costas del presente proceso por ser quien ha originado, sin ningún sustento, la controversia con INTRAMÉDICA, incluyendo los honorarios legales en que se haya o estemos incurriendo.

Cuarta Pretensión Principal: Se disponga el pago del 50% de los costos de los bienes que integran el ítem 23 (Equipo de Cirugía Laparoscópica Especializada), los que incluyen los gastos de adquisición, importación, nacionalización, almacenamiento, utilidad y todos los tributos que le fueron aplicados; por concepto de indemnización por daños y perjuicios, así como lucro cesante. El monto asciende a S/. 299,730.60 (Doscientos noventa y nueve mil setecientos treinta con 60/100 Nuevos Soles).

Quinta Pretensión Principal: Se disponga la reposición de los gastos incurridos para la participación en la Licitación Pública 018-2010-MINSA, referidos a la emisión y mantenimiento de la carta fianza de seriedad de oferta. Asimismo, la reposición de los gastos financieros incurridos para suscribir el Contrato 177-2011-MINSA, es decir, a la emisión y mantenimiento de la carta fianza por el concepto de fiel cumplimiento y adelantos. Cabe señalar que aún cuando se presentó la carta fianza por adelantos, la Entidad no entregó ningún monto por dicho concepto, otra muestra de la arbitrariedad institucional que impera en el Sector Público. El monto asciende a S/. 4,052.95 (Cuatro mil cincuenta y dos con 95/100 Nuevos Soles).

Primera pretensión alternativa: Que el Tribunal, alternativamente, y luego de comprobarse la inconsistencia técnica de las observaciones, así como la negativa ilegal, arbitraria y subjetiva, de emitir la conformidad técnica de los bienes, disponga la recepción de los bienes y el pago correspondiente.

Segunda pretensión alternativa: Sin perjuicio de aceptarse la primera pretensión alternativa, se solicita que el Tribunal disponga que el MINSA

asuma los costos y costas del presente procedimiento arbitral por ser ella quien ha generado la inexplicable – y antitécnica – controversia.

Al respecto, mediante Resolución N° 3 de fecha 14 de junio de 2012, se admitió a trámite la demanda y su escrito complementario.

Fundamentos de Hecho

En su demanda, INTRAMEDICA señaló lo siguiente:

- a. El 06.09.2010 se convocó en el SEACE la Licitación Pública 018-2010-MINSA, cuyo objeto de convocatoria fue la adquisición de equipos biomédicos para los hospitales de Ica (Hospital Regional de Ica SNIP 72056 – Hospital Santa María del Socorro 74505 – Hospital San Juan de Dios de Pisco SNIP 76065).
- b. El 26.10.2010, el comité especial registró en el SEACE el Pliego de Absolución de Consultas. Asimismo, el día 26.11.2010, registró el Pliego de Absolución de Observaciones.
- c. INTRAMÉDICA realizó una observación al tipo de formato requerido en el equipo de cirugía, el mismo que fue el siguiente:

"El numeral B02, SOLICITAN formato 16:9, el cual solo da una imagen más grande con menoscabo de la calidad de la misma.

El formato 5:4 ofrece una resolución de la imagen mucho más nítida Siendo la calidad de la imagen una de las cosas más importantes durante los procedimientos quirúrgicos. Sobre el particular, las especificaciones técnicas deben reflejar las necesidades de las dependencias técnicas y establecer los bienes que permita, de la forma más eficiente, su satisfacción. En este punto de las bases, las especificaciones técnicas están

obviando un componente indispensable para los procedimientos quirúrgicos, y es la calidad de la imagen captada por la cámara y reproducida en la pantalla. El formato requerido no permite que los médicos, en los procedimientos quirúrgicos, cuenten con una imagen nítida que otorgue seguridad en beneficio de los pacientes.

Observamos que el comité especial no haya respondido de forma sustentada a la consulta formulada y que tampoco haya realizado, tal como manda la normativa de contratación pública un sustento que fundamente su respuesta, manteniendo condiciones poco técnicas que no resultan coherentes para cumplir con los objetivos de la entidad. En ese orden de ideas, se cuestiona que el formato de resolución sea de 16:9 y se solicita la modificación al formato 5:4 como parte de los requerimientos mínimos del ítem 23 numeral B02, como sigue:

B02 Resolución mínima 1920 x 1080 pixel, escáner progresivo formato 16:9 ó 5:4"

d. El comité especial absolvió la observación, indicando textualmente lo siguiente:

"De acuerdo a lo opinado por el área usuaria mediante Oficio N° 1620-2010-DGIEM/MINSA se indica:

"para permitir el ingreso de otras tecnologías deberá decir: B02 Resolución mínima 1920 x 1080 pixel, escáner progresivo formato 16:9 ó 5:4"

Lo expuesto por el área usuaria se condice con el artículo 13º de la Ley y el artículo 11º del Reglamento, los cuales disponen que es facultad exclusiva de la entidad definir su

requerimiento, cuidando que este incida en los objetivos y resultados que se buscan obtener y se evite la incorporación de mecanismos que constituyan una barrera para el acceso a la contratación”.

- e. El 03.01.2011, el comité especial integró las bases de la licitación, quedando establecidas las disposiciones que regularían el proceso de selección.
- f. El 10.01.2011 se presentaron las propuestas del proceso y el día 01.02.2011, se otorgó la buena pro del ítem 23 (Equipo de cirugía Laparoscopica especializada) a la empresa INTRAMÉDICA SAC.
- g. El 31.03.2011, MINSA e INTRAMÉDICA suscribieron el Contrato 177-2011-MINSA, referido al ítem 23 de la Licitación Pública 018-2010-MINSA.
- h. El 05.08.2011, se verificó el equipo de cirugía laparoscópica especializada, correspondiente al ítem 23 del Contrato 177-2011-MINSA, por parte del señor Ronald Mogrovejo. Producto de la revisión se suscribe el Acta de Verificación, indicando textualmente lo siguiente: “*No cumple en el numeral B02 Resolución mínima 1920 x 1080 pixel, escáner progresiva, formato 16:9 o 5:4. ESTADO EN QUE QUEDA LOS BIENES: NO CONFORME*”.
- i. El 23.09.2011, mediante Oficio 2010-2011-OL-ESL/MINSA, remitida a Calle Los Antares Mz. A5. Lote 1 Torre “B”, se comunicó a INTRAMÉDICA los resultados de la verificación del equipo, haciendo referencia al Memorándum 1899-2011-DGIEM/MINSA y el Informe 0712-2011-DE-DGIEM/MINSA, afirmando que, según dichos documentos, existen observaciones efectuadas al equipo de cirugía laparoscópica especializada, correspondiente al ítem 23 del Contrato 177-2011-MINSA.

Asimismo, se dispuso que en un plazo máximo de dos (02) días calendarios de recibido, proceda con levantarlas.

- j. El 26.09.2011, INTRAMÉDICA levantó la observación efectuada, indicando que el equipo sí cumple con las especificaciones solicitadas en el proceso de selección debido a que en el pliego de absolución de observaciones la Entidad permitió que se ofrecieran dos formatos: 16:9 y 5:4, el éste último tiene como característica que la resolución de imagen sea de 1280 x 1080.
- k. El 03.01.2011, INTRAMÉDICA cursó comunicación al MINSA, a fin de resolver el ítem 23 del Contrato 177-2011-MINSA, de mutuo acuerdo debido a la inexplicable contradicción de la DGIEM, al mantener su observación.
- l. El 13.01.2012, INTRAMÉDICA se reunió con la Dirección General de Infraestructura, Equipamiento y Mantenimiento, incluyendo al señor Mogrovejo. En dicha reunión, los representantes de la DGIEM mantuvieron su postura incongruente con los elementos técnicos que intervienen en la resolución de las imágenes, de acuerdo con los formatos (16:9 y 5:4) utilizados; exigiendo que el formato 5:4 tuviera una resolución de imagen de 1920 x 1080.
- m. El 18.01.2011, INTRAMÉDICA cursó carta notarial al MINSA exigiendo la conformidad técnica de los equipos, toda vez que se había sustentado innumerables veces que lo exigido por la Entidad resulta técnicamente imposible e incoherente puesto que en las mismas bases del proceso, a través de las observaciones, se había permitido el ingreso de dos formatos, cada uno con sus propias características. Cabe señalar que en el pliego de absolución de observaciones a la que se hace referencia (Observación 114) el comité especial indica que la variación y apertura de formatos deriva de una opinión técnica de la misma DGIEM. INTRAMÉDICA otorgó a la Entidad un plazo perentorio de dos (02) días

para otorgar la conformidad, caso contrario resolvería el contrato por incumplimiento de la Entidad.

- n. El 23.01.2012, el MINSA remitió carta notarial (Oficio 086-2012-OL/MINSA) a Jr. San Martín 864. Oficina 901, mediante la cual señaló textualmente lo siguiente:

"Por lo tanto, habiendo constatado la DGIEM que su representada no subsanó la observación al equipo de cirugía laparoscópica especializada, a pesar de ser una especificación técnica de las bases integradas de la Licitación Pública N° 018-2010-MINSA, situación de incumplimiento que no puede ser revertida y no siendo necesario efectuar un requerimiento previo, mi despacho en aplicación del tercer párrafo del artículo 169º del Reglamento (...) resuelve el Contrato 177-2011-MINSA, situación que será comunicada al Tribunal de Contrataciones del Estado para la sanción correspondiente".

- o. La mencionada carta notarial no fue recibida por INTRAMÉDICA debido a que en esos momentos ya no domiciliaba en Jr. San Martín 864. Oficina 901, situación conocida por la Entidad.
- p. El 25.01.2012, INTRAMEDICA remitió carta notarial al MINSA resolviendo el contrato por incumplimiento de la Entidad en emitir la conformidad técnica dentro del plazo de dos (02) días calendarios otorgado.
- q. El 26.01.2012, el MINSA cursó carta notarial del Oficio 096-2012-OL/MINSA, mediante el cual nos remite el cargo del documento (Oficio 086-2012-OL/MINSA), diligenciado notarialmente en Jr. San Martín 864. Of. 901; indicando que mediante dicho oficio se resolvió el contrato el día 23.01.2012.

- r. El 31.01.2012, el MINSA cursa carta notarial del Oficio 120-2012-OL/MINSA, mediante el cual indicó que la carta notarial remitida por INTRAMEDICA el día 25.01.2012 no tiene ningún efecto legal al haberse resuelto el Contrato 177-2011-MINSA, mediante el Oficio 086-2012-OL/MINSA.
- s. El 07.02.2012, el MINSA cursó carta notarial del Oficio 150-2012-OL/MINSA, señalando que el cuestionamiento de INTRAMEDICA a la resolución contractual generada por el MINSA debe ser cuestionada mediante un arbitraje.
- t. En relación a la primera pretensión principal, la ilegal resolución del Contrato 177-2011-MINSA por parte del MINSA, tiene como premisa que INTRAMEDICA no cumplió con entregar un equipo de cirugía laparoscópica especializada, de acuerdo con las especificaciones técnicas requeridas en las bases integradas. Específicamente el MINSA inicialmente requirió que la cámara de video del equipo de cirugía cumpla con la resolución mínima de 1920 x 1080 pixeles, de acuerdo con lo señalado en el B02 de las bases.
- u. La observación que el MINSA realiza, específicamente la DGIEM, resulta contradictoria con las propias bases del proceso de selección; y pretende imponer una modificación de las condiciones del contrato, puesto que en el Pliego de Absolución de Observaciones, la misma DGIEM opinó que era posible entregar un formato de video 16:9 o un formato de video de 5:4.
- v. Como se puede verificar del pliego de absolución de observaciones, INTRAMEDICA observó que en el numeral B02 sólo requerían el formato 16:9, el mismo que ofrece una imagen más grande con menoscabo de la calidad, mientras que el formato 5:4 ofrece una resolución mucho más nítida, y lo que se busca en estos componentes son la calidad de las imágenes durante los procedimientos quirúrgicos. En ese sentido, se

observó que no se haya respondido la consulta de forma sustentada y se requirió que se modifique, permitiendo el formato 5:4 como parte de los requerimientos técnicos mínimos.

- w. El comité especial, previa opinión de la DGIEM, acogió la observación y permitió que se presentasen el formato 16:9 o el formato 5:4. A dicho efecto, señaló que la modificación se realizaba para "permitir el ingreso de otras tecnologías (...)".
- x. El objetivo de la consulta y la observación realizada por INTRAMEDICA durante el proceso de selección, respondió a la necesidad de abrir las especificaciones técnicas a otro formato; puesto que, tal como se establecía el requerimiento dicha condición sólo permitía que se ofreciera un solo tipo de formato, sin ningún sustento técnico o ventaja cualitativa, menoscabando la participación de los postores. El comité especial – y la DGIEM – con la aceptación de un segundo formato (5:4) lo que reconocen, y así se advierte de la redacción del pliego de observaciones, permiten el ingreso de otras tecnologías.
- y. Actualmente, tal como se ha demostrado en innumerables ocasiones, incluso en la reunión sostenida en el MINSA, sólo existen dos tipos de formatos de video. El primero representado por la clasificación 16:9, que posee una resolución de imagen de 1920 x 1080; y el segundo, representado por la clasificación 5:4, que posee una resolución de imagen de 1280 x 1080.
- z. No existe técnicamente un formato 16:9 que cuente con la resolución de imagen correspondiente al formato 5:4; es decir, no puede existir un formato 16:9 con resolución 1280 x 10180 o un formato 5:4 con una resolución de 1920 x 1080, esto es imposible a nivel técnico.

aa. La única condición técnica que existe es la siguiente:

FORMATO	RESOLUCIÓN DE IMAGEN
16:9	1920 x 1080
5:4	1280 x 1080

bb. No obstante, el MINSA – y la DGIEM – solicitan que se combine el formato de uno con la resolución de imagen de otro, de la siguiente manera:

FORMATO	RESOLUCIÓN DE IMAGEN
16:9	1280 x 1080
5:4	1920 x 1080

cc. Esta situación resulta antitécnica e inexistente. No puede generarse combinaciones entre formato y resoluciones. A cada formato, sea 16:9 o 5:4, le corresponde una resolución de imagen determinada, inamovible y fija. Lo que pretende la Entidad es simplemente imposible de cumplir; no solo para INTRAMÉDICA, sino para cualquier proveedor.

dd. Ahora bien, los formatos definen la resolución de la imagen; y la resolución de la imagen define el tipo de formato. En ese sentido, cuando el comité especial – previa opinión favorable de la DGIEM – permitió que los postores ofrecieran un formato determinado (5:4), es una consecuencia, como hemos demostrado, que la resolución de la imagen corresponda a 1280 x 1080, sin posibilidad de modificación.

ee. En esta etapa, en la fase de ejecución contractual, la Entidad (MINSA y DGIEM) no pueden pretender cambiar las condiciones en las que se permitió ofertar los bienes, perjudicando a los proveedores, toda vez que esta situación vulnera el Principio de Transparencia regulado en el artículo 4º de la Ley, que señala:

"Toda contratación deberá realizarse sobre la base de criterios y calificaciones objetivas, sustentadas y accesibles a los postores. Los postores tendrán acceso durante el proceso de selección a la documentación correspondiente, salvo las excepciones previstas en la presente norma y su Reglamento (...)"

ff. Como se puede apreciar, las condiciones de las bases integradas son analizadas por los proveedores para verificar qué deberán ofrecer en su propuesta, y también qué deberá verificar la Entidad durante la ejecución contractual para otorgar la conformidad. Si las condiciones de la contratación pueden ser modificadas subjetivamente y caprichosamente por la Entidad en la ejecución contractual, entonces no existe ninguna seguridad jurídica en los contratos que suscriba el Estado.

gg. Asimismo, la modificación que realiza la Entidad (MINSA y DGIEM), resulta totalmente ilegal en esta etapa puesto que las bases integradas del proceso, las cuales incluyen las modificaciones realizadas en consultas y/u observaciones¹, forman parte del contrato; situación que se desprende del artículo 142 del Reglamento, el que señala textualmente que: *"El Contrato está conformado por el documento que lo contiene, las Bases Integradas y la oferta ganadora, así como los documentos derivados del proceso de selección que establezcan obligaciones para las partes y que hayan sido expresamente señalados en el contrato".*

hh. El Contrato tiene como uno de sus componentes las Bases Integradas del proceso, las que incluyen todas las modificaciones realizadas durante las etapas de absolución de consultas y/u observaciones; así

¹ El Anexo Único de Definiciones del Reglamento de la Ley de Contrataciones establece que las Bases Integradas son las reglas definitivas del proceso de selección, cuyo texto contempla todas las aclaraciones y/o precisiones producto de la absolución de consultas, así como todas las modificaciones y/o correcciones derivadas de la absolución de observaciones y/o pronunciamiento del Titular de la Entidad o del OSCE; o cuyo texto coincide con el de las bases originales en caso de no haberse presentado consultas y/u observaciones.

como la oferta ganadora. Si mediante un pliego de absolutión de observaciones se le permitió a los postores en general ofertar cualquiera de los formatos que existen, es cuestionable, arbitrario y poco transparente, modificar las condiciones del contrato; sin considerar que lo exigido va contra toda lógica técnica.

