

LAUDO DE DERECHO

CONSORCIO ASG INVERSIONES E.I.R.L. – ANJACK MÉDICA S.A.C.
(Demandante)

SEGURO SOCIAL DE SALUD – HOSPITAL NACIONAL EDGARDO REBAGLIATI MARTINS
(Demandado)

Árbitro Único:
Dr. Juan Valdivieso Cabada

Secretario Arbitral Ad Hoc:
Dr. Armando Flores Bedoya

Contrato N° 001 Licitación Pública N° 1107L00021 "Adquisición de Material Médico
para el Hospital Edgardo Rebagliati Martins - ESSALUD"

RESOLUCIÓN N° 15

En Lima, a los veintiocho días del mes de abril del año dos mil catorce, el Árbitro Único designado mediante Resolución N° 372-2012-OSCE/PRE emitida el 28 de noviembre de 2012 por la Presidencia Ejecutiva del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE, dicta el siguiente laudo:

I. CONVENIO ARBITRAL

1. Con fecha 6 de mayo de 2011, el Consorcio ASG Inversiones E.I.R.L. – ANJACK Médica S.A.C. (en adelante, **EL CONSORCIO**), y el Seguro Social de Salud – Hospital Nacional Edgardo Rebagliati Martins (en adelante, **ESSALUD**), suscribieron el Contrato N° 001 Licitación Pública N° 1107L00021 "Adquisición de Material Médico para el Hospital Edgardo Rebagliati Martins - ESSALUD" (en adelante, **El Contrato**).
2. De conformidad a lo establecido en la Cláusula Décima Novena del Contrato, las partes acordaron lo siguiente:

"Cualquiera de las partes tiene el derecho a iniciar el arbitraje administrativo a fin de resolver las controversias que se presenten durante la etapa de ejecución contractual dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 144°, 170°, 175° y 177° del Reglamento o, en su defecto, en el artículo 52° de la Ley..

Facultativamente, cualquier de las partes podrá someter a conciliación la referida controversia, sin perjuicio de recurrir al arbitraje en caso no se llegue a un acuerdo entre ambas, según lo señalado en el artículo 214° del Reglamento de la ley de Contrataciones del Estado.

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

3. Siendo ello así, el 01 de abril de 2008 el CONSORCIO solicitó el inicio del procedimiento arbitral para resolver las controversias conforme a lo establecido en el Contrato.

II. INSTALACIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO

4. Con fecha 14 de enero de 2013 se llevó a cabo la Audiencia de Instalación del Árbitro Único, en la cual declaró haber sido debidamente designado mediante Resolución N° 372-2012-OSCE/PRE y al convenio arbitral celebrado entre las partes, reiterando no tener ninguna incompatibilidad para el cumplimiento del cargo, ni compromiso alguno con las partes.

5. En el mismo acto, por acuerdo de las partes, se establecieron las reglas aplicables al presente arbitraje, el monto de los honorarios del Árbitro Único, de la Secretaría Arbitral Ad Hoc, se declaró abierto el proceso arbitral y, finalmente, se otorgó un plazo a ambas partes para que cumplan con efectuar el pago de los honorarios arbitrales.

III. POSICIONES DE LAS PARTES

• DEMANDA ARBITRAL PRESENTADA POR EL CONSORCIO

6. Con fecha 4 de febrero de 2013, el CONSORCIO cumplió dentro del plazo con presentar su demanda contra ESSALUD, formulando las siguientes pretensiones:

PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL.- Que, el Árbitro Único reconozca y ratifique la validez de la resolución parcial del Contrato N° 001 Licitación Pública N° 1107L00021, efectuada por nuestra parte como consecuencia del incumplimiento del Seguro Social de Salud - Hospital Nacional "Edgardo Rebagliati Martins", al haberse negado injustificadamente a recepcionar las órdenes de compra N° 4501643534, 4501643521 y 4501508705.

SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL.- Que, se declare la obligación de pago del Seguro Social de Salud - Hospital Nacional "Edgardo Rebagliati Martins" por la suma de S/. 129,250.00 (Ciento Veintinueve Mil Doscientos Cincuenta y 00/100 Nuevos Soles) a nuestro favor, y se le ordene que de inmediato cumpla con el mismo.

TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL.- Que se declare que se ocasionó daños y perjuicios a nuestra parte y a las empresas que conforman nuestro consorcio, por la injustificada falta de recepción de la mercadería señalada en las órdenes de compra N° 4501643534, 4501643521 y 4501508705, siendo dichos daños y perjuicios la suma de S/. 71,900.00 (Setenta y Un Mil y Novecientos 00/100 Nuevos Soles), o de ser el caso, la suma que el árbitro determine prudencialmente de conformidad con el artículo 1332º del Código Civil Peruano.

CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL.- Que se paguen los intereses de las pretensiones anteriores (segunda y tercera), desde la fecha de notificación de la presente demanda hasta la fecha efectiva de su pago íntegro, real y efectivo, así como el pago de las costas y costos derivados del presente proceso arbitral.

Antecedentes

7. Con fecha 06 de mayo de 2011 se suscribió el Contrato N° 001 Licitación Pública N° 1107L00021 con el Seguro Social de Salud - Hospital Nacional "Edgardo Rebagliati Martins" para la Adquisición de Material Médico para el Hospital

Edgardo Rebagliati Martins – ESSALUD (en adelante el Hospital o la Entidad, indistintamente). El monto del contrato ascendía a S/. 264, 250.00 a todo costo, incluido IGV.

8. El material médico a ser adquirido a EL CONSORCIO era el siguiente:

- Item N° 1: Aceite de Silicona inyectable para vítreo.
- Item N° 4: Perfluorocarbonato Gas c2f6, c3f8 y sf6.

9. De acuerdo con el contrato y las Bases Administrativas, se emitieron las seis órdenes de compra y cada una de ellas tenía un distinto plazo de entrega. EL CONSORCIO señala que las tres primeras se entregaron y se pagaron sin problemas; sin embargo, las tres restantes no se pudieron entregar por la injustificada falta de recepción de ESSALUD, siendo el detalle de las tres órdenes que estaban pendientes de ser recibidas el siguiente:

Entrega	Nº de Orden de Compra	Plazo de entrega	Denominación	Precio Unitario	Total
Cuarta Entrega	4501508705	14.11.2011 23.11.2011	Aceite de Silicona Perfluorocarbonato	335.00 395.00	S/. 20,100.00 S/.31,600.00
Quinta Entrega	4501643521	23.01.2011 31.01.2012	Aceite de Silicona Perfluorocarbonato	335.00 395.00	S/. 20,100.00 S/.31,600.00
Sexta Entrega	4501643534	21.03.2011 29.03.2012	Aceite de Silicona Perfluorocarbonato	335.00 395.00	S/. 10,050.00 S/.15,800.00
				TOTAL	S/.129,250.00

10. Sostiene que de acuerdo con las Condiciones especiales del proceso de selección, existían algunas características que hacían que los bienes solicitados sean únicos, y que la venta sea especialmente para la Entidad, es decir, eran a la medida exacta de los requerimientos y su comercialización resultaba exclusiva para la Entidad, sin que se pueda ejecutar a otra empresa ni pública ni privada. Estas características se resaltan las siguientes:

- La vigencia del Material Médico debe ser de mínimo 12 meses a partir de la fecha de recepción del producto en el almacén. La fecha de vigencia del producto deberá obligatoriamente estar consignada en la propuesta técnica. (3.4 de las Bases Administrativas).
- El rotulado de los envases deberá estar impreso de manera indeleble y adherida al envase primario y/o secundario del producto. (3.6 de las Bases Administrativas).
- Los envases deberán tener impresos en forma clara y legible las siguientes indicaciones: "EsSalud Prohibida su Venta" y "L.P. N° 1107L00021". (3.8 de las Bases Administrativas).