- ii. Cabe recordar que el Tribunal de Contrataciones del Estado ha señalado en innumerables ocasiones que las ofertas de los postores deben estar acorde con las exigencias de las bases integradas de los procesos, y que es responsabilidad de éstos –los postores– que se adecúen al requerimiento de la Entidad; y es obligación de las Entidades respetar las disposiciones de sus bases integradas; pues sobre éstas se realizará la evaluación y calificación de la propuesta. Así, la Resolución 594-2008-TC-S2, ha señalado que:

"Ahora bien, debe tenerse presente como marco referencial para resolver los cuestionamientos formulados en el recurso de apelación que nos ocupa, que las bases constituyen las reglas del proceso de selección y es en función a ellas que se debe efectuar la calificación y evaluación de las propuestas, conforme a lo dispuesto en el artículo 25 del Texto Único de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 083-2004-PCM, en adelante La Ley.

Asimismo, en virtud a lo dispuesto por el primer párrafo del artículo 117 del Reglamento de La Ley, aprobado por Decreto Supremo N° 084-2004-PCM en lo sucesivo El Reglamento, una vez absueltas todas las consultas y/u observaciones, o si las mismas no se han presentado, las bases quedarán integradas como reglas definitivas.

De acuerdo con los mandatos legales referidos, tanto La Entidad como los postores están obligados a cumplir con lo establecido en las bases. Aquella, por su parte, tiene la obligación de calificar las propuestas conforme a las especificaciones técnicas y a los criterios objetivos de evaluación detallados en las bases”.

- jj. Una interpretación como la impuesta por el MINSA – y la DGIEM – resulta extemporánea, pero más aún, se configura como una arbitrariedad e implica que las Entidades pueden, durante la ejecución de los contratos, desconocer las condiciones de las Bases Integradas que consignan las reglas de la contratación durante el proceso; y sobre el cual el proveedor estructura una propuesta; vulnerando los mandatos legales y la jurisprudencia que se ha dictado al respecto.
- kk. Sobre este particular, es pertinente que el Tribunal solicite al MINSA – y a la DGIEM – que emitan una opinión técnica respecto a la existencia de un formato 5:4 con una resolución de imagen 1920 x 1080. Si la interpretación que brinda la Entidad es que se requiera un formato determinado y la resolución de imagen correspondiente a otro, entonces las bases, en origen, están viciadas con la nulidad puesto que están requiriendo algo técnicamente imposible de cumplir por cualquier empresa.
- ll. Por los fundamentos expuestos, se demuestra que para el ítem 23 Contrato 177-2011-MINSA, la Entidad permitió, en virtud del pliego de absolución de observaciones, que INTRAMEDICA ofreciera y entregara un equipo de cirugía laparoscópica especializada con una cámara de video con un formato 5:4; y en consecuencia con una resolución de imagen de 1280 x 1080, por lo que la resolución contractual generada por la Entidad debe ser declarada inválida y sin efecto jurídico alguno.

mm. Sin perjuicio de ello, la controversia suscitada por la resolución contractual no sólo deriva de la ignorancia técnica la Entidad al momento de verificar las especificaciones técnicas del equipo contratado, sino también de la aplicación de los procedimientos administrativos para otorgar validez a los actos emitidos por la administración.

nn. En efecto, de la relación de hechos detallados en los antecedentes, se verifica que el MINSA no ha seguido el procedimiento legal establecido en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado para resolver, indebidamente, el Contrato 177-2011-MINSA, correspondiente al ítem 23. Así, el artículo 169 del Reglamento ha señalado textualmente lo siguiente:

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

Dependiendo del monto contractual y de la complejidad, envergadura o sofisticación de la contratación, la Entidad puede establecer plazos mayores, pero en ningún caso mayor a quince (15) días, plazo este último que se otorgará necesariamente en el caso de obras. Si vencido dicho plazo el incumplimiento continúa, la parte perjudicada resolverá el contrato en forma total o parcial, comunicando mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato.

No será necesario efectuar un requerimiento previo cuando la resolución del contrato se daba a la acumulación del monto máximo de penalidad por mora, o por otras penalidades, o cuando la situación incumplimiento no pueda ser revertida". En este caso bastará comunicar la decisión de resolver el contrato (...)".

oo. El MINSA, tal como se detalla en los hechos, realizó una observación al momento de verificar los bienes contratados; y en ese momento consignó erróneamente que la cámara de video no cumplía con la resolución de imagen requerida, la misma que fue notificada en documento simple. Posteriormente, cursó una carta notarial resolviendo el contrato, sin requerir previamente el cumplimiento tal como lo establece el artículo 169 del Reglamento, argumentando que, en virtud del tercer párrafo del indicado artículo, no es necesario realizar un requerimiento notarial previo.

pp. Respecto de esta interpretación, el tercer párrafo del artículo 169 del Reglamento se redactó para situaciones donde pese a que se realice un requerimiento de cumplimiento, éste no pueda ser cumplido; y es por ello que los supuestos contemplados respetan dicha condición; por ejemplo, si un contratista acumula el monto máximo de penalidad aún cuando sea requerido para que subsane esta situación, no podrá hacerlo puesto que la determinación de la mora es determinado por un fórmula fija; es más puede elevarse (en cantidad; aunque no pueda cobrarse), pero no podrá jamás reducirse.

qq. Otro de los supuestos aplicable a este párrafo es cuando el proveedor está obligado a guardar reserva de los datos o información que entrega una Entidad, si éste viola la confidencialidad, entonces el requerimiento previo no podrá revertir esta situación. Es en esos casos en los cuales no es necesario un requerimiento de cumplimiento, pero no para cualquier caso que quede a discrecionalidad de la Entidad, puesto que ello implicaría que el MINSA se convierte en juez y parte para decidir qué supuesto incumplimiento merece o no un requerimiento notarial previo.

rr. Es más, de la lectura del Oficio de Resolución contractual, no se evidencia un sustento por el cual se considera que el incumplimiento no pueda ser revertido, limitándose a señalar que éste –el supuesto incumplimiento– es parte de una especificación técnica de las bases

integradas, por lo que no puede ser revertido. Con esa perspectiva, cualquier incumplimiento de especificaciones técnicas que no haya sido levantada después de una observación, podría ser resuelta sin necesidad de requerimiento notarial previo.

ss. Adicionalmente, resulta contradictoria la argumentación de la Entidad puesto que si el supuesto incumplimiento de las especificaciones técnicas fuera insalvable o no pudiera ser revertido, el Acta de Verificación de fecha 05.08.2011, no tendría sentido; puesto que la misma normativa, en el artículo 176 del Reglamento señala que el procedimiento de las observaciones referido a la recepción y conformidad, "*no será aplicable cuando los bienes y/o servicios manifiestamente no cumplan con las características y condiciones ofrecidas (...)*"

tt. El MINSA brindó a INTRAMEDICA un plazo para levantar la única observación realizada, con lo cual acepta que el bien cuestionado no se encuentra incuso en el supuesto de los que manifiestamente no cumplan con las características y condiciones ofrecidas, puesto que la observación está referida a un accesorio que representa menos del 10% de la funcionalidad del equipo; el mismo que podría ser reemplazado o sustituido. El hecho claro es que INTRAMEDICA no tiene por qué sustituir el accesorio toda vez que sus características estuvieron permitidas en las bases integradas.

uu. En ese orden de ideas, resulta extraño que para no seguir el procedimiento de resolución contractual del artículo 169 se argumente que el incumplimiento no puede ser revertido.

vv. Ahora bien, al revisar la cronología de los hechos, el Tribunal podrá darse cuenta que la razón por la que el MINSA no realiza el requerimiento previo no es porque considere que el incumplimiento no puede ser revertido, sino porque INTRAMÉDICA requirió el 18.01.2012 la conformidad técnica de los bienes, otorgando dos (02) días calendarios

para su cumplimiento, el cual vencería el día 20.01.2012. El MINSA tomó en consideración que el plazo que debería otorgar a INTRAMÉDICA (por lo menos dos días calendarios) en el requerimiento notarial no le permitirían resolver antes que el proveedor. Entonces, para adelantarse al proveedor y obligarnos a recurrir a un arbitraje, generó un criterio de interpretación carente de todo sustento fáctico y jurídico.

ww. Por lo expuesto, queda demostrado que el MINSA vulneró los procedimientos regulados en el artículo 169 del Reglamento para resolver el contrato; por tanto dicha resolución debe considerarse inválida y sin efecto jurídico alguno.

xx. En relación a la segunda pretensión principal, INTRAMÉDICA, durante toda la ejecución contractual, y desde que se suscitó la aparente controversia, estuvo dispuesta siempre a coordinar y explicar técnicamente la equivocación que el MINSA estaba cometiendo al exigir que se entregue una cámara de video con un formato 5:4 (que fue lo ofrecido) con la resolución de imagen correspondiente al formato 16:9 (1920 x 1080).

yy. No obstante, pese a que se generaron reuniones de coordinación con los funcionarios del MINSA – y la DGIE – y se cursaron explicaciones técnicas por escrito, no se pudo lograr convencer que la interpretación impuesta resulta incoherente y que vulneraba las propias disposiciones de las bases y el contrato.

zz. En ese contexto, INTRAMÉDICA, respetando el procedimiento de resolución de contrato dispuesto en el artículo 169 del Reglamento de la Ley de Contrataciones, cursó requerimiento notarial para que en el plazo de dos (02) días calendarios la Entidad emitiera la conformidad técnica bajo apercibimiento de resolver el contrato por incumplimiento de la Entidad, tal como lo demuestran los hechos y los cargos de notificación de los documentos remitidos notarialmente.

aaa. Pese a ello, el MINSA se negó a emitir la conformidad técnica; y peor aún, vulnerando el propio procedimiento, resolvió ilegalmente el contrato, el mismo que, como se ha demostrado, no tiene ninguna validez, por lo que INTRAMÉDICA en ejercicio de sus derechos procedió con la resolución contractual, todo ello según los procedimientos legales vigentes y aplicables tanto a proveedores como a las Entidades Públicas.

bbb. En relación a la tercera pretensión principal, los costos y costas del presente proceso deben ser asumidos por quien, ilegal, subjetiva y anti técnicamente, ha generado la controversia objeto de análisis.

ccc. El MINSA sistemática, permanente y de forma constante, se ha negado a comprender aquello que resulta no sólo lógico, sino que técnicamente la única solución; de acuerdo con las opciones de oferta que las bases integradas del proceso permitieron.

ddd. No obstante, en lugar de aceptar que lo verificado por el MINSA está acorde con lo requerido en las bases integradas y el contrato ha mantenido inexplicablemente, y fuera de todo contexto, su posición de requerir la resolución de imagen (1920 x 1080) que corresponde a un formato (16:9) que no fue ofrecido por INTRAMEDICA.

eee. Lo que debe verificar el digno Tribunal es que el arbitraje como medio de solución de controversias está siendo, definitivamente, mal utilizado por la Entidad puesto que, si bien éste resulta eficiente por la celeridad y especialidad de quienes analizarán y resolverán, no menos cierto es que tiene un costo; y de forma indirecta el MINSA ha obligado a INTRAMEDICA a recurrir al arbitraje; pese a que las conductas anti técnicas e ilegales las ha cometido la Entidad Pública; quien no tiene ningún incentivo para cumplir con las disposiciones legales, por el contrario, conoce que será el contratista quien deberá recurrir al arbitraje para revertir estas situaciones puesto que si deja consentir las

ilegales decisiones de la Entidad, deberá soportar un posterior procedimiento sancionador ante el Tribunal del OSCE y perderá la experiencia generada con los contratos cuestionados; sin considerar la ejecución de las garantías presentadas.

fff. Esta situación debe ser revertida, y sólo el Tribunal arbitral puede ponderar estas situaciones que generan distorsiones en las relaciones jurídicas contractuales entre proveedor y Entidad Pública. El componente de desigualdad vulnera el propio Principio de Equidad, que ha dispuesto en el artículo 4 de la Ley lo siguiente:

"Las prestaciones y derechos de las partes deberán guardar una razonable relación de equivalencia y proporcionalidad, sin perjuicio de las facultades que corresponden al Estado en la gestión del interés general".

ggg. El MINSA es totalmente arbitrario en sus decisiones, las cuales no tienen un sustento técnico que los amparen; con sus inflexibles interpretaciones, que vulneran sus propias bases, confirma una vez más que no existe ninguna equivalencia o proporcionalidad en las relaciones contractuales; es más el MINSA, bajo el supuesto argumento de interés general, asume posturas carentes de todo sentido, y lo único que hace es generar mayores costos a los proveedores.

hhh. Bajo ninguna premisa, ninguna normativa administrativa ha equiparado la arbitrariedad con interés general o público; y es justamente eso lo que se realiza permanentemente. El MINSA, seguramente, piensa que el interés público le permite vulnerar todas las disposiciones jurídicas a las que está sujeta dentro del procedimiento de contratación; y ello no encuentra –ni encontrará jamás– ningún tipo de sustento.

iii. Por lo expuesto, solicita al Tribunal que disponga que el MINSA asumirá todo costo y/o costa del arbitraje, los cuales serán determinados durante el desarrollo de las actuaciones, puesto que aún no se han realizado las cancelaciones de los honorarios y de los abogados que asumen la defensa de INTRAMÉDICA.

jjj. En relación a la cuarta pretensión principal, INTRAMÉDICA, para cumplir con las obligaciones del ítem 23 del Contrato 177-2011-MINSA tuvo que realizar gestiones comerciales con la empresa OLYMPUS, adquirir los equipos – y accesorios – importarlos, cubrir con los costos del seguro, nacionalización, pago de tributos, almacenamiento, entre otros conceptos, los cuales están representados por el monto ofertado en el mencionado contrato.

kkk. Los equipos –y accesorios- que se han adquirido para cumplir con el Contrato 177-2011-MINSA no pueden ser colocados en otras instituciones médicas debido a que cada equipo requerido responde a una necesidad particular, como cualquier componente de abastecimiento, aún cuando éste sea la mejor marca y el mejor equipo, no se adquiere si no se necesita. Es decir que el equipo de cirugía laparoscópica especializada estará inmovilizada sin poder transferirse, con lo cual INTRAMÉDICA estaría asumiendo un costo hundido pues no recuperaría su inversión.

III. Los proveedores del Estado no pueden estar sujetos a este tipo de situaciones tan desproporcionadas pues resulta suficiente tener que asumir costos de un arbitraje aún cuando no es quien origina la controversia, como para también asumir las pérdidas económicas por decisiones unilaterales y arbitrarias de la Entidad Pública.

mmm. El artículo 170 del Reglamento ha contemplado las consecuencias y efectos de una resolución contractual; y ha dispuesto que si la parte perjudicada con la resolución contractual es el contratista,

como es el caso, la Entidad deberá reconocer la respectiva indemnización por los daños y perjuicios irrogados, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad.

nnn. Como se ha señalado, el equipo de cirugía requerido por el MINSA no es tan sencillo vender un equipo de cirugía laparoscopia especializada puesto que cada bien responde a necesidades particulares, y éste respondió a las necesidades del MINSA; por lo que de no disponer una indemnización por los daños y perjuicios que nos están causando se estaría condenando doblemente al proveedor por un hecho que no tiene ninguna responsabilidad.

ooo. En ese sentido, como monto de indemnización INTRAMÉDICA solicita que se cancele el 50% de los costos de los bienes que integran el ítem 23 (Equipo de Cirugía Laparoscópica Especializada), a fin de resarcirse los daños y perjuicios que está generando esta controversia, así como el lucro cesante que inevitablemente tendrá al concluir este arbitraje y no poder colocar el equipo correspondiente al contrato.

ppp. En relación a la quinta pretensión principal, al resolverse el Contrato, tanto los gastos en los cuales incurrió INTRAMÉDICA para participar en el proceso y obtener la buena pro; así como para suscribir el contrato carecen de todo sentido puesto que la relación contractual se trunca sin satisfacer ningún interés. En ese sentido, el MINSA deberá reponer el monto de S/. 4,055.95 (Cuatro mil cincuenta y cinco con 95/100 Nuevos Soles), monto que incluye el derecho de participación en la licitación, los costos financieros de emisión y mantenimiento de las garantías de seriedad de oferta, fiel cumplimiento y adelantos.

qqq. En relación a la primera pretensión alternativa, es evidente que, como se ha demostrado, INTRAMÉDICA no tiene responsabilidad en la controversia suscitada con el MINSA; y la resolución contractual

generada por culpa de la Entidad es la única respuesta jurídica ante el incumplimiento de una de las partes (en este caso el MINSA).

rrr. El equipo de cirugía laparoscópica especializada cumple con todos los requisitos técnicos requeridos en las bases integradas del proceso de selección y el contrato; es más, la aparente controversia que se ha suscitado está circunscrita a un accesorio que no representa trascendencia alguna; sin considerar que aún cuando se ofrezca un formato 16:9 o 5:4, ambos estuvieron permitidos de ser ofrecidos y ambos cumplen con la finalidad para los cuales son requeridos.

sss. Es por ello que, alternativamente a las pretensiones principales, se solicita que el Tribunal pondere esta situación y disponga en ejercicio de sus facultades, que las resoluciones contractuales, tanto la ilegal, producida por el MINSA como la jurídicamente válida generada por INTRAMÉDICA, no deben producirse y por tanto, ésta debe entregar los bienes y la Entidad Pública debe emitir la conformidad técnica y proceder con el pago total de la contraprestación establecida en el Contrato 177-2011-MINSA, esto es, S/. 594,461.19 (Quinientos noventa y cuatro mil cuatrocientos sesenta y uno con 19/100 Nuevos Soles).

ttt. En relación a la segunda pretensión alternativa, sin perjuicio de aceptarse la primera pretensión alternativa, el Demandante solicitó que el Tribunal disponga que el MINSA asuma los costos y costas del presente procedimiento arbitral por ser dicha Entidad quien ha generado la controversia, debido a que, como se ha demostrado, INTRAMÉDICA no es la responsable de la presente controversia, la misma que se origina de una interpretación arbitraria del MINSA, la cual carece de todo sentido técnico y jurídico.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Mediante escrito de fecha 9 de julio de 2012, el Demandado presentó su

escrito de contestación de demanda, el cual fue admitido a trámite mediante Resolución N° 5 de fecha 30 de julio de 2012.

Fundamentos de Hecho y de Derecho

En su escrito de contestación de demanda, el Demandado sustenta su posición sobre la base de los siguientes fundamentos de hecho y de derecho:

- a. En relación a la primera y segunda pretensión principal de la demanda, conforme se advierte del Acta de Verificación de fecha 05 de agosto de 2011 efectuada por la Dirección de Infraestructura del MINSA y el encargado del Almacén, el equipo adquirido presentó observaciones pues no cumplía con el numeral BO2 Resolución mínima 1920 X 1080 pixel, escáner progresiva, formato 16:9 ó 5:9 de las Bases Integradas.
- b. Es así que mediante Oficio N° 2010-2011-OL-ESL/MINSA de fecha 23 de setiembre de 2011 se requirió a INTRAMÉDICA para que, en un plazo de dos (2) días calendarios, levante las observaciones al equipo, bajo apercibimiento de resolver el Contrato.
- c. Sin embargo, el Demandante manifestó mediante Carta de fecha 26 de setiembre de 2011, que no existe ningún incumplimiento por su parte pues las bases requerían una resolución mínima de 1920 X 1080 píxel, escáner progresiva, formato 16:9 ó 5:4; es decir, argumenta que la entidad aceptó que el equipo tuviera cualquiera de los formatos (16:9 o 5:4) lo que implica que la resolución de la imagen sea de 1280 x 1080 pixeles. Asimismo, mediante Carta de fecha 28 de diciembre de 2011 el Demandante solicitó la anulación del Contrato por divergencia de opiniones y una errónea interpretación por el MINSA.
- d. Al respecto, debe tenerse presente que de acuerdo a la verificación efectuada al equipo presentado por INTRAMÉDICA, este tenía una

resolución de 1350 x 1080 equivalente aproximadamente a 1.46 megapixeles, y estando a que lo solicitado en las bases fue una resolución “mínima” de 1920 x 1080 pixeles equivalente a 2.07 megapixeles, tanto en el formato 16:9 o 5:4, no se dio conformidad al bien pues no cumplía los requisitos establecidos en las Bases.

- e. Debido a ello, mediante Oficio N° 086-2012.OL/MINSA de fecha 20 de enero de 2012, se resolvió el Contrato de conformidad con el artículo 169º del Reglamento. Dicha comunicación se remitió al domicilio de INTRAMÉDICA consignado en el Contrato.
- f. Mediante Carta Notarial de fecha 24 de enero de 2012, INTRAMÉDICA arguye incumplimiento de MINSA al no cumplir con emitir la conformidad técnica al bien, por lo que resuelve el Contrato.
- g. Dicha resolución no tiene efecto legal pues el Contrato ya se encontraba resuelto por MINSA, conforme al Oficio N° 086-2012.OL/MINSA de fecha 20 de enero de 2012.
- h. Cabe precisar que mediante Oficio N° 096-2012.OL/MINSA de fecha 25 de enero de 2012, se remitió copia del Oficio N° 086-2012.OL/MINSA a INTRAMEDICA en el domicilio ubicado en Calle los Antares Mz. A-5 Lote 1, Oficina 904, Piso 9, Surco, al haber tomado conocimiento de manera extraoficial que el Demandante había cambiado su domicilio, hecho que no fue comunicado a la entidad. Dicha comunicación se efectuó para efectos informativos, por cuanto la resolución del contrato se efectuó mediante Oficio N° 086-2012.OL/MINSA de fecha 20 de enero de 2012 dirigido al domicilio legal de INTRAMÉDICA, por lo que la primera y segunda pretensión principal de la demanda debe ser declarada infundada.
- i. En relación a la tercera pretensión principal de la demanda, solicitaron condenar al respectivo pago a INTRAMÉDICA al haber originado la

presente controversia al no haber cumplido con presentar el equipo requerido en las Bases y dar lugar a la resolución contractual por no levantar las observaciones dentro del plazo otorgado.

- j. En relación a la cuarta pretensión principal, el MINSA señaló que INTRAMÉDICA no ha señalado cuál sería la antijuricidad cometida, ni el factor de atribución que determine el daño cuyo resarcimiento solicita, sino que simplemente se limita a argumentar que la administración ha efectuado una interpretación diferente al momento de calificar el equipo presentado, sin haber demostrado en ningún extremo de su demanda que su equipo cumple estrictamente con los requisitos establecidos en las bases de la licitación pública, específicamente el requisito referido a que la Cámara debía tener una resolución mínima de 1920 x 1080 pixeles.
- k. En ese sentido, atendiendo a que el artículo 1330º del Código Civil establece que corresponde al perjudicado la prueba del dolo o culpa inexcusable para establecer una responsabilidad civil, y que ello no ha sido acreditado, razón por la cual la pretensión resulta infundada.
- l. En relación a la pretensión de reponer los gastos efectuados por la participación en la Licitación Pública N° 018-2010-MINSA y los gastos financieros incurridos para la suscripción del Contrato, es decir, la emisión y mantenimiento de la Carta Fianza por adelantos y fiel cumplimiento, el MINSA señaló que no es responsable de los incumplimientos contractuales de INTRAMÉDICA, por lo que le corresponde al Demandante asumir sus obligaciones adquiridas en virtud del Contrato que suscribió, por lo que esta pretensión debe declararse infundada.
- m. En cuanto a las pretensiones alternativas, debe tenerse en cuenta las verificaciones y observaciones efectuadas al equipo ofrecido, las mismas que advierten que INTRAMÉDICA presentó un equipo no idóneo en

relación a lo requerido en las Bases y Contrato, por lo que la Entidad rechazó este bien, debiendo declararse estas pretensiones infundadas.

n. Finalmente, MINSA fundamentó su contestación de demanda en los artículos 167, 168, 169 y 170 del Reglamento.

ABSOLUCIÓN A LA CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Cabe precisar que mediante escrito de fecha 31 de julio de 2013, INTRAMÉDICA absolvio la contestación de demanda efectuada por el MINSA, señalando al respecto lo siguiente:

- a. En palabras del Demandante, el MINSA argumenta que el equipo de INTRAMÉDICA no cumple con la Resolución Mínima 1920 x 1080; y que ésta fue requerida para ambos formatos; tanto el 16:9, como el 5:4. Esta afirmación no tiene ningún correlativo técnico que la sustente, pues lo que se está señalando es imposible de cumplir; y la razón es que la resolución 1920 x 1080 sólo le corresponde al formato 16:9; pero no al 5:4.
- b. Desde que el Comité Especial, con información previa de la DGIEM, permitió el ingreso del formato 5:4, permitió también que la resolución fuera 1280 x 1080 y no solo 1920 x 1080.
- c. La Procuraduría centra su argumentación en que se solicitó una resolución mínima de 1920 x 1080, pero no analiza si lo que fue aceptado en la observación (formato 5:4) puede cumplir con dicha resolución, puesto que se ha demostrado desde el inicio de la controversia que ello es imposible.
- d. A dicho efecto, este correlativo formato – resolución, es un componente técnico que la DGIEM debió conocer al momento de brindar la opinión técnica que permitiera que los administrados ofertaran un formato 5:4.

- e. En relación a la resolución contractual realizada por el MINSA, la Entidad afirma que la Carta Notarial de resolución contractual cumplió con el procedimiento del artículo 168 del Reglamento; y que se notificó al domicilio establecido en el contrato; y que de forma "extraoficial" conoció que INTRAMÉDICA lo había modificado.
- f. Es conveniente advertir que La Procuraduría omitió describir el procedimiento de resolución de los contratos, pues para que ello suceda, es necesario, primero, que la parte supuestamente afectada curse una comunicación notarial requiriendo el cumplimiento de las prestaciones, supuestamente incumplidas, otorgando un plazo; y que vencido éste, se cursara otra carta notarial resolviendo el contrato.
- g. Pues bien, el MINSA no realizó ningún requerimiento notarial otorgando plazos para levantar la supuesta observación –la cual carece de cualquier sustento, como se ha demostrado– y resuelve el contrato sin realizar el prerequisito exigido; más aún argumentando que no es necesario requerir previamente porque se trata de un incumplimiento de especificaciones técnicas.
- h. En efecto, el procedimiento del artículo 168 del Reglamento exige que se requiera notarialmente al supuesto incumplidor, otorgar un plazo y que luego de éste si no se ha levantado la supuesta observación, entonces se resolverá el contrato comunicando la decisión vía notarial. Este procedimiento es tan fuerte que el mismo Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, ha generado el criterio jurisprudencial de no sancionar empresas si es que la Entidad no ha seguido con los procedimientos de resolución.
- i. Asimismo, el MINSA argumenta que se cumplió con el procedimiento del artículo 168º del Reglamento, pero no sustenta por qué la Entidad no requirió notarialmente el cumplimiento, otorgando un plazo para su

cumplimiento y tampoco sustenta la razón por la que resuelve el contrato, argumentando que no era necesario el requerimiento previo; cuando este supuesto está reservado para situaciones excepcionales y definidas; mas no para un caso típico de contradicción en las especificaciones técnicas, sin considerar siquiera que la "supuesta" controversia versa en un accesorio que no representa ni el 10% del equipo de cirugía laparoscópica especializada.

- j. Si la Entidad no siguió el procedimiento regulado, entonces el acto no resulta válido y no puede tener ningún efecto legal; no interesa que La Procuraduría afirme que es válido, es necesario que se refuten los hechos acontecidos y señale que la actuación del MINSA se encuentra en el supuesto del procedimiento; y ya se ha demostrado que no se siguió con el mencionado procedimiento del artículo 168 del Reglamento.
- k. Asimismo, en cuanto al domicilio de INTRAMÉDICA, se debe tener presente que el pedido de levantar las observaciones de fecha 23 de noviembre de 2011, se cursa a la siguiente dirección: Calle Los Antares Mz. A5. Lote 1 – Torre B; con lo cual se demuestra que La Entidad conocía de antemano que el domicilio de INTRAMÉDICA no era Jr. San Martín. INTRAMÉDICA levantó las supuestas observaciones, con lo cual demostró que el domicilio era el correcto y que había recibido el referido documento, yendo la Entidad contra sus actos propios, pues se acredita que el Demandado sí conocía el cambio de domicilio.
- l. En cuanto al pago del 50% de los costos de los bienes y los gastos de participación del proceso, INTRAMÉDICA señaló que el dolo es concreto puesto que bajo la interpretación de la Entidad, era conocido que lo pedido resultaría imposible de cumplir, pese a esto se consignó una respuesta en el pliego de absolución de observaciones que legitimó en ese momento la presentación de una oferta, la misma que fue evaluada y con la que se obtuvo la buena pro, por lo que queda acreditado que la

intención de la DGIEM es perjudicar a INTRAMÉDICA, pero más grave aún es que se basa en sus propias respuestas, sin poder probar lo que está solicitando. Una vez importado el equipo y cancelado a la matriz, la inversión está realizada y ésta no puede ser recuperada por nuestro proveedor puesto que éste no tiene ninguna injerencia en la relación contractual entre el MINSA e INTRAMÉDICA. Existe un daño evidente que no puede ser soslayado.

- m. Finalmente, conforme a lo señalado por INTRAMÉDICA en su escrito, el MINSA pretende que al afirmarse que existe un error de interpretación entonces no existe dolo o culpa; sin embargo, el hecho que exista un error no implica que no exista dolo o culpa puesto que dicha interpretación "errónea" se origina intencionalmente (con dolo) para evitar reconocer que, efectivamente, el pliego de absolución de observaciones permitió que se ofertara lo que se ha presentado; y en esta instancia se pretende esconder lo aceptado y eludir el pago del monto que compensará el daño ocasionado.

Al respecto, mediante Resolución N° 7 de fecha 2 de agosto de 2012, se tuvo presente el escrito presentado por INTRAMÉDICA con fecha 31 de julio de 2013. Dicha resolución no fue objetada ni materia de reconsideración por el MINSA.

AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN y FIJACION DE PUNTOS CONTROVERTIDOS

Mediante Resolución N° 6 de fecha 30 de julio de 2012, se citó a las partes a Audiencia de Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios, para el día 9 de agosto de 2012 a horas 10:00 a.m. en Calle Tinajones N° 181, Oficina 504, distrito de Surco.

Con fecha 9 de agosto de 2012, se llevó a cabo la referida Audiencia, la cual contó con la asistencia de ambas partes, quienes quedaron notificadas del

acta respectiva en la referida fecha, desarrollándose la audiencia en el siguiente orden:

Conciliación

El Tribunal Arbitral inició el diálogo entre las partes a fin de propiciar entre ellas la posibilidad de llegar a un acuerdo conciliatorio. En ese acto, y luego de que el Tribunal Arbitral explicó a las partes las ventajas de llegar a un acuerdo conciliatorio y les invocara para hacer este esfuerzo, los representantes de cada una de ellas hicieron uso de la palabra señalando que no les era posible en dicho momento arribar a un acuerdo conciliatorio; no obstante, se dejó abierta la posibilidad de que las mismas logren entablar un acuerdo conciliatorio en cualquier etapa del arbitraje.

Determinación de los Puntos Controvertidos

El Tribunal Arbitral, con las facultades contenidas en el numeral 18) de las reglas del procedimiento que forman parte del Acta de Instalación, procedió a fijar los puntos controvertidos.

El Tribunal dejó claramente establecido que se reserva el derecho a analizar los puntos controvertidos, no necesariamente en el orden en el que están señalados en la presente acta, y que si al pronunciarse sobre algún punto controvertido determina que carece de objeto pronunciarse sobre otros puntos controvertidos con los que guarde vinculación, podrá omitir pronunciarse respecto de ellos expresando las razones de dicha omisión.

Asimismo, quedó establecido que las premisas previas a cada una de las preguntas establecidas como puntos controvertidos son meramente referenciales, dirigidas a una lectura más simple y ágil de los puntos controvertidos y que por ello el Tribunal podrá omitir, ajustar o interpretar dichas premisas a la luz de las respuestas dadas a otros puntos, sin que el

orden empleado o el ajuste, omisión o interpretación genere nulidad de ningún tipo.

Acto seguido, el Tribunal Arbitral fijó los siguientes puntos controvertidos en función a las pretensiones planteadas en el presente arbitraje:

1. Determinar si corresponde declarar la nulidad o no del acto de resolución del ítem 23 del Contrato N° 177-2011-MINSA, contenido en la Carta Notarial de fecha 23 de enero de 2012.
2. Determinar si corresponde declarar la validez o no del acto de resolución contractual realizado por Intramedica S.A.C., contenido en la Carta Notarial de fecha 25 de enero de 2012.
3. Determinar si corresponde ordenar o no que el Ministerio de Salud reconozca y pague a favor de Intramedica S.A.C. la suma ascendente a S/. 299,730.60, correspondiente al pago del 50% de los costos de los bienes que integran el ítem 23 (Equipo de Cirugía Laparoscópica Especializada), los que incluyen los gastos de adquisición, importación, nacionalización, almacenamiento, utilidad y todos los tributos que le fueron aplicados, por concepto de indemnización por daños y perjuicios, así como lucro cesante.
4. Determinar si corresponde ordenar o no que el Ministerio de Salud reponga a favor de Intramedica S.A.C. la suma ascendente a S/. 4,052.95, correspondiente a:
 - a. Los gastos incurridos para la participación en la Licitación Pública N° 018-2010-MINSA, referidos a la emisión y mantenimiento de la carta fianza de seriedad de la oferta.
 - b. Los gastos financieros incurridos para suscribir el Contrato N° 177-2011-MINSA, referidos a la emisión y mantenimiento de la carta fianza por el concepto de fiel cumplimiento y adelantos.

5. En caso no se declaren fundados los puntos 1), 2), 3) y 4) precedentes, determinar si corresponde ordenar o no que el Ministerio de Salud emita la conformidad técnica de los bienes, disponga la recepción de los bienes y cumpla con el pago correspondiente.
6. Determinar a quién corresponde el pago de los costos, costas y gastos arbitrales que genere el presente proceso arbitral.

Ambas partes expresaron su conformidad con los puntos controvertidos determinados en este acto, así como con las reglas establecidas por el Tribunal Arbitral al respecto.

Admisión de Medios Probatorios

De la parte demandante:

Se admitió los medios probatorios ofrecidos por Intramedica S.A.C. en su escrito de demanda presentado el 30 de mayo de 2012, subsanado el 12 de junio de 2012, incluidos en el acápite "V. MEDIOS PROBATORIOS" e identificados con los numerales que van del 1) al 15).

De la parte demandada:

Se admitió los medios probatorios ofrecidos por el Ministerio de Salud en su escrito de contestación de demanda presentado el 9 de julio de 2012, detallados en el acápite "IV.- MEDIOS PROBATORIOS" e identificados con los numerales que van del 1 al 16.

Pruebas de Oficio:

Finalmente, el Tribunal Arbitral se reservó el derecho de disponer oportunamente la actuación de oficio de cualquier otro medio probatorio

que considere conveniente; asimismo, se reservó la posibilidad de prescindir de las pruebas no actuadas en caso que, el Tribunal Arbitral las considere prescindibles o innecesarias. Dichas facultades se encuentran previstas al amparo de lo establecido en el artículo 43º del Decreto Legislativo N° 1071.