- En las cajas se deberá de señalar de forma clara y visible el rótulo "EsSalud – RAR" "L.P. N° 1107L00021". (3.12 de las Bases Administrativas)
11. La ejecución del contrato, específicamente de las tres primeras entregas se realizó sin problemas. Ha sido recién en la cuarta orden de compra (4501508705) (Cuarto entrega), donde dentro del plazo de entrega en el Almacén Central, el personal del mismo se negó a recibirla, estrictamente el Sr. Carlos Gutierrez Terrones **señaló que existía un Sobrestock** en el almacén, refiriéndolo así en la orden de compra presentada. Así se observa en la Guía de Remisión que el propio funcionario de la Entidad suscribe con el ánimo de ratificar que no existe posibilidad de entrega así como que hay un Sobrestock.
12. Con la finalidad de que pueda seguirse con la entrega regular de las órdenes de servicio, afirma que se le remitió la carta de fecha 23 de diciembre de 2011 en la que se le comunicaban dichos hechos, así como que se les informaban que el retraso en la recepción de éste material médico originaba perjuicio económico por la importación que se debió realizar y que resultaba imposible su comercialización en otro sector porque el mismo se encontraba inyectado con los datos propios de la Licitación Pública N° 1107L00021", adicionalmente al hecho que el pago de dichos productos debía efectuarse con posterioridad a la entrega, si el Hospital se negaba a recibir el producto aduciendo un problema cierto o falso, pero de exclusiva responsabilidad de ellos, esto les perjudicaba también al no proceder su pago, y con ello impedírseles cumplir diversas obligaciones hacia terceros. Señala además que reiteró dicha preocupación y requirió que se diera solución a la entrega mediante la carta de fecha 23 de enero de 2012.
13. Con respecto a la quinta entrega (orden de compra N°4501643521), manifiesta que el plazo de la misma era entre el 23.01.2012 hasta el 31.01.2012, oportunidad en la que se envió la Guía de Remisión N° 001-001762 y se señaló por el Hospital nuevamente lo mismo, esta vez por el Sr. Abelardo Cuadrado Montes, quien así como la anterior vez suscribió el referido documento. Con la finalidad de reiterar la falta de recepción, remitió a la Jefatura de la Oficina de Adquisiciones la carta s/n de fecha 02 de febrero de 2012 comunicando los hechos.
14. Para la sexta y última entrega, señala que remitió nuevamente la mercadería al Almacén Central mediante Guía de Remisión N° 001-002000, donde el Sr. Miguel Huañahue Huachaca, encargado de la Recepción, señaló que "no recibe el material por contar con sobrestock, previa consulta con adquisiciones (29.03.2012)".
15. Mediante Carta s/n de fecha 03.05.2012 reiteró la falta de recepción de la mercadería y la imposibilidad de nuestra parte de comercializar por otra vía dicho material al tener la inscripción "Prohibida su venta", así como "Licitación Pública N° 1107L00021" (tal como el propio Hospital lo había exigido en sus Bases).

16. Posteriormente, mediante carta notarial N° 44104 de fecha 13 de junio de 2012 en la que se señalan nuevamente los hechos presentados, así como se requiere que en el plazo de cinco días hábiles (Requerimiento a la Entidad) se cumpla con recibir los bienes correspondientes a la cuarta, quinta y sexta entrega, así como que señalen de forma expresa el día, hora y lugar en donde EL CONSORCIO debe proceder con la misma; en caso contrario, se seguirían generando daños que ocasionan una indemnización.
17. Añade que EL CONSORCIO sostuvo distintas reuniones con el personal del Hospital, donde en una ellas le solicitó que presente una ampliación de plazo (como si la imposibilidad de entrega no fuese de la Entidad) a fin de que en la respuesta que se le remitiera se señalase día y hora para la misma, por causal no atribuible al contratista. Esta solicitud fue presentada mediante carta s/n de fecha 11 de julio de 2012; sin embargo, anecdóticamente y de una manera absolutamente irracional y arbitraria, el Hospital le contestó mediante Carta N° 3270-OA-0ARAR.GRAR.ESALUD.2012 de fecha 27 de julio de 2012 señalando que optaban por una reducción de la prestación en 25% del ítem correspondiente a Perfluorcarbonato de 440 unidades a 330 unidades y no mencionó en absoluto nada sobre la ampliación de plazo solicitada, y las fechas de entrega de los medicamentos.¹
18. En este sentido, afirma haber remitido a ESSALUD la carta notarial N° 44749 de fecha 30 de julio de 2012 en la que señala que resuelve parcialmente el Contrato, respecto del ítem N° 4, esto es, el Perfluorcarbonato Gas. De la misma manera, con el afán de dar término a la negativa de recepción del material médico, procedió a remitir la Carta Notarial N° 44750 de fecha 30 de julio de 2012, donde se le reitera los términos de la carta notarial de fecha 13 de junio de 2012. Finalmente, resolvió el contrato en forma parcial mediante la Carta Notarial N° 44920 de fecha 08 de agosto de 2012 en la que señala que la resolución del contrato también se realizaba respecto del ítem N° 1 al haber incumplido con lo dispuesto en el numeral 1, artículo 168º del Reglamento de la Ley de Contrataciones.
19. EL CONSORCIO sostiene que se ha procedido conforme al procedimiento de resolución del Contrato, de acuerdo con el artículo 169º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, realizando un requerimiento previo para que cumpla con la obligación omitida (ello con la Carta Notarial N° 44104) y luego con 2 resoluciones parciales, efectuadas por el ítem 1 y 4 (Carta Notarial N° 4749 y 44929).

Fundamentos por los cuales debería declararse fundadas las pretensiones del CONSORCIO

¹ Señala EL CONSORCIO que fue de manera arbitraria e irracional, no porque desconozca que la norma especial (LCE y su Reglamento) prevén la posibilidad de reducción de prestaciones, sino porque no es posible que en este caso dicha reducción se pretenda hacer valer luego de haber vencido todos los plazos para que la entidad reciba los bienes, y simplemente se hubiese negado a ello aduciendo que tenía un sobrestock, más aún si los bienes que mando fabricar debían estar envasados con la clara alusión de "prohibida su comercialización" y el nombre de la licitación. Si la Entidad hubiese querido hacer uso de dicha facultad (reducción de prestaciones) debió hacerlo en forma y momento oportuno.

Primera pretensión principal

20. Sobre esta pretensión, señala que de acuerdo con el contrato, las obligaciones de ESSALUD eran pagar al contratista la suma indicada en el mismo y la entrega del material médico debía de realizarse de acuerdo con lo señalado en las Bases Administrativas. Asimismo, de acuerdo con el artículo 142º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado se señala que parte integrante del contrato son las Bases Integradas y la oferta ganadora, por lo que lo señalado en las bases forma parte de este contrato.
21. De acuerdo con las Bases del proceso de selección, se estableció en las condiciones especiales del proceso de selección, en el Capítulo I, numeral 1.9 (página 15) que:

"El proveedor realizará 06 (seis) entregas según el cronograma; siendo la primera entrega máximo a los 10 días calendario (para el resto de los ítems) y 60 días calendario (para el ítem 2) posteriores a la recepción de la orden de compra. Las demás entregas se realizarán cada 60 días.

Las entregas deberán efectuarse en el Almacén Hospitalario del HNERM-RAR, sito en la Av. Edgardo Rebagliati Nº 490 Jesus María – sótano. El horario para la recepción de los materiales es de lunes a viernes de 8:00 a 13:00 y de 14:00 a 15:00 horas. El HNERM-RAR no está obligado a recibir materiales fuera de la fecha u horarios establecidos."

22. Entonces, ello evidenciaría que parte de las obligaciones del contratista era dejar el material médico en el almacén correspondiente y la obligación de la Entidad que emana de lo precitado es recibir el producto dentro de la fecha y en el lugar acordado.
23. Acota EL CONSORCIO que de acuerdo con las propias Bases Administrativas, se señaló en el capítulo III, especificaciones técnicas y requerimientos técnicos mínimos, punto 2 sobre "Condiciones generales del suministro" (página 38), numeral 2.5 lo siguiente:

"Las entregas mensuales serán formalizadas en las correspondientes Órdenes de compra.

Las órdenes de compra se proporcionarán al contratista según el siguiente detalle:

- a) Para la primera entrega a la firma del contrato
- b) A partir de la segunda entrega, con una anticipación de treinta (30) días calendario respecto al primer día de la fecha de entrega."

24. De acuerdo con ello, el plazo para las entregas deben de realizarse una vez que se cuente con la formalización de las órdenes de compra y en la fecha que en ellas se indique. EL CONSORCIO reitera que la Entidad emitió las órdenes de

compra y es desde el plazo que se indicaba en las mismas que la obligación de dar del contratista debía ser cumplida.