PERICIA DE OFICIO

De conformidad con la reserva efectuada en la Audiencia de Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios, mediante Resolución N° 8 de fecha 10 de setiembre de 2012, el Tribunal Arbitral dispuso la actuación de una pericia de oficio cuyo objeto sería el siguiente:

1. Indicar, en su condición de especialista, si al formato 16.9 le corresponde una resolución única y fija de 1920 x 1080; y al formato 5:4 le corresponde una resolución única y fija de 1280 x 1080.
2. Indicar, en su condición de especialista, si cuando se solicita la resolución 1920 x 1080, se interpreta, a nivel técnico, que se está requiriendo los formatos 16:9 ó 5:4, según corresponda.
3. Indicar en su condición de especialista, cuales son las diferencias objetivas que presentan ambos formatos.

En cuanto a la designación del perito, de conformidad con lo dispuesto en la Resolución N° 8, el Colegio de Ingenieros remitió una terna de profesionales propuestos al cargo. En ese sentido, mediante Resolución N° 9 de fecha 27 de setiembre de 2012, el Tribunal Arbitral designó al ingeniero Walter Román Mendoza Paulini al cargo de perito, de quien se tuvo por aceptado el cargo encomendado mediante Resolución N° 10 de fecha 26 de octubre de 2012.

Dictamen Pericial

Con fecha 19 de febrero de 2013, el perito presentó su dictamen pericial, concluyendo que:

- "- En el ítem B02 se solicita luego de integrada las bases lo siguiente: **Resolución mínima 1920 x 1080 pixel, escáner progresivo, formato 16:9 ó 5:4.**
- Al formato 16:9 le corresponde una resolución fija de 1920 x 1080; y al formato 5:4 le corresponde una resolución única y fija de 1280 x 1080.
- No se puede interpretar **técnicamente** que se solicita la resolución **mínima 1920 x 1080, con los formatos 16:9 o 5:4, según corresponda**, pues para el formato 5:4, estaríamos ante UN REQUERIMIENTO TÉCNICO **IMPOSIBLE DE CUMPLIR**, (ya que al formato 5:4, le corresponde otra resolución en HD equivalente y fija) DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA OFERTA DEL MERCADO TECNOLOGICO DE PROCESADORES DE VIDEO."

El referido dictamen pericial se tuvo por presentado mediante Resolución N° 15 de fecha 25 de febrero de 2013, otorgando a las partes un plazo de cinco (5) días hábiles para que realicen las observaciones que estimen pertinentes al dictamen pericial.

En tal sentido, mediante escritos de fechas 6 y 25 de marzo de 2013, el MINSA e INTRAMÉDICA manifestaron lo conveniente a su derecho frente al dictamen pericial emitido. Al respecto, mediante Resolución N° 16 de fecha 15 de abril de 2013, el Tribunal Arbitral corrió traslado recíproco entre las partes de los mencionados escritos.

Así, mediante escrito de fecha 8 de mayo de 2013, INTRAMÉDICA manifestó lo conveniente a su derecho, presentando documentación adicional, la cual fue objeto de absolución de traslado por el MINSA mediante escrito de fecha 17 de junio de 2013, lo que a su vez se tuvo presente mediante Resolución

Nº 19 de fecha 18 de junio de 2013, la misma que se encuentra incluida en el Acta de Sustentación de Pericia de la misma fecha.

En tal sentido, mediante Resolución Nº 17 de fecha 22 de mayo de 2013, se citó a las partes y al perito a la Audiencia de Sustentación de Pericia para el 18 de junio de 2013 a las 9:00 a.m.

Con fecha 18 de junio de 2013, se llevó a cabo la Audiencia de Sustentación de Pericia. En dicha audiencia, se dio por culminado el trámite de la pericia decretada, así como se otorgó a las partes un plazo de cinco (5) días hábiles para que presenten sus alegaciones y conclusiones finales por escrito y/o soliciten el uso de la palabra.

ALEGATOS

Mediante Resolución Nº 20 de fecha 5 de agosto de 2013, se tuvo presente el escrito de alegaciones y conclusiones finales presentado por INTRAMÉDICA y el MINSA el 25 de junio de 2013 y se citó a las partes a la Audiencia de Informe Oral, programada para el 20 de agosto de 2013 a las 9:00 a.m. en Calle Tinajones Nº 181, Oficina Nº 504, distrito de Surco.

Sin embargo, mediante Resolución Nº 22 de fecha 20 de agosto de 2013, se reprogramó la Audiencia de Informes Orales por motivos de fuerza mayor, para el 4 de setiembre de 2013 a horas 12:30 p.m. en Calle Tinajones Nº 181, Oficina Nº 504, distrito de Surco.

PLAZO PARA LAUDAR

Mediante Acta de Audiencia de Informes Orales de fecha 4 de setiembre de 2013, se fijó el plazo para la emisión del correspondiente laudo arbitral en treinta (30) días hábiles, reservándose el Tribunal Arbitral la facultad de prorrogar dicho plazo, de así estimarlo conveniente.

En atención a ello, mediante Resolución Nº 23 de fecha 14 de octubre del 2013 este Colegiado dispuso prorrogar el plazo para laudar por un término adicional de treinta (30) días hábiles, contados a partir del siguiente al vencimiento del plazo decretado originalmente.

En ese sentido, el plazo para laudar vence el día 02 de diciembre del 2013; ello teniendo en cuenta que:

- 1.1. Los plazos se computan en días hábiles.
- 1.2. Son días inhábiles los días sábado, domingo y feriados no laborables o los días de duelo nacional no laborables declarados por el Poder Ejecutivo de la República del Perú.
- 1.3. La sede del arbitraje se encuentra fijada en la ciudad de Lima.
- 1.4. El día 07 de Octubre ha sido decretado como feriado no laborable a nivel nacional para el sector público por el Poder Ejecutivo, conforme a lo dispuesto por el Decreto Supremo Nº 123-2012-PCM, publicado el 31 de diciembre del 2012, siendo que en tales fechas no ejerce funciones la sede del Tribunal Arbitral.
- 1.5. El día 08 de Octubre y el 01 de noviembre del 2013 son feriados nacionales tanto para el sector público como para el sector privado, por conmemorarse el Combate de Angamos y por el día de todos los santos, respectivamente; siendo que en tales fechas tampoco ejerce funciones la sede del Tribunal Arbitral.

II. CONSIDERANDO:

II.1. CUESTIONES PRELIMINARES:

Antes de considerar la materia controvertida, corresponde expresar lo siguiente:

1. Este Tribunal Arbitral se constituyó de conformidad con lo establecido en el convenio arbitral suscrito entre las partes, así como al amparo de la normativa vigente.
2. La designación y aceptación de los miembros del Tribunal Arbitral se ajustó a las exigencias previstas en la ley de la materia.
3. Ni el Demandante ni el Demandado reclamaron contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación de este Tribunal Arbitral.
4. Ambas partes tuvieron plena libertad para ofrecer y actuar todos los medios probatorios que consideraran pertinentes, así como para expresar sus posiciones de hechos y de defensa sin limitación alguna, habiendo tenido ambas igual oportunidad para presentar sus alegaciones y conclusiones por escrito, así como para que realicen sus respectivos informes orales.
5. MINSA fue debidamente emplazado con la demanda y ejerció plenamente su derecho de defensa, contestando la misma.
6. En tal sentido, este colegiado dentro del plazo establecido de común acuerdo por ambas partes, procede a emitir el correspondiente laudo arbitral dentro del plazo establecido en el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral.
7. Sobre dicho particular, el Tribunal Arbitral considera que los medios probatorios deben tener por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza respecto de los puntos controvertidos y fundamentar las decisiones, conforme a los principios generales de la prueba, necesidad, originalidad, pertinencia y utilidad de la prueba. Estos medios probatorios han sido valorados de manera conjunta, utilizando una apreciación razonada. En tal sentido, si no se probó los

fundamentos de lo demandado, ello deberá ser declarada infundado, de conformidad con la Ley de Arbitraje que confiere a los árbitros la facultad de determinar, de manera exclusiva, la admisibilidad, pertinencia y valor de las pruebas siempre que la valorización se realice de manera conjunta y utilice su apreciación razonada.

8. El Artículo VIII del Título Preliminar del Código Civil estipula que los jueces – léase árbitros, de acuerdo a la cuarta disposición complementaria de la Ley de Arbitraje – no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la Ley. En tales casos, deben aplicar los principios generales del derecho y, preferentemente, los que inspiran el derecho peruano.
9. Los medios probatorios deben tener por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes y producir certeza en el Juzgador – léase árbitros – respecto de los puntos controvertidos, de acuerdo a los principios generales de Necesidad de la Prueba, Originalidad de la Prueba, Pertinencia y Utilidad de la misma, entre otros.
10. El Tribunal Arbitral deja constancia que en el estudio, análisis y deliberación del presente arbitraje se han tenido en cuenta todos los argumentos y las alegaciones efectuadas por las partes, así como todos los medios probatorios aportados, haciendo un análisis y una valoración en conjunto de los mismos, de manera que la no referencia a un argumento o a una prueba no supone que no haya sido tomada en cuenta para la decisión.

II.2. ANÁLISIS DE LA VALIDEZ DEL CONTRATO N° 177-2011-MINSA

Previamente a entrar al análisis de los puntos controvertidos, este colegiado considera pertinente analizar si la relación jurídica obligacional, nos referimos al Contrato N° 177-2011-MINSA celebrado entre las partes, es

válida o no, toda vez que de ello depende si nacieron válidamente las obligaciones de las cuales ahora se imputan incumplimientos ambas partes.

El Tribunal Arbitral antes de entrar a resolver una controversia debe constatar si el contrato es válido o no; en ese sentido, como un tema previo, se debe establecer que no exista ningún vicio de nulidad del contrato, sobre todo en un contrato administrativo como el presente, en donde el interés público se encuentra implícito. Afirmar lo contrario, que los árbitros no deben iniciar el análisis de una materia controvertida constatando que la relación jurídica obligacional es válida, significaría que los árbitros deben resolver las controversias que han surgido en relación a un contrato, sin importar que se advierta un vicio de nulidad en dicho contrato, lo cual limitaría las facultades jurisdiccionales de los árbitros reconocidas expresamente en el artículo 139º de la Constitución Política del Perú.

Sobre el particular, debemos recordar que la contratación pública en sí misma, tiene un sustento o respaldo constitucional, conforme lo desarrolla la OPINIÓN N° 059-2007/DOP del 6 de julio de 2007

Ahora bien, en el ámbito de las contrataciones y adquisiciones públicas los organismos estatales contratan respetando ciertos principios, cuya base constitucional la encontramos en el artículo 76º de la Constitución Política de 1993:

"Las obras y la adquisición de suministros con utilización de fondos o recursos públicos se ejecutan obligatoriamente por contrata y licitación pública, así como también la adquisición o la enajenación de bienes.

La contratación de servicios y proyectos cuya importancia y cuyo monto señala la Ley de Presupuesto se hace por concurso público. La ley establece el procedimiento, las excepciones y

las respectivas responsabilidades”.

De esta forma, se entiende que el objetivo del artículo 76º de la Constitución es “(...) determinar y, a su vez, garantizar que las contrataciones estatales se efectúen necesariamente mediante un procedimiento peculiar que asegure que los bienes, servicios u obras se obtengan de manera oportuna, con la mejor oferta económica y técnica, y respetando principios tales como la transparencia en las operaciones, la imparcialidad, la libre competencia y el trato justo e igualitario a los potenciales proveedores. En conclusión su objeto es lograr el mayor grado de eficacia en las adquisiciones o enajenaciones efectuadas por el Estado, sustentado en el activo rol de principios antes señalados para evitar la corrupción y malversación de fondos públicos”².

La Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado³ constituye la norma que desarrolla el citado precepto constitucional y enumera ocho (8) principios de observancia en la ejecución de los procedimientos de contratación de las Entidades públicas, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo y del Derecho Común.

(...)

Uno de tales principios es el de eficiencia⁴, en virtud del cual “los bienes, servicios o ejecución de obras que se adquieran o contraten deben reunir los requisitos de calidad, precio, plazo de ejecución y entrega y deberán efectuarse en las mejores

² Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 17 de mayo de 2004. Expediente N° 020-2003-AI/TC.

³ Actualmente, tenemos a la Ley de Contrataciones del Estado (D.L. N° 1017) que establece 13 principios que rigen a las contrataciones públicas.

⁴ Actualmente, tenemos este principio en el literal f) del artículo 4º de la Ley de Contrataciones.

condiciones en su uso final”.

Sobre la eficiencia administrativa, Roberto Dromi señala: "La eficiencia o eficacia administrativa se traduce en el deber jurídico de dar satisfacción concreta a una situación subjetiva de requerimiento en la forma, cantidad y calidad y con los medios y recursos que resultan más idóneos para la gestión"⁵.

En ese sentido, en el ámbito de las contrataciones y adquisiciones del Estado, la eficiencia constituye un principio que orienta el accionar de las Entidades públicas a satisfacer sus requerimientos de bienes, servicios u obras en las mejores o más ventajosas condiciones, sea que dichas ventajas o beneficios se deriven de menores precios, mejor calidad y tecnología y plazos oportunos.

En este caso en concreto, el Tribunal Arbitral no sólo debe velar por el cumplimiento de las normas constitucionales y de las normas de menor jerarquía que regulan las contrataciones del Estado, sino también de los principios aplicables, como por ejemplo, el principio de eficiencia que se ha mencionado precedentemente.

Cabe precisar que el artículo 56º de la Ley de Contrataciones del Estado regula taxativamente los supuestos de nulidad de oficio del contrato (después del proceso de selección)⁶ o mejor dicho la nulidad declarada por la Entidad de manera directa después de la celebración del contrato; sin embargo, esos no son los únicos supuestos de nulidad de un acto jurídico

⁵ Roberto Dromi. **Sistema y Valores Administrativos**. Editorial Ciudad Argentina, 2003. Pág. 280.

⁶ **Artículo 56.- Nulidad de los actos derivados de los procesos de selección**

Después de celebrados los contratos, la Entidad podrá declarar la nulidad **Ley de Contrataciones del Estado** de oficio en los siguientes casos:

- a) Por haberse suscrito en contravención con el artículo 10º de la presente norma;
- b) Cuando se verifique la trasgresión del principio de presunción de veracidad durante el proceso de selección o para la suscripción del contrato;
- c) Cuando se haya suscrito el contrato no obstante encontrarse en trámite un recurso de apelación; o,
- d) Cuando no se haya utilizado el proceso de selección correspondiente.

(...)

bilateral (contrato) que se pueden presentar, conforme se establece en el último párrafo del citado artículo 56º:

"Cuando corresponda al árbitro único o al Tribunal Arbitral evaluar la nulidad del contrato, se considerarán en primer lugar las causales previstas en el presente Decreto Legislativo y su Reglamento, y luego las causales de nulidad reconocidas en el derecho público aplicable."

Sobre el particular, nos parece relevante reproducir los comentarios del Christiam León:

¿Se puede declarar la nulidad de un contrato suscrito a pesar que la causal no se encuentra prevista en el D.L. 1017?

(...)

De acuerdo al artículo 56 de la Ley de Contrataciones, después de celebrados los contratos, la Entidad podrá declarar la nulidad de oficio en los siguientes casos:

- a) *Por haberse suscrito en contravención con el artículo 10º de la presente norma;*
- b) *Cuando se verifique la trasgresión del principio de presunción de veracidad durante el proceso de selección o para la suscripción del contrato;*
- c) *Cuando se haya suscrito el contrato no obstante encontrarse en trámite un recurso de apelación; o,*
- d) *Cuando no se haya utilizado el proceso de selección correspondiente.*

(...)

Sin embargo, como ocurre en el presente caso, si una Entidad observara, como consecuencia de la fiscalización posterior de la propuesta del postor ganador o de la documentación para suscribir el contrato, que el Contratista no cumplió con la ley o la normativa aplicable, correspondería analizar si ello constituye causal de nulidad, de conformidad con lo previsto en el artículo 10 de la Ley 27444, en consideración del numeral 2 del Artículo II de Título Preliminar de dicha Ley, según el cual "Los procedimientos especiales creados y regulados como tales por ley expresa, atendiendo a la singularidad de la materia, se rigen supletoriamente por la presente Ley en aquellos aspectos no previstos y en los que no son tratados expresamente de modo distinto".

*Precisamente, el artículo 10 de la citada Ley señala que son causales de nulidad, entre otros, "el defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el Artículo 14". Los requisitos de validez son cinco: competencia, **objeto** o **contenido**, finalidad pública, motivación y procedimiento regular.*

En el caso comentado, la causal que debería invocarse para declarar la nulidad del acto administrativo (el Contrato) sería el vicio en el objeto, que según la Ley Nº 27444, numeral 5.3, "No podrá contravenir en el caso concreto disposiciones constitucionales, legales, mandatos judiciales firmes; ni podrá infringir normas administrativas de carácter general provenientes de autoridad de igual, inferior o superior jerarquía, e incluso de la misma autoridad que dicte el acto" (Sic).

(...)

Como se advierte este tipo de causales de nulidad son distintas a las previstas en el artículo 56 de la Ley 1017 y se aplican a todo acto administrativo; asimismo, las causales previstas en el artículo 10 de la Ley N° 27444 no pueden ser usadas por las entidades una vez suscrito el Contrato.

(...)

Así pues, queda claro para el Tribunal Arbitral que el artículo 56º de la Ley de Contrataciones del Estado permite someter a arbitraje las nulidades de contrato de oficio, así como también es facultad (y deber) de los árbitros constatar que no se haya presentado supuestos de nulidad de contrato conforme a la Ley de Contrataciones del Estado y, en general, cualquier nulidad reconocida en el derecho público aplicable.

Cabe precisar, en vista que no existe ninguna regulación en la norma de contrataciones respecto a la nulidad del Contrato (salvo para los supuestos de nulidad de oficio) y en todo lo que no esté regulado en la Ley N° 27444, se debe aplicar supletoriamente el Código Civil.

Sobre el particular, y sólo para reforzar la posibilidad de que los árbitros evalúen la nulidad de un contrato, deviene de una interpretación concordada del artículo 220º del Código Civil⁷ y de la Cuarta Disposición Complementaria de la Ley de Arbitraje⁸, lo que nos permite concluir que los árbitros pueden (y deben) evaluar la nulidad de un acto jurídico, en caso sea manifiesta tal nulidad.

⁷ **Artículo 220.**- La nulidad a que se refiere el artículo 219 puede ser alegada por quienes tengan interés o por el Ministerio Público.

Puede ser declarada de oficio por el juez cuando resulte manifiesta.

No puede subsanarse por la confirmación.

⁸ **CUARTA. Juez y tribunal arbitral.**

A partir de la entrada en vigencia de este Decreto Legislativo, todas las referencias legales a los jueces a efectos de resolver una controversia o tomar una decisión, podrán también entenderse referidas a un tribunal arbitral, siempre que se trate de una materia susceptible de arbitraje y que exista de por medio un convenio arbitral celebrado entre las partes.

En ese sentido a fin de entender cuáles fueron las razones y circunstancias que rodearon la celebración del Contrato y el posterior *"incumplimiento"*, haremos una remisión de los hechos que antecedieron a dicho pedido y que se constatan de los documentos que obran en autos.

1. Que con fecha 06 de setiembre del 2010, el MINSA convocó al proceso Licitación Pública Nº 018-2010/MINSA, modalidad Procedimiento Clásico, para la adquisición de equipos biomédicos para los hospitales de Ica (Hospital Regional de Ica SNIP Nº 72056, Hospital Santa María del Socorro SNIP Nº 74505, Hospital San Juan de Dios de Pisco SNIP Nº 76065).
2. Que las especificaciones señaladas en las Bases del Proceso para el ítem 23, ítem que es sobre el cual surge la controversia, especificaban que el formato que se requería para los equipos era de 16:9 con una resolución de 1920 x 1080.
3. Que la empresa INTRAMÉDICA presentó observaciones al proceso, cuestionando que el formato de resolución sea únicamente de 16:9 y solicita que se permita el ingreso del formato 5:4 como parte de los requerimientos mínimos del ítem 23 numeral B02, tal como sigue: *"(...) B02 Resolución mínima 1920 x 1080 pixel, escáner progresivo formato 16:9 ó 5:4"*.
4. En respuesta, en el Pliego de Absolución de Observaciones, la Entidad señaló lo siguiente:

"ABSOLUCION DE OBSERVACIÓN Nº 114

Clave B02

De acuerdo a lo opinado por el área usuaria mediante Oficio Nº 1620-2010-DGIEM/MINSA se indica "para permitir el ingreso de otras tecnologías deberá decir: B02 Resolución mínima 1920 x 1080 pixel, escáner progresivo formato 16:9 ó 5:4".

5. Que, es por esta variación que se presentan las controversias materia del presente arbitraje, pues por un lado, INTRAMÉDICA afirma que la variación de las Bases implicaba que se presente un formato 5:4 con la resolución de 1280 x 1080 pixeles, mientras que por el otro lado, el MINSA señala que literalmente se ha admitido el formato 5:4 pero manteniendo la exigencia de una resolución de 1920 x 1080. Sin embargo, frente a esta variación de las Bases, no existen pruebas de que la Entidad haya realizado estudios para verificar que en el mercado existía en ese momento equipos que cumplan con formato 5:4 y resolución de 1920 x 1080, además de las demás características técnicas requeridas.
6. Que con fecha 01 de febrero de 2011 se otorgó la Buena Pro del ítem 23 del Proceso Licitación Pública Nº 018-2010-MINSA a la empresa INTRAMÉDICA, para la adquisición del Equipo de Cirugía Laparoscópica Especializada, quedando consentida la Buena Pro del mismo el 22 de marzo del 2011, por la suma de S/.594,499.00 (Quinientos Noventa y Cuatro Mil Cuatrocientos Noventa y Nueve y 00/100 Nuevos Soles).
7. Que con fecha 31 de marzo del 2011, se suscribió el Contrato Nº 177-2011-MINSA proveniente de la LP Nº 018-2010-MINSA. En relación al Contrato, este no señaló expresamente las especificaciones técnicas del equipo en mención, tan solo se limitó a realizar una descripción general del mismo remitiéndonos a las Bases Integradas y a la propuesta presentada.
8. Que con fecha 05 de agosto de 2011, la Entidad procedió con la verificación del equipo de cirugía laparoscópica especializada, correspondiente al ítem 23 del Contrato en mención, señalando en el Acta de Verificación que el equipo no cumplía con los requerimientos exigidos, así consigno:

"EQUIPO DE CIRUGIA LAPAROSCOPICA ESPECIALIZADA
No cumple en el numeral B02 Resolución mínima 1920 x 1080 pixel, escáner progresiva, formato 16:9 o 5:4"

9. Que con fecha 23 de setiembre de 2011, la Entidad comunicó a INTRAMÉDICA, mediante Oficio N° 2010-2011-OL-ELS/MINSA, los resultados de la verificación del equipo, haciendo referencia al memorándum N° 1899-2011-DGIEM/MINSA y el informe N° 0712-2011-DE-DGIEM/MINSA, afirmando que, según dichos documentos, existían observaciones efectuadas al equipo de cirugía laparoscópica especializada, Asimismo, dispone que en un plazo máximo de dos (02) días calendarios de recibido, proceda a levantar las observaciones hechas.
10. Que mediante Carta de fecha 26 de setiembre de 2011, INTRAMÉDICA solicita levantar las observaciones requeridas señalando que el equipo internado en el Hospital si cumple con la exigencia del requerimiento, toda vez que las Bases permitieron el ingreso de dos formatos de estándares, 16:9 o 5:4. En ese sentido, aclaran que el formato 16:9 tiene una resolución mínima de 1920 x 1080, y que al formato 5:4 le corresponde una resolución de 1280 x 1080 pixeles.
11. Que mediante Informe N° 876-2011-DE-DGIEM/MINSA y Memorándum N° 2346-2011-DGIEM/MINSA del 17 de octubre de 2011 y 18 de octubre de 2011 respectivamente, la Entidad reiteró que el Equipo presentado por la empresa INTRAMÉDICA *"no cumple con lo exigido en los requerimientos técnicos mínimos solicitados o equivalente en el formato 5:4, por lo que no es conforme"*.
12. Que el 03 de enero de 2012, INTRAMÉDICA cursa comunicación al MINSA, a fin de resolver el ítem 23 del Contrato N° 177-2011-MINSA

de mutuo acuerdo, ello en razón, señalan, a la imposibilidad de satisfacer al área usuaria, debido a la contradicción de los requerimientos del Equipo, al mantener su observación.

13.Que el 18 de enero de 2012, INTRAMÉDICA cursó carta notarial al MINSA exigiendo la conformidad técnica de los equipos, otorgando a la Entidad un plazo perentorio de dos (02) días para otorgar la misma, bajo apercibimiento de resolver el Contrato por incumplimiento de la Entidad.

14.Que, el 23 de enero de 2012, el MINSA remitió Carta Notarial a través del Oficio N° 086-2012-OL/MINSA, a la dirección de Jr. San Martin N° 864 Dpto. 901, Miraflores, señalando:

"Por lo tanto, habiendo constatado la DGIEM que su representada no subsano la observación al equipo de cirugía laparoscópica especializada, a pesar de ser una especificación técnica de las Bases integradas de la Licitación Pública N° 018-2010-MINSA, situación de incumplimiento que no puede ser revertida y no siendo necesario efectuar un requerimiento previo, mi despacho en aplicación del tercer párrafo del artículo 169º del Reglamento (...) resuelve el Contrato N° 177-2011-MINSA, situación que será comunicada al Tribunal de Contrataciones del Estado para la sanción correspondiente".

15.Que, el 25 de enero de 2012, INTRAMÉDICA remitió a la Entidad Carta Notarial a través de la cual resuelve el Contrato N° 177-2011-MINSA.

16.Que el 26 de enero de 2012, el MINSA notificó a INTRAMÉDICA, mediante Oficio N° 096-2012-OL/MINSA, la Resolución de Contrato realizada el 23 de enero de 2012, a la dirección declarada por INTRAMÉDICA ante SUNAT.

17.Que el 30 de enero de 2012, el MINSA comunicó a INTRAMÉDICA, mediante Oficio Nº 120-2012-OL/MINSA, que la Carta Notarial de Resolución de Contrato enviada por estos, no tiene ningún efecto legal, toda vez que el contrato ya había sido resuelto previamente por estos.

18.Que el 06 de febrero de 2012, el MINSA comunicó a INTRAMÉDICA, mediante Oficio Nº 150-2012-OL/MINSA, que al no estar de acuerdo su representada con la resolución de contrato realizada por la Entidad deberá recurrir a una conciliación y/o arbitraje dentro del plazo de Ley.

Conforme a lo expuesto, de una análisis literal de las Bases Integradas, podríamos entender que la Entidad aceptó la presentación de dos (2) tipos de formatos debido a la observación de un postor, que luego se convirtió en Contratista (nos referimos a los Formatos 16:9 y 5:4), razón por la cual dicha Entidad no mantuvo su requerimiento de un solo tipo de resolución de 1920 x 1080, siendo materia de controversia si dicha resolución se refería sólo al Formato 16:9, dado que por la posibilidades del mercado el Formato 5:4 sólo puede tener una resolución de 1280 x 1080 como afirma INTRAMÉDICA o, si por el contrario, era posible exigir dicha resolución de 1920 x 1080 a ambos Formatos 16:9 y 5:4, como afirma el MINSA.

Al respecto, INTRAMÉDICA considera que cumplió con su propuesta, pues la única forma de cumplir con lo ofrecido, esto es presentar un equipo con una cámara de Formato 5:4, implicaba que la misma tuviera necesariamente la resolución de 1280 x 1080. Esta afirmación del Contratista se ve apoyada por la pericia de oficio actuada en este arbitraje, en la cual el perito ha demostrado que no existe un equipo que cumpla con tener Formato 5:4 y resolución de 1920 x 1080 y demás especificaciones del Contrato, por lo tanto, la única interpretación lógica, de acuerdo a las posibilidades reales del mercado al momento en que se presentaron las propuestas fue que se

presente un equipo con Formato 5:4 y resolución de 1280 x 1080, pues de lo contrario no se podría presentar dicho formato, siendo que el único formato permitido hubiera sido el Formato 16:9, desnaturalizando la absolución a la observación que se presentó durante el proceso de selección.

Respecto de las características técnicas de los bienes, el artículo 13º de la Ley y artículo 11º del Reglamento de la Ley de Contrataciones señala lo siguiente:

"Artículo 13º.- Características técnicas de los bienes, servicios y obras a contratar

Sobre la Base del Plan Anual de Contrataciones, el área usuaria deberá requerir la contratación de los bienes, servicios u obras, teniendo en cuenta, los plazos de duración establecidos para cada proceso de selección, con el fin de asegurar la oportuna satisfacción de sus necesidades.

Al plantear su requerimiento, el área usuaria deberá describir el bien, servicio u obra a contratar, definiendo con precisión su cantidad y calidad, indicando la finalidad pública para la que debe ser contratado.

La formulación de las especificaciones técnicas deberá ser realizada por el área usuaria en coordinación con el órgano encargado de las contrataciones de la Entidad, evaluando en cada caso las alternativas técnicas y las posibilidades que ofrece el mercado para la satisfacción del requerimiento. Esta evaluación deberá permitir la concurrencia de la pluralidad de proveedores en el mercado para la convocatoria del respectivo proceso de selección, evitando incluir requisitos innecesarios cuyo cumplimiento solo

favorezca a determinados postores (...)". (El resaltado y sombreado es agregado)

"Artículo 11.- Características técnicas de lo que se va a contratar

El área usuaria es la responsable de definir con precisión las características, condiciones, cantidad y calidad de los bienes, servicios u obras que requiera para el cumplimiento de sus funciones, debiendo desarrollar esta actividad de acuerdo a lo indicado en el Artículo 13º de la Ley. El órgano encargado de las contrataciones, con la autorización del área usuaria, y como producto del estudio de las posibilidades que ofrece el mercado, podrá ajustar las características de lo que se va a contratar.

(...)". (El resaltado y sombreado es agregado)

Conforme a lo expuesto, si bien la Entidad aceptó la presentación de dos (2) tipos de formatos, nos referimos a los Formatos 16:9 y 5:4, sin embargo, según su posición en este arbitraje, el MINSA habría mantenido el requerimiento de un solo tipo de resolución de 1920 x 1080, lo que a entender del Tribunal Arbitral podría significar un vicio durante los actos previos a la celebración del Contrato, dado que por las posibilidades del mercado el Formato 5:4 sólo puede tener una resolución de 1280 x 1080 como afirma INTRAMÉDICA, lo cual debió ser apreciado por la Entidad al momento de absolver las observaciones.

Sin embargo, esta responsabilidad es compartida, toda vez que, para casos como estos, en donde la ambigüedad se genera a partir del Pliego de Absolución de Observaciones, en virtud del Principio de Colaboración y de Buena Fe que rige las Contrataciones, el Contratista está facultado para solicitar la Elevación de las Bases del Proceso ante el OSCE a fin de que al momento de la Integración de las mismas, las reglas se encuentren claras y

se eviten problemas como los sucedidos posteriormente en el presente caso.

Así la Directiva Nº 006-2012-OSCE/CD que regula la “*Elevación de Observaciones a las Bases y Emisión de Pronunciamiento*” señala que los participantes de un proceso de selección pueden solicitar la Elevación de las Observaciones para la emisión de pronunciamiento, respecto de la absolución de observaciones, siempre que se verifique alguno de los supuestos que se detallan:

- a) *Cuando las observaciones presentadas por el participante no fueron acogidas o fueron acogidas parcialmente;*
- b) *Cuando a pesar de ser acogidas sus observaciones, el participante considere que tal acogimiento continua siendo contrario a lo dispuesto por el artículo 26º de la Ley, cualquier otra disposición de la normativa sobre contrataciones del Estado u otras normas complementarias o conexas”.*

Es en base al literal b) citado precedentemente, que INTRAMÉDICA pudo haber elevado la absolución de las observaciones al OSCE; sin embargo, presentó su propuesta, suscribió el contrato y posteriormente presentó los equipos, de acuerdo a su interpretación, la misma que estaba sustentada en las posibilidades que ofrecía el mercado.

En ese sentido, la posición del contratista tiene su sustento en el artículo 49º de la Ley de Contrataciones del Estado donde se dice expresamente que los contratistas deben cumplir cabalmente con lo ofrecido en su propuesta, por lo tanto, es correcto lo que se ha hecho, pues se ha demostrado en el arbitraje que han cumplido a cabalidad con su oferta, de acuerdo a las posibilidades del mercado.

Sin perjuicio de lo antes indicado, se puede apreciar que existe un error en las manifestaciones de voluntad de las partes y/o la interpretación de estos por la contraparte, durante el proceso de selección, así como en la celebración del contrato en sí mismos, toda vez que una de ellas (la Entidad) consideraba posible que se presente alguna de las opciones: un equipo con los Formatos 16:9 y 5:4, cualquiera de ellos, con un solo tipo de resolución de 1920 x 1080; mientras que la otra parte (el Contratista), consideraba que se podía presentar alguna las siguientes opciones: (i) un equipo con Formato 16:9 y con resolución de 1920 x 1080; o (ii) un equipo con Formato 5:4 y resolución de 1280 x 1080.

En este caso en particular, y evaluando los puntos materia de controversia, el Tribunal Arbitral considera que existe un vicio durante el proceso de selección, habiéndose incumplido el primer párrafo del artículo 33º de la Ley de Contrataciones del Estado⁹ y el numeral 1. del artículo 70 del Reglamento¹⁰, en donde se indica que en todos los procesos de selección sólo se considerarán como ofertas válidas aquellas que cumplan con los requisitos establecidos en las Bases Integradas. En ese sentido, se ha realizado una indebida calificación de la propuesta técnica de INTRAMÉDICA, pues dicha parte consideraba, de acuerdo a las posibilidades

⁹ Artículo 33.- Validez de las propuestas

En todos los procesos de selección sólo se considerarán como ofertas válidas aquellas que cumplan con los requisitos establecidos en las Bases.

¹⁰ Artículo 70.- Procedimiento de calificación y evaluación de propuestas

La calificación y evaluación de las propuestas es integral, realizándose en dos (2) etapas. La primera es la técnica, cuya finalidad es calificar y evaluar la propuesta técnica, y la segunda es la económica, cuyo objeto es calificar y evaluar el monto de la propuesta.

Las propuestas técnica y económica se evalúan asignándoles puntajes de acuerdo a los factores y criterios que se establezcan en las Bases del proceso, así como a la documentación que se haya presentado para acreditarlos.

En ningún caso y bajo responsabilidad del Comité Especial y del funcionario que aprueba las Bases se establecerán factores cuyos puntajes se asignen utilizando criterios subjetivos.

El procedimiento general de calificación y evaluación será el siguiente:

1. A efecto de la admisión de las propuestas técnicas, el Comité Especial verificará que las ofertas cumplan con los requisitos de admisión de las propuestas establecidos en las Bases.

Sólo una vez admitidas las propuestas, el Comité Especial aplicará los factores de evaluación previstos en las Bases y asignará los puntajes correspondientes, conforme a los criterios establecidos para cada factor y a la documentación sustentatoria presentada por el postor.

Las propuestas que en la evaluación técnica alcancen el puntaje mínimo fijado en las Bases, accederán a la evaluación económica. Las propuestas técnicas que no alcancen dicho puntaje serán descalificadas en esta etapa.

Los miembros del Comité Especial no tendrán acceso ni evaluarán a las propuestas económicas sino hasta que la evaluación técnica haya concluido.

(...)

del mercado, que las opciones eran: (i) un equipo con Formato 16:9 y con resolución de 1920 x 1080; o (ii) un equipo con Formato 5:4 y resolución de 1280 x 1080, a diferencia de la interpretación que mantenía el MINSA que consideraba que las opciones eran: un equipo con los Formatos 16:9 y 5:4, cualquiera de ellos, con un solo tipo de resolución de 1920 x 1080.

El artículo 33º de la Ley de Contrataciones del Estado es una norma de orden público, por lo tanto, y atendiendo a la naturaleza contractual del contrato materia de Litis, el mismo se encuentra circunscrita en un supuesto de nulidad absoluta del acto jurídico (de acuerdo al numeral 8 del artículo 219 del Código Civil¹¹, concordado con el artículo V del Título Preliminar de dicho cuerpo normativo¹²).

En relación a este tema de la nulidad del acto jurídico, a criterio de Messineo¹³ un acto jurídico contrario al orden público (llamado, también, acto jurídico prohibido) es aquel que va contra los principios fundamentales de interés general sobre los que se apoya el ordenamiento jurídico de un determinado Estado, en su aspecto de derecho imperativo, es decir, que debe observarse inderogablemente por todos, porque consta de normas imperativas o prohibitivas. Esta categoría corresponde a las normas que declaran la nulidad, máxime si se trata de un supuesto de nulidad manifiesta o de inexistencia del acto.

Asimismo, y para como mayor abundamiento, abordando este tema desde el punto de vista del derecho administrativo, tenemos que el artículo 10º de la Ley Nº 27444 (numerales 1 y 2) señala que son causales de nulidad, entre otros, "La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias", así como también establece "el defecto o la omisión de

¹¹ **Artículo 219.** - El acto jurídico es nulo:

(...)

8.- En el caso del artículo V del Título Preliminar, salvo que la ley establezca sanción diversa.

¹² **Orden público, buenas costumbres y nulidad del acto jurídico**

Artículo V. - Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres.

¹³ MESSINEO, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial. Tomo I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971. Pág. 47*

alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el Artículo 14". Cabe precisar que los requisitos de validez son cinco: competencia, **objeto o contenido**, finalidad pública, motivación y procedimiento regular. Artículo 10.- Causales de nulidad.

Las causales de nulidad del acto administrativo (así como del acto jurídico posterior, nos referimos a la suscripción del Contrato) que el Tribunal Arbitral advierte serían:

- Haberse contravenido el primer párrafo del artículo 33º de la Ley de Contrataciones del Estado y el numeral 1. del artículo 70 del Reglamento.
- Un vicio en el objeto, para lo cual el artículo 5º de la Ley Nº 27444 regula el objeto y contenido del acto administrativa, y en particular, el numeral 5.3 establece: "**No podrá contravenir en el caso concreto disposiciones constitucionales, legales, mandatos judiciales firmes; ni podrá infringir normas administrativas de carácter general provenientes de autoridad de igual, inferior o superior jerarquía, e incluso de la misma autoridad que dicte el acto**". En este caso, al suscribir el contrato sin que se acredite si la propuesta de INTRAMÉDICA cumplía con los requisitos técnicos solicitados durante el proceso de selección, constituye una infracción por parte del MINSA a una disposición legal prevista en la Ley de Contrataciones del Estado y por tanto afecta el objeto del acto administrativo emitido, nos referimos al otorgamiento de la buena pro y posterior suscripción del contrato materia de Litis.

En ese orden de ideas, para este colegiado queda claro que el contrato materia de Litis es nulo y, por lo tanto, se debe tener en cuenta tal circunstancia al momento de pronunciarse respecto a los puntos controvertidos.

Asimismo, es necesario tener en cuenta cuales son los efectos de la nulidad de un contrato bajo las normas de contrataciones con el Estado, para tales efectos, consideramos pertinente citar una opinión del OSCE, organismo rector de las contrataciones estatales, nos referimos a la **OPINIÓN Nº 093-2012/DTN del 10 de setiembre de 2012:**

Ahora bien, la consecuencia de la declaración de nulidad, como se indicó anteriormente, es la invalidez de los actos celebrados incumpliendo los requisitos y/o formalidades impuestos por la normativa de contrataciones del estado, siendo considerados actos inexistentes e incapaces de producir efectos; en esa medida, la declaración de nulidad de un contrato determina su inexistencia y, por tanto, la inexigibilidad de las obligaciones previstas en éste.

(...)

En tal sentido, la declaración de nulidad de un contrato determina su inexistencia y, por tanto, la inexigibilidad de las obligaciones contenidas en éste, pero no obliga a retrotraer la contratación a un acto, etapa o fase previa a la celebración del contrato.

En ese sentido, y después de haberse realizado el análisis preliminar de la validez del contrato y concluir que el contrato es nulo, pero el hecho que vició el vínculo contractual no es sobreviniente (no se cumple lo establecido en el artículo 167 del Reglamento para que opere una resolución de contrato), sino que es un vicio originado durante el proceso de selección.

II.3. ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

Luego del análisis de lo expuesto por ambas partes y evaluados todos los medios probatorios ofrecidos y actuados, y los respectivos escritos y recursos presentados, este Tribunal Arbitral establece lo siguiente en cuanto a los puntos controvertidos:

1. Determinar si corresponde declarar la nulidad o no del acto de resolución del ítem 23 del Contrato N° 177-2011-MINSA, contenido en la Carta Notarial de fecha 23 de enero de 2012.

Cabe precisar que al no existir un contrato válidamente celebrado, debido a la nulidad absoluta que se ha analizado precedentemente, la resolución del ítem 23 del Contrato N° 177-2011-MINSA realizado por la Entidad mediante la Carta Notarial de fecha 23 de enero de 2012 deviene en inválida también, toda vez que no es jurídicamente posible resolver un contrato que es nulo.

Sin perjuicio de lo antes indicado, este Colegiado aprecia que existen otros vicios en el procedimiento de resolución de contrato realizado por el MINSA, conforme analizaremos a continuación.

En ese sentido a fin de entender cuáles fueron las razones y circunstancias que rodearon la resolución del Contrato realizada por ambas partes, haremos una remisión de los hechos que antecedieron a dicho pedido y que se constatan de los documentos que obran en autos.

1. Que con fecha 06 de setiembre del 2010, el MINSA convocó al proceso Licitación Pública N° 018-2010/MINSA, modalidad Procedimiento Clásico, para la adquisición de equipos biomédicos para los hospitales de Ica (Hospital Regional de Ica SNIP N° 72056, Hospital Santa María del Socorro SNIP N° 74505, Hospital San Juan de Dios de Pisco SNIP N° 76065).
2. Que las especificaciones señaladas en las Bases del Proceso para el ítem 23, ítem que es sobre el cual surge la controversia, especificaban que el formato que se requería para los equipos era de 16:9 con una resolución de 1920 x 1080.
3. Que la empresa INTRAMÉDICA presentó observaciones al proceso, cuestionando que el formato de resolución sea únicamente de 16:9 y

solicita que se permita el ingreso del formato 5:4 como parte de los requerimientos mínimos del ítem 23 numeral B02, tal como sigue: “(...) B02 Resolución mínima 1920 x 1080 pixel, escáner progresivo formato 16:9 ó 5:4”.

4. En respuesta, en el Pliego de Absolución de Observaciones, la Entidad señaló lo siguiente:

“*ABSOLUCION DE OBSERVACIÓN N° 114*

Clave B02

De acuerdo a lo opinado por el área usuaria mediante Oficio N° 1620-2010-DGIEM/MINSA se indica “para permitir el ingreso de otras tecnologías deberá decir: B02 Resolución mínima 1920 x 1080 pixel, escáner progresivo formato 16:9 ó 5:4”.

5. Que con fecha 01 de febrero de 2011 se otorgó la Buena Pro del ítem 23 del Proceso Licitación Pública N° 018-2010-MINSA a la empresa INTRAMÉDICA, para la adquisición del Equipo de Cirugía Laparoscópica Especializada, quedando consentida la Buena Pro del mismo el 22 de marzo del 2011, por la suma de S/.594,499.00 (Quinientos Noventa y Cuatro Mil Cuatrocientos Noventa y Nueve y 00/100 Nuevos Soles).
6. Que con fecha 31 de marzo del 2011, se suscribió el Contrato N° 177-2011-MINSA proveniente de la LP N° 018-2010-MINSA. En relación al Contrato, este no señaló expresamente las especificaciones técnicas del equipo en mención, tan solo se limitó a realizar una descripción general del mismo remitiéndonos a las Bases y a la propuesta presentada.
7. Que con fecha 05 de agosto de 2011, la Entidad procedió con la verificación del equipo de cirugía laparoscópica especializada, correspondiente al ítem 23 del Contrato en mención, señalando en el

Acta de Verificación que el equipo no cumplía con los requerimientos exigidos, así consignó:

"EQUIPO DE CIRUGIA LAPAROSCOPICA ESPECIALIZADA

No cumple en el numeral B02 Resolución mínima 1920 x 1080 pixel, escáner progresiva, formato 16:9 o 5:4"

8. Que con fecha 23 de setiembre de 2011, la Entidad comunicó a INTRAMÉDICA, mediante Oficio N° 2010-2011-OL-ELS/MINSA, los resultados de la verificación del equipo, haciendo referencia al memorándum N° 1899-2011-DGIEM/MINSA y el informe N° 0712-2011-DE-DGIEM/MINSA, afirmando que, según dichos documentos, existían observaciones efectuadas al equipo de cirugía laparoscópica especializada, Asimismo, dispone que en un plazo máximo de dos (02) días calendarios de recibido, proceda a levantar las observaciones hechas.
9. Que mediante Carta de fecha 26 de setiembre de 2011, INTRAMÉDICA solicitó levantar las observaciones requeridas señalando que el equipo internado en el Hospital sí cumple con la exigencia del requerimiento, toda vez que las Bases permitieron el ingreso de dos formatos de estándares, 16:9 ó 5:4. En ese sentido, aclaran que el formato 16:9 tiene una resolución mínima de 1920 x 1080, y que al formato 5:4 le corresponde una resolución de 1280 x 1080 pixeles.
10. Que mediante Informe N° 876-2011-DE-DGIEM/MINSA y Memorándum N° 2346-2011-DGIEM/MINSA del 17 de octubre de 2011 y 18 de octubre de 2011 respectivamente, la Entidad reiteró que el Equipo presentado por la empresa INTRAMÉDICA *"no cumple con lo exigido en los requerimientos técnicos mínimos solicitados o equivalente en el formato 5:4, por lo que no es conforme"*.

11.Que el 03 de enero de 2012, INTRAMÉDICA cursó comunicación al MINSA, a fin de resolver el ítem 23 del Contrato N° 177-2011-MINSA de mutuo acuerdo, ello en razón, señalan, a la imposibilidad de satisfacer al área usuaria, debido a la contradicción de los requerimientos del Equipo, al mantener su observación.

12.Que el 18 de enero de 2012, INTRAMÉDICA cursó carta notarial al MINSA exigiendo la conformidad técnica de los equipos, otorgando a la Entidad un plazo perentorio de dos (02) días para otorgar la misma, bajo apercibimiento de resolver el Contrato por incumplimiento de la Entidad.

13.Que, el 23 de enero de 2012, el MINSA remitió Carta Notarial a través del Oficio N° 086-2012-OL/MINSA, a la dirección de Jr. San Martin N° 864 Dpto. 901, Miraflores, señalando:

"Por lo tanto, habiendo constatado la DGIE que su representada no subsano la observación al equipo de cirugía laparoscópica especializada, a pesar de ser una especificación técnica de las Bases integradas de la Licitación Pública N° 018-2010-MINSA, situación de incumplimiento que no puede ser revertida y no siendo necesario efectuar un requerimiento previo, mi despacho en aplicación del tercer párrafo del artículo 169º del Reglamento (...) resuelve el Contrato N° 177-2011-MINSA, situación que será comunicada al Tribunal de Contrataciones del Estado para la sanción correspondiente".

14.Que, el 25 de enero de 2012, INTRAMÉDICA remitió a la Entidad Carta Notarial a través de la cual resuelve el Contrato N° 177-2011-MINSA.

15.Que el 26 de enero de 2012, MINSA notificó a INTRAMÉDICA, mediante Oficio N° 096-2012-OL/MINSA, la Resolución de Contrato

realizada el 23 de enero de 2012, a la dirección declarada por INTRAMÉDICA ante SUNAT.

16.Que el 30 de enero de 2012, el MINSA comunicó a INTRAMÉDICA, mediante Oficio N° 120-2012-OL/MINSA, que la Carta Notarial de Resolución de Contrato enviada por estos no tiene ningún efecto legal, toda vez que el contrato ya había sido resuelto previamente por estos.

17.Que el 06 de febrero de 2012, el MINSA comunicó a INTRAMÉDICA, mediante Oficio N° 150-2012-OL/MINSA, que al no estar de acuerdo su representada con la resolución de contrato realizada por la Entidad deberá recurrir a una conciliación y/o arbitraje dentro del plazo de Ley.

Estando los hechos corroborados, procederemos a realizar el análisis legal respectivo, a fin de dilucidar la presente controversia.

Que la resolución del Contrato realizada por la Entidad mediante su carta de fecha 23 de enero de 2012 se amparó en las observaciones hechas en el Acta de Verificación del Equipo, las cuales pese a haberse requerido su levantamiento a través del Oficio N° 2010-2011-OL-ELS/MINSA de fecha 23 de setiembre de 2011., no fueron subsanadas por INTRAMÉDICA.

Ahora bien, respecto de la pretensión discutida, si alguna de las partes en su legítimo derecho deseaba resolver el Contrato, estaba obligada a seguir el procedimiento dispuesto en la Ley y el Reglamento de Contrataciones. Así, respecto del procedimiento de Resolución de Contrato, los artículos 167º y 169º del Reglamento, señalan lo siguiente:

"Artículo 167º.- Resolución del Contrato

Cualquiera de las partes puede poner fin al contrato por un hecho sobreviniente a la suscripción del mismo, siempre que se encuentre previsto expresamente en el contrato con sujeción a la Ley.

Por igual motivo, se puede resolver el contrato en forma parcial, dependiendo de los alcances del incumplimiento, de la naturaleza de las prestaciones, o de algún otro factor relevante, siempre y cuando sea posible sin afectar el contrato en su conjunto.

Artículo 169º.- Procedimiento de Resolución de Contrato

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

Dependiendo del monto contractual y de la complejidad, envergadura o sofisticación de la contratación, la Entidad puede establecer plazos mayores, pero en ningún caso mayor a quince (15) días, plazo este último que se otorgará necesariamente en caso de obras. Si vencido dicho plazo el incumplimiento continuo, la parte perjudicada resolverá el contrato en forma total o parcial comunicando mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato.

No será necesario efectuar un requerimiento previo cuando la resolución del contrato se deba a la acumulación del monto máximo de penalidad por mora, o por otras penalidades, o cuando la situación de incumplimiento no pueda ser revertida. En este caso, bastara comunicar al contratista mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato.
(...)"

Conforme a lo señalado, si bien a entender de la Entidad existía una causal para resolver el Contrato suscrito con INTRAMÉDICA por el supuesto

incumplimiento de entrega del equipo conforme a las características técnicas requeridas, no es menos cierto que existía un procedimiento que debía respetarse, el mismo que está establecido en el Reglamento.

Que en relación al cumplimiento del procedimiento exigido por la norma para la resolución del contrato, el mismo resulta ser de ineludible cumplimiento toda vez que constituye uno de los requisitos de validez del Acto Administrativo.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado en relación al debido procedimiento que este está concebido como el cumplimiento de todas las garantías, requisitos y normas de orden público que deben observarse y que el mismo comprende, a su vez, un haz de derechos que forman parte de su estándar mínimo¹⁴.

Así, el artículo 3º de la Ley del Procedimiento Administrativo General ha señalado dentro de los requisitos de validez de los actos administrativos los siguientes:

"Artículo 3º.- Requisitos de validez de los actos administrativos

Son requisitos de validez de los actos administrativos: (...)

Procedimiento regular.- Antes de su emisión, el acto debe ser conformado mediante el cumplimiento del procedimiento administrativo previsto para su generación".

Respecto del procedimiento seguido para la resolución del contrato, la Entidad se ha amparado en el artículo 169º del Reglamento que señala que no será necesario efectuar un requerimiento previo cuando la situación de

¹⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional N° 858-2001-AA.

incumplimiento no pueda ser revertida, por lo que bastará comunicar al contratista mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato.

Sobre el particular, y sin entrar a definir si los bienes presentados por el Contratista cumplían o no con las especificaciones técnicas, la pregunta que surge entonces es ¿En el presente caso, la situación de incumplimiento no podía ser revertida? ¿Era acaso imposible que el Contratista pudiese adquirir el equipo conforme a las características técnicas (resolución) requeridas en la Entidad y entregarlo a la ésta? A criterio de este Tribunal, la respuesta es negativa, toda vez que si bien el Contratista no podía entregar un equipo formato 5:4 con resolución 1280 x 1920 por no existir el mismo, si podía entregar un equipo con la misma resolución en formato 16:9.

Respecto de la figura de resolución de Contratos, el Tribunal del OSCE ya ha señalado en el Acuerdo de Sala Plena 06-2012 del 20 de setiembre de 2012, que *"el cumplimiento de los plazos y formas previstos en la normativa constituyen una garantía para los Contratistas, de manera que, para que se produzca la resolución, será necesario acreditar que la Entidad, cumplió con requerir y declarar la resolución siguiendo el procedimiento correspondiente"*.

Es tan importante y relevante respetar el debido procedimiento para Resolver el Contrato, que el Tribunal de Contrataciones del OSCE concluyó en el mismo caso lo siguiente, que reproducimos de manera ilustrativa:

"En los casos de resolución de contratos, las Entidades están obligadas a cumplir con el procedimiento de resolución contractual previsto en el artículo 169 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF y modificado por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF. La inobservancia del mencionado procedimiento por parte de la Entidad, implica la exención de responsabilidad del Contratista, sin perjuicio de

la responsabilidad administrativa de los funcionarios y/o servidores responsables”.

En ese sentido, la Entidad estaba en el deber de vía carta notarial requerir a INTRAMÉDICA el cumplimiento de sus obligaciones, otorgándole un plazo para así hacerlo; sin embargo, la Entidad notificó directamente vía notarial el 23 de enero de 2012 la Carta de Resolución del Contrato.

Cabe señalar que si bien a través del Oficio N° 2010-2011-OL-ELS/MINSA de fecha 23 de setiembre de 2011, la Entidad requirió a INTRAMÉDICA el cumplimiento de sus obligaciones, empero, dicho requerimiento no siguió la forma prescrita por el Reglamento, a saber, mediante Carta Notarial.

En ese sentido, para que la nulidad y/o ineficacia de la Resolución de Contrato del MINSA (la cual consiste en un acto administrativo) sea declarada fundada, el acto administrativo tiene que estar viciado de nulidad.

De acuerdo al artículo 10º de la Ley del Procedimiento Administrativo General son vicios del acto administrativo que causan su nulidad de pleno derecho, la contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias, así como el defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez. Estos requisitos son la competencia, el objeto o contenido, la finalidad pública, la motivación y el procedimiento regular.

De acuerdo con el artículo 3º de la Ley del Procedimiento Administrativo General, los requisitos de validez son cinco: Competencia, Objeto o Contenido, Finalidad Pública, Motivación y Procedimiento Regular.

En ese sentido, en este caso nos encontraríamos en que la resolución contractual efectuada por la Entidad contiene dos (2) vicios en el procedimiento regular que se debió seguir; (i) no se ha realizado el requerimiento previo para la subsanación adecuadamente; (ii) el

requerimiento previo que se intentó realizar, no cumplió con la formalidad requerida.

En consecuencia, respecto de la primera pretensión planteada, en razón de que la Entidad no siguió el procedimiento establecido para la Resolución del Contrato, corresponde que se declare **FUNDADA** la primera pretensión del Contratista.

2. Determinar si corresponde declarar la validez o no del acto de resolución contractual realizado por Intramedica S.A.C., contenido en la Carta Notarial de fecha 25 de enero de 2012.

Del otro lado, respecto de la Resolución de Contrato planteada por el Contratista, si bien INTRAMÉDICA siguió la forma prescrita en la norma, conforme lo desarrollado líneas arriba, resulta conveniente analizar la parte sustantiva de dicha resolución contractual. Así, el artículo 168º del Reglamento de la Ley de Contrataciones señala:

"Artículo 168º.- Causales de resolución por incumplimiento

La Entidad podrá resolver el contrato, de conformidad con el inciso c) del artículo 40º de la Ley, en los casos en que el contratista:

- 1. Incumpla injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese a haber sido requerido para ello.*
- 2. Haya llegado a acumular el monto máximo de la penalidad por mora o el monto máximo para otras penalidades, en la ejecución de la prestación a su cargo; o*
- 3. Paralice o reduzca injustificadamente la ejecución de la prestación, pese a haber sido requerido para corregir la situación.*

El contratista podrá solicitar la resolución del Contrato, de conformidad con el inciso c) del artículo 40º de la Ley, en los casos en que la Entidad incumpla injustificadamente sus obligaciones esenciales, las mismas que se contemplan en las Bases o en el Contrato, pese a haber sido requerido conforme al procedimiento.

Siendo así, como hemos expuesto de manera detallada precedentemente, ambas partes han expuesto suposiciones respecto a lo que cada una entendía que era el objeto planteado durante el proceso de selección, toda vez que para la Entidad de las Bases Integradas del proceso se observa literalmente que, si bien el formato podía ser de 16:9 o 5:4, también señaló específicamente que la resolución del equipo debía ser de 1920 x 1280; por lo que solo existían dos maneras de cumplir con lo exigido por la Entidad: i) INTRAMÉDICA entregaba un formato 5:4 con una resolución 1920 x 1280, lo cual tal como ellos mismos han explicado era un imposible; o, ii) INTRAMÉDICA entregaba un formato 16:9 con una resolución de 1920 x 1280.

El contratista ha argumentado, en reparo de lo expuesto que la aceptación del formato 5:4 incluyó implícitamente la aceptación de la resolución propia de esta, es decir 1280 x 1080, lo cual se veía sustentado con las posibilidades reales que presentaba el mercado.

Ahora bien, dadas las circunstancias descritas, a criterio de este Tribunal existe una responsabilidad compartida entre el Contratista y la Entidad. En ese sentido, a través de la Carta del 03 de enero de 2012, INTRAMÉDICA comunicó al MINSA, su propuesta de resolución de mutuo acuerdo, así señalo textualmente en su Carta lo siguiente:

"El hecho de que la Entidad no acepte los equipos y brindar la respectiva conformidad no es imputable a INTRAMEDICA, sino que dicha situación es completamente responsabilidad de la Entidad, toda vez que en la delimitación y formulación de las especificaciones técnicas debió guardarse reparo respecto de la divergencia que existía entre lo que realmente requería el área usuaria y lo que se estaba efectivamente solicitando en las Bases Integradas.

De esa manera, dada la imposibilidad de satisfacer el área usuaria en razón de la diferencia existente entre lo que efectivamente se

requiere y lo que se solicitó en el proceso de selección, resulta conveniente, tanto para la entidad como para el contratista, anular el contrato sin causa imputable a alguna de las partes, debido a que la pretensión de la Entidad se configura como un imposible física y materialmente imposible de cumplir, no solo para INTRAMEDICA, sino para cualquier empresa que haya ofrecido, de acuerdo con las Bases Integradas, un formato de resolución de 5:4".

Sin embargo, realizar una resolución de contrato no era posible, debido a que la causal no fue sobreviniente, sino que es un vicio de origen; en ese sentido, tampoco es válida la resolución que INTRAMÉDICA realizó mediante Carta Notarial de fecha 25 de enero de 2012, toda vez que al no existir un contrato válidamente celebrado, debido a la nulidad absoluta que se ha analizado precedentemente, la resolución del ítem 23 del Contrato N° 177-2011-MINSA realizado por el Contratista deviene en inválida también, atendiendo a que no es jurídicamente posible resolver un contrato que es nulo.

A criterio de este Tribunal, corresponde que se declare **INFUNDADA** la pretensión que consiste en declarar la validez de la resolución del Contrato presentada por el Contratista.

3. **Determinar si corresponde ordenar o no que el Ministerio de Salud reconozca y pague a favor de Intramedica S.A.C. la suma ascendente a S/. 299,730.60, correspondiente al pago del 50% de los costos de los bienes que integran el ítem 23 (Equipo de Cirugía Laparoscópica Especializada), los que incluyen los gastos de adquisición, importación, nacionalización, almacenamiento, utilidad y todos los tributos que le fueron aplicados, por concepto de indemnización por daños y perjuicios, así como lucro cesante.**

Que respecto de la figura de la indemnización de daños y perjuicios consiste en la acción que tiene el acreedor o el perjudicado para exigir del deudor o causante del daño una cantidad de dinero equivalente a la utilidad o beneficio que a aquél le hubiese reportado el cumplimiento efectivo, íntegro y oportuno de la obligación o a la reparación del mal causado, así el profesor Pareja Sebedo señala al respecto lo siguiente:

"En el presente precepto normativo tenemos que la víctima, en cumplimiento de la carga de la prueba que le compete cumplir, tendrá que demostrar el daño tanto en su aspecto intrínseco como extrínseco, es decir tanto en contenido como en cuantía o medida. En el primero de los aspectos deberá acreditarse la afectación a un interés jurídico amparado por el ordenamiento jurídico y el tipo de afectación (clasificación del daño), mientras que en el segundo de los aspectos tendrá que acreditarse el monto o valoración del daño que calcule sobre la afectación de sus intereses patrimoniales y no patrimoniales¹⁵".

En ese sentido, el Código Civil Peruano señala lo siguiente:

"Artículo 1331.- Prueba de daños y perjuicios

La prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía también corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso".

Y la Ley del Procedimiento Administrativo General señala lo siguiente:

"Artículo 238.- Disposiciones Generales

238.1 Los administrados tendrán derecho a ser indemnizados por las entidades de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en casos de fuerza mayor,

¹⁵ PAREJA SEBEDO, Charles Richard, <http://iurislexsocietas.com/portal/node/40>, 14 de julio de 2010.

siempre que el perjuicio sea consecuencia del funcionamiento de la administración.

238.2 La declaratoria de nulidad de un acto administrativo en sede administrativa o por resolución judicial no presupone necesariamente derecho a la indemnización.

238.3 El daño alegado debe ser efectivo, valioso económicamente e individualizado con relación a un administrado o grupo de ellos

238.4. Solo será indemnizable el perjuicio producido al administrado proveniente de daños que este no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley".

Ahora bien, respecto de la reclamación de indemnización, a criterio de este Tribunal, INTRAMÉDICA no ha sufrido ninguna lesión que pueda ser reclamable a la Entidad, toda vez que no se ha acreditado la antijuridicidad y el nexo causal del daño que sea imputable al MINSA, pues la controversia descrita se habría producido por un vicio de nulidad en los actos de otorgamiento de la buena pro y posterior celebración del contrato, situación que se presentó por causas atribuibles a ambas partes, conforme se ha analizado precedentemente en este laudo.

En consecuencia, a criterio de este Tribunal corresponde que dicha pretensión sea declarada **INFUNDADA**.

4. Determinar si corresponde ordenar o no que el Ministerio de Salud reponga a favor de Intramedica S.A.C. la suma ascendente a S/. 4,052.95, correspondiente a:

- a. Los gastos incurridos para la participación en la Licitación Pública N° 018-2010-MINSA, referidos a la emisión y mantenimiento de la carta fianza de seriedad de la oferta.**
- b. Los gastos financieros incurridos para suscribir el Contrato N° 177-2011-MINSA, referidos a la emisión y**

mantenimiento de la carta fianza por el concepto de fiel cumplimiento y adelantos.

Que al ser la presente pretensión de naturaleza accesoria a las anteriores, conforme a los fundamentos expuestos líneas arriba, corresponde a criterio de este Tribunal, que esta sea declarada INFUNDADA.

Cabe señalar que respecto de la Carta Fianza de Seriedad de la Oferta, la misma era solicitada a todos los postores a fin de asegurar que aquellos que se presenten al proceso realicen una propuesta firme, que culmine en la suscripción del Contrato.

Así el Reglamento de la Ley de Contrataciones señalaba en su artículo 157º lo siguiente:

"Artículo 157º.- Garantía de seriedad de oferta

En los procesos de Licitación Pública, Concurso Público y Adjudicación Directa, los postores deberán presentar la garantía de seriedad de oferta, la misma que tiene como finalidad garantizar la vigencia de la oferta. El postor que resulte ganador de la Buena Pro y el quedo en segundo lugar están obligados a mantener su vigencia hasta la suscripción del contrato".

En ese sentido, la presentación de una Carta Fianza de Seriedad de la Oferta, de ninguna manera vinculaba a la Entidad a realizar el otorgamiento de la Buena Pro al postor, sino que era meramente un requisito para participar efectivamente en el proceso de selección.

En consecuencia, el costo de emisión y mantenimiento de la Carta Fianza de Seriedad de Oferta no puede ser en ningún caso exigible a la Entidad, salvo que se acredite la mala fe del Comité Especial en el otorgamiento de Buena Pro.

Que respecto a la entrega de la Carta de Fiel Cumplimiento, la misma es solicitada para asegurar que el Contratista cumpla con sus obligaciones, así el Reglamento de la Ley de Contrataciones señala lo siguiente:

"Artículo 158º.- Garantía de fiel cumplimiento

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 ciento (10%) del monto del contrato original 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".

En ese sentido, la presentación de una Carta Fianza de Fiel Cumplimiento, se realiza para garantizar el cumplimiento de la propuesta. Sin embargo, toda vez que la nulidad del contrato se ha presentado por causa imputable a ambas partes, no existe justificación para que la Entidad reponga los gastos en los cuales el Contratista ha incurrido, sin perjuicio de ello, la Entidad debe proceder a la devolución de dicha garantía a favor del Contratista, toda vez que no existe obligación jurídica del Contratista para mantener la referida garantía.

En virtud de lo expuesto, a criterio de este Tribunal, corresponde que se declare **INFUNDADA** la presente pretensión.

5. **En caso no se declaren fundados los puntos 1), 2), 3) y 4) precedentes, determinar si corresponde ordenar o no que el Ministerio de Salud emita la conformidad técnica de los bienes, disponga la recepción de los bienes y cumpla con el pago correspondiente.**

Que tal como se ha desarrollado en el presente documento, el Área Usuaria es el área encargada de definir los Términos de Referencia del Proceso.

En ese sentido, las Bases del Proceso establecieron como términos de referencia que la Resolución del Equipo sea de 1920 x 1280 en un formato de 16:9; sin embargo, aparentemente por un error tanto del postor, al presentar sus observaciones, como de la Entidad al Integrar las Bases, las mismas fueron expuestas aceptándose la presentación de dos formatos pero una sola resolución para el equipo.

Ahora bien, en términos físicos tal situación resulta ser imposible pues a cada formato le corresponde una resolución. Asimismo, existe una imposibilidad jurídica, toda vez que como el contrato materia de Litis es nulo, es jurídicamente imposible que se otorgue la conformidad técnica de los bienes respecto de los cuales no existe obligación jurídica de ser entregados. En ese mismo sentido, atendiendo a la nulidad que este colegiado ha notado, no se debe dar conformidad de los bienes, no existe obligación de pago, no existen incumplimientos, y el MINSA como a esta altura resulta lógico, deberá proceder a la devolución de los equipos a INTRAMÉDICA.

En virtud de lo expuesto, a criterio de este Tribunal corresponde declarar **INFUNDADA** la presente pretensión.

6. Determinar a quién corresponde el pago de los costos, costas y gastos arbitrales que genere el presente proceso arbitral.

Que a fin de determinar a quién corresponde el pago de los costos y costas del presente proceso arbitral, este Tribunal deberá considerar las siguientes variables: i) El resultado final de este arbitraje; ii) El buen comportamiento procesal de las partes y iii) La incertidumbre jurídica que existía entre ellas y que motivó el presente arbitraje.

Que el artículo 73º del Decreto Legislativo que norma el Arbitraje, D. Leg. N° 1071 señala respecto a la distribución del pago del costo del arbitraje lo siguiente:

"Artículo 73º.- Asunción o distribución de costos.

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

Que, en ese sentido este Tribunal Arbitral ha decidido que atendiendo a que no existe pacto de las partes sobre las costas y costos y considerando el resultado de este arbitraje en el que, en puridad, no puede afirmarse que existe una "parte perdedora", ya que en apreciación del Tribunal Arbitral ambas partes tenían motivos suficientes y atendibles para litigar, habida cuenta que debían defender sus pretensiones en la vía arbitral, y que, además, el Tribunal Arbitral considera el buen comportamiento procesal de las partes y la incertidumbre jurídica que existía entre ellas y que motivó el presente arbitraje, corresponde disponer que cada parte asuma directamente los gastos o costos que le correspondían; esto es, sus propios costos y costas de defensa y representación, atendiendo cada una de ellas en un 50% los honorarios arbitrales y de la Secretaría Arbitral.

Por las razones expuestas, este Tribunal Arbitral, dentro del plazo correspondiente, en Derecho;

LAUDA:

PRIMERO: Declarar **FUNDADA** la pretensión 1) establecida en el Acta de Puntos Controvertidos referida a determinación de si correspondía declarar

la nulidad o no del acto de resolución del ítem 23 del Contrato N° 177-2011-MINSA, realizado por el Ministerio de Salud, mediante la Carta Notarial de fecha 23 de enero de 2012; y por ende **DECLÁRESE** nula la resolución de contrato realizada por la Entidad mediante la Carta Notarial de fecha 23 de enero de 2012.

SEGUNDO: Declarar **INFUNDADA** la pretensión 2) establecida en el Acta de Puntos Controvertidos referida a la determinación de si correspondía declarar la validez o no del acto de resolución contractual realizado por Intramedica S.A.C., mediante la Carta Notarial de fecha 25 de enero de 2012; y por ende **DECLÁRESE** nula la resolución de contrato realizada por el Contratista mediante la Carta Notarial de fecha 25 de enero de 2012; sin perjuicio de reconocer, sobre la base de la opinión pericial, que la exigencia de la Entidad respecto de la relación Formato 16:9 – Resolución (1920 x 1080) resulta imposible de cumplir técnicamente.

TERCERO: Declarar **INFUNDADA** la pretensión 3) establecida en el Acta de Puntos Controvertidos referida a la determinación de si correspondía ordenar o no que el Ministerio de Salud reconozca y pague a favor de Intramedica S.A.C. el 50% de los costos de los bienes que integran el ítem 23 (Equipo de Cirugía Laparoscópica Especializada), por concepto de indemnización por daños y perjuicios, así como lucro cesante, por los fundamentos expuestos líneas arriba.

CUARTO: Declarar **INFUNDADA** la pretensión 4) establecida en el Acta de Puntos Controvertidos, referida a la determinación de si correspondía ordenar o no que el Ministerio de Salud reponga a favor de Intramedica S.A.C.: (i) Los gastos incurridos para la participación en la Licitación Pública N° 018-2010-MINS y (ii) Los gastos financieros incurridos para suscribir el Contrato N° 177-2011-MINSA, conforme a los fundamentos expuestos líneas arriba.

QUINTA: Declarar **INFUNDADA** la pretensión 5) establecida en el Acta de Puntos Controvertidos, referida a la determinación de si correspondía ordenar o no que el Ministerio de Salud emita la conformidad técnica de los bienes, disponga la recepción de los bienes y cumpla con el pago correspondiente, conforme a los fundamentos expuestos líneas arriba

SEXTA: Declarar que cada parte deberá asumir los gastos arbitrales que les correspondía sufragar (50% a cada una de ellas); asimismo, cada una de las partes deberá asumir los gastos de asesoría legal y demás en que hubieran incurrido a raíz del presente proceso arbitral.



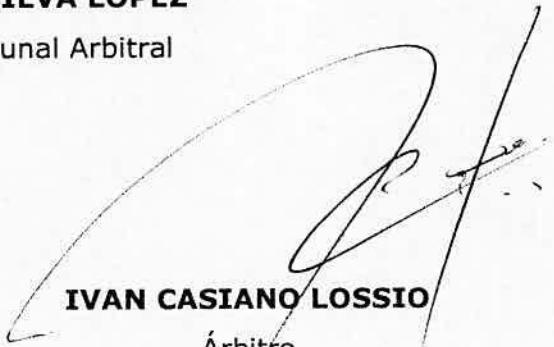
MARIO MANUEL SILVA LÓPEZ

Presidente del Tribunal Arbitral



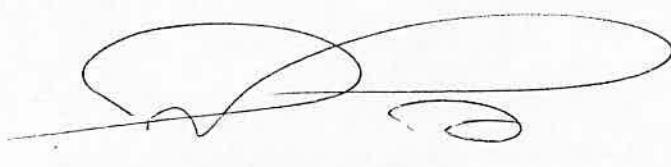
JUAN HUAMANI CHÁVEZ

Árbitro



IVAN CASIANO LOSSIO

Árbitro



LUIS PUGLIANINI GUERRA

Secretario Ad Hoc



**CARTA N° 001-2014/ CASO ARBITRAL: INTRAMÉDICA S.A.C.
CONTRA EL MINISTERIO DE SALUD**

Lima, 26 de febrero de 2014

Señores

ORGANISMO SUPERVISOR DE LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO - OSCE

Av. Gregorio Escobedo cdra. 7 s/n
Jesús María.-

Att. Dirección de Arbitraje Administrativo

Ref.: Caso Arbitral: Intramedica S.A.C. contra el Ministerio de Salud

Asunto: Remite Laudo Arbitral y otros

De nuestra consideración:

Me dirijo a ustedes en atención al caso arbitral de la referencia, por encargo del Tribunal Arbitral conformado por el doctor Mario Manuel Silva López, en su calidad de Presidente del Tribunal Arbitral, los doctores Juan Huamaní Chávez y Iván Alexander Casiano Lossio, en su calidad de árbitros con la finalidad de poner en vuestro conocimiento copia del Laudo Arbitral emitido el 26 de noviembre de 2013.

Asimismo, hago de vuestro conocimiento la Resolución Nº 28 de fecha 25 de febrero de 2014, la cual resuelve el pedido frente al laudo solicitado por la parte demandada:

Resolución N° 28

Lima, 25 de febrero de 2014.-

Puesto a despacho en la fecha;

ATENDIENDO:

Primeros: Que, con fecha 26 de noviembre de 2013, se expidió en unanimidad el laudo arbitral de derecho para el presente caso;

Segundo: Que, el primer párrafo del numeral 36) del Acta de Instalación del Tribunal Arbitral señala que: "Dentro del plazo de diez (10) días hábiles de notificado el laudo, las partes podrán pedir al Tribunal Arbitral la rectificación, integración, interpretación y/o exclusión del laudo en lo que consideren conveniente.";

Tercero: Que, mediante escrito presentado el 11 de diciembre de 2013, y dentro del plazo establecido para tales efectos, el Ministerio de Salud solicitó la interpretación del laudo arbitral, en base a los siguientes argumentos:

- (i) En el acápite II.2 del Laudo (*Análisis de la validez del Contrato N° 177-2011-MINSA*), el Tribunal Arbitral ha analizado la relación obligacional celebrada entre las partes, a fin de determinar si la misma es válida o no, considerando que de ello depende determinar si nacieron válidamente las obligaciones de las cuales se imputan incumplimientos ambas partes.
- (ii) Luego del referido análisis, el Tribunal Arbitral considera que existe un vicio durante el proceso de selección, por lo que el contrato materia de Litis es nulo, situación que ha tenido en cuenta al momento de pronunciarse respecto a los puntos controvertidos.
- (iii) Sin embargo, si bien en la parte resolutiva del laudo, se ha declarado la nulidad de las resoluciones del contrato efectuadas por ambas partes, advertimos que el Tribunal Arbitral no ha precisado sobre la nulidad del contrato.
- (iv) En ese sentido, se solicita que se precise en el laudo (parte resolutiva), sobre lo expuesto en el acápite II.2 de la parte considerativa del laudo, en cuanto que el contrato es nulo.

Cuarto: Que, mediante Resolución N° 25 de fecha 16 de diciembre de 2013, se corrió traslado a Intramedica S.A.C. del escrito presentado por el Ministerio de Salud el 11 de diciembre de 2013 para que, en un plazo de diez (10) días hábiles, exprese lo conveniente a su derecho de considerarlo necesario;

Quinto: Que, mediante Resolución N° 26 de fecha 6 de febrero de 2013, se dejó constancia que Intramedica S.A.C. no ha absuelto el traslado conferido mediante la citada Resolución N° 25, a pesar de haber vencido en exceso el plazo establecido para tales efectos, por lo tanto, se dejó constancia de tal situación, y a su vez, como se encontraba el pedido de interpretación del laudo expedito para ser resuelto, se fijó el plazo para resolver tal pedido en diez (10) días hábiles.

Sexto: Que, en ese sentido, corresponde que este Tribunal Arbitral se pronuncie sobre el pedido de interpretación formulado por el Ministerio de Salud.

CONSIDERANDO:

Primero: Que, de acuerdo con el numeral 36) del Acta de Instalación del Tribunal Arbitral, las partes aceptaron y reconocieron la facultad de cualquiera de ellas, para solicitar al Tribunal Arbitral la rectificación, integración, interpretación y/o exclusión del Laudo en lo que consideren conveniente.

Segundo: Que, sin embargo, de una lectura del pedido formulado por el Ministerio de Salud, y atendiendo a lo establecido en el numeral 1) del artículo 58º del Decreto Legislativo N° 1071¹, este Colegiado puede apreciar que no se está solicitando en realidad un pedido de

¹ Artículo 58º.- Rectificación, interpretación, integración y exclusión del laudo.

1. Salvo acuerdo distinto de las partes o disposición diferente del reglamento arbitral aplicable:

- a. Dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación del laudo, cualquiera de las partes puede solicitar la rectificación de cualquier error de cálculo, de trascipción, tipográfico o informático o de naturaleza similar.
- b. Dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación del laudo, cualquiera de las partes puede solicitar la interpretación de algún extremo oscuro, impreciso o dudoso expresado en la parte decisoria del laudo o que influya en ella para determinar los alcances de la ejecución.
- c. Dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación del laudo, cualquiera de las partes puede solicitar la integración del laudo por haberse omitido resolver cualquier extremo de la controversia sometida a conocimiento y decisión del tribunal arbitral.
- d. Dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación del laudo, cualquiera de las partes puede solicitar la exclusión del laudo de algún extremo que hubiera sido objeto de pronunciamiento, sin que estuviera sometido a conocimiento y decisión del tribunal arbitral o que no sea susceptible de arbitraje.



interpretación (que consiste en aclarar algún extremo oscuro, impreciso o dudoso expresado en la parte decisoria del laudo o que influya en ella para determinar los alcances de la ejecución), sino un pedido de integración (la integración del laudo por haberse omitido resolver cualquier extremo de la controversia sometida a conocimiento y decisión del tribunal arbitral), toda vez que el Ministerio de Salud solicita que se incluya en la parte resolutiva un punto que recoja el análisis realizado por los árbitros en la parte considerativa (acápite II.2 del Laudo: *Análisis de la validez del Contrato N° 177-2011-MINSA*), y no que aclare un punto oscuro del laudo.

Tercero: Que, en ese sentido, atendiendo al contenido del escrito del Ministerio de Salud, el Tribunal Arbitral decide reconducir el pedido presentado, y darle el tratamiento de un pedido de integración, para resolverlo de acuerdo a Ley.

Cuarto: Que, es pertinente indicar que la interposición de los pedidos de integración del laudo arbitral, no tienen naturaleza impugnatoria, propia de las apelaciones o reposiciones respecto a la decisión emitida por el Tribunal Arbitral al momento de laudar, sino que constituyen un derecho que tienen las partes para que, el Tribunal integre el laudo por haberse omitido resolver cualquier extremo de la controversia sometida a conocimiento y decisión de los árbitros; en otras palabras, lo que se pretende con este pedido es salvar la posible deficiencia del Laudo respecto de la omisión de alguno en los puntos sometidos a decisión del Tribunal, y que en este sentido la integración del laudo no debe implicar la modificación de decisiones ya adoptadas por el Tribunal sobre los puntos que fueron materia de controversia y que fueron ya resueltos oportunamente en el Laudo, no suponiendo la incorporación de nuevos puntos controvertidos que no fueron materia del proceso arbitral, de lo contrario se lograría por la vía indirecta lo que no se puede obtener por la vía directa.

Quinto: Que, asimismo, cabe indicar que en la Sentencia del Expediente N° 7022-2006-PA/TC, nuestro Tribunal Constitucional respecto al principio de congruencia establece que: "(...) este Tribunal ha señalado que dicho principio procesal forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la motivación de las decisiones judiciales (STC 8327-2005-AA/TC, FJ 5), y que garantiza que **el juzgador resuelva cada caso concreto sin omitir, alterar o exceder las pretensiones formuladas por las partes**" (El subrayado y resaltado es nuestro).

Sexto: Que, de lo indicado en párrafos anteriores, se aprecia que el juez (árbitro) únicamente emitirá pronunciamiento respecto a la materia controvertida que ha sido puesta a su conocimiento, esto es, tal como se señala en la sentencia del Tribunal Constitucional, sin que se omita, altere o exceda las pretensiones formuladas por las partes.

Séptimo: Que, asimismo, en el caso de las decisiones finales emitidas en un arbitraje, se señala que en aplicación del principio de congruencia, las pretensiones que se resuelvan en un Laudo deben ser planteadas y debatidas durante el proceso; con lo que, en un laudo no se podrá resolver respecto de pretensiones diferentes a las planteadas.

Octavo: Que, al respecto, este colegiado considera que la fundamentación por la cual se ha considerado que el contrato materia de Litis tendría que devenir en nulo está claramente explicado en la parte considerativa del mismo, conforme se ha hecho referencia precedentemente, siendo que los árbitros han sido plenamente competentes para pronunciarse respecto a este punto atendiendo a las facultades contenidas en el artículo 40º del Decreto Legislativo N° 1071² y, asimismo, conforme se estableció en el punto II. del Acta

-
- e. El tribunal arbitral pondrá la solicitud en conocimiento de la otra parte por quince (15) días. Vencido dicho plazo, con la absolución o sin ella, el tribunal arbitral resolverá la solicitud en un plazo de quince (15) días. Este plazo puede ser ampliado a iniciativa del tribunal arbitral por quince (15) días adicionales.
 - f. El tribunal arbitral podrá también proceder a iniciativa propia a la rectificación, interpretación o integración del laudo, dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación del laudo.

² Artículo 40º.- Competencia del tribunal arbitral.

de la Audiencia de Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios³.

Noveno: Que, de la misma manera, el pronunciamiento referido corresponde a un análisis previo que efectuó este Colegiado, sin el cual, no hubiese podido dilucidar las controversias planteadas por las partes; esto es, si bien, luego de realizado el análisis, el Tribunal Arbitral consideró que el contrato celebrado entre las partes devendría en nulo, tal conclusión corresponde a una condición del contrato que debía tomarse en cuenta al momento de examinarse y emitirse el pronunciamiento respecto a las pretensiones planteadas en el escrito de demanda; no significando ello, que con el análisis sobre una posible nulidad del contrato celebrado entre las partes se procedía a dilucidar en específico alguna pretensión que contuviera dicha controversia, situación que no podía acontecer en razón a que ninguna de las partes pretendió o solicitó que se declare la nulidad del contrato, por lo que no resulta factible ni posible jurídicamente que este Colegiado falle o se pronuncie en forma expresa sobre un pedido o pretensión no planteada en el proceso.

Décimo: Que, respecto a lo indicado en el considerando precedente, cabe precisar que en la página 57 del Laudo Arbitral de fecha 26 de noviembre de 2013, este Colegiado precisó lo siguiente: "En ese orden de ideas, para este colegiado queda claro que el contrato materia de Litis es nulo y, por lo tanto, se debe tener en cuenta tal circunstancia al momento de pronunciarse respecto a los puntos controvertidos".

Undécimo: Que, en ese sentido, lo referido respecto a la nulidad del contrato presupone únicamente un análisis que obligatoriamente efectuó este Colegiado para emitir pronunciamiento respecto a las pretensiones planteadas; mas ello no significa que deba emitirse una disposición resolutiva respecto de dicho análisis, puesto que, de realizarse ello, se estaría vulnerando el principio de congruencia, al no haber ninguna de las partes planteado la nulidad como pretensión; sin embargo, si resulta pertinente dejar a salvo el derecho de ellas de plantear dicho pedido o pretensión en la forma o mecanismo que consideren pertinente.

Por lo que, **SE RESUELVE:**

Primero: **DISPÓNGASE** la reconducción del pedido realizado por el Ministerio de Salud frente al laudo mediante escrito presentado el 11 de diciembre de 2013, en consecuencia, al mismo se le dará el tratamiento de un pedido de integración, para resolverlo de acuerdo a Ley.-

Segundo: **DECLÁRESE INFUNDADO** el pedido de integración de laudo solicitado por el Ministerio de Salud mediante escrito de fecha 11 de diciembre de 2013, en base a los argumentos expuestos en la presente resolución.

El tribunal arbitral es competente para conocer el fondo de la controversia y para decidir sobre cualesquiera cuestiones conexas y accesorias a ella que se promueva durante las actuaciones arbitrales, así como para dictar las reglas complementarias para la adecuada conducción y desarrollo de las mismas.

3 "El Tribunal deja claramente establecido que se reserva el derecho a analizar los puntos controvertidos, no necesariamente en el orden en el que están señalados en la presente acta, y que si al pronunciarse sobre algún punto controvertido determina que carece de objeto pronunciarse sobre otros puntos controvertidos con los que guarde vinculación, podrá omitir pronunciarse respecto de ellos expresando las razones de dicha omisión.

Asimismo, queda establecido que las premisas previas a cada una de las preguntas establecidas como puntos controvertidos son meramente referenciales, dirigidas a una lectura más simple y ágil de los puntos controvertidos y que por ello el Tribunal podrá omitir, ajustar o interpretar dichas premisas a la luz de las respuestas dadas a otros puntos, sin que el orden empleado o el ajuste, omisión o interpretación genere nulidad de ningún tipo."

**Caso Arbitral: Intramedica S.A.C.
contra el Ministerio de Salud**

Firmado por: Mario Manuel Silva López, Presidente del Tribunal Arbitral; Juan Huamaní Chávez, Árbitro; Iván Alexander Casiano Lossio, Árbitro; y, Luis Puglianini Guerra, Secretario Ad Hoc.-

Además, les envío copia de los cargos de notificación de los documentos indicados en los párrafos precedentes.

Sin otro particular, aprovechamos la oportunidad para expresarles los sentimientos de nuestra especial consideración.

Atentamente,



LUIS PUGLIANINI GUERRA
Secretario Ad hoc