25. En el caso de EL CONSORCIO, señala que dicha obligación fue cumplida dentro del plazo que se le otorgó, puesto que éste cumplió con llevar el material médico al Almacén Central en la fecha coordinada y dentro del horario establecido pero no pudo completar la entrega por una expresa negativa de la Entidad, quien adujo en dicho momento la existencia de un "sobrestock" de dicho material, hecho que se encontraba ajeno al contratista y sobre el control de la Entidad. Por ello, la obligación fue cumplida por el contratista pero la obligación de la recepción del material médico por parte de la Entidad no, por lo que existe un incumplimiento.
26. Como consecuencia de este incumplimiento reiterado en las últimas tres entregas, afirma que se vieron forzados a proseguir de acuerdo con el contrato suscrito y con las normas de contratación con el estado resolviendo parcialmente el contrato sobre las últimas tres entregas que la Entidad se negara a recibir.
27. De acuerdo con la cláusula decima cuarta, se estableció que "Cualquiera de las partes podrá resolver el contrato, de conformidad con los artículos 40º, inciso c), y 44º de la Ley, y los artículos 167º y 168º de su Reglamento. De darse el caso, LA ENTIDAD procederá de acuerdo a lo establecido en el artículo 169º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado."
28. Según lo señalado en el inciso c) de la Cláusula 40º de la Ley de Contrataciones del Estado, se establece lo siguiente:

"Resolución de contrato por incumplimiento: En caso de incumplimiento por parte del contratista de alguna de sus obligaciones, que haya sido previamente observada por la Entidad, y no haya sido materia de subsanación, esta última podrá resolver el contrato en forma total o parcial, mediante la remisión por la vía notarial del documento en el que será aprobado por autoridad del mismo o superior nivel jerárquico de aquella que haya suscrito el contrato. El contrato queda resuelto de pleno derecho a partir de la recepción de dicha comunicación por el contratista. El requerimiento previo por parte de la Entidad podrá omitirse en los casos que señale el Reglamento. Igual derecho asiste al contratista ante el incumplimiento por la Entidad de sus obligaciones esenciales, siempre que el contratista la haya emplazado mediante carta notarial y ésta no haya subsanado su incumplimiento."

29. De esta forma, señala que la Ley de Contrataciones establece que si alguna de las partes incumple con las obligaciones, cualquiera de ellas (en este caso la obligación de recepcionar dentro del plazo el material médico que se incluye en las órdenes de compra) y por ello remitió las diversas cartas notariales para que

se diga lugar, fecha y hora de recepción del material con la finalidad de que se cumpla con su obligación y pese a ello no lo hizo.

30. Es por tal motivo que presentado el incumplimiento, el Contratista se vio forzado a resolver parcialmente el contrato por el incumplimiento injustificado de la Entidad en la recepción del material médico. Esta resolución, señala que ha sido efectuada por causas no atribuibles al Contratista, por lo que debe ser la Entidad quien asuma la responsabilidad de la resolución de este contrato y los daños que se generen del mismo.
31. El Consorcio agrega que realizó la resolución parcial del contrato una por cada ítem. La primera resolución parcial fue la de la Carta Notarial de fecha 30 de julio de 2012, donde se resolvió por lo que restaba entregar del ítem N° 4. La misma fue recibida el 01 de agosto de 2012. En la segunda resolución, ésta se realizó por lo que restaba entregar del ítem N° 01. La fecha de la carta que remitió ello es del 08 de agosto, y la fecha de recepción en ESSALUD es del 14 de agosto de 2012.
32. De acuerdo con el artículo 169º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aplicable para el presente caso, se establece:

"Artículo 169.- 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 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 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, bastará comunicar al contratista mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato.

La resolución parcial sólo involucrará a aquella parte del contrato afectada por el incumplimiento y siempre que dicha parte sea separable e independiente del resto de las obligaciones contractuales, y que la resolución total del contrato pudiera afectar los intereses de la Entidad. En tal sentido, el requerimiento que se efectúe deberá precisar

con claridad qué parte del contrato quedaría resuelta si persistiera el incumplimiento.

De no hacerse tal precisión, se entenderá que la resolución será total en caso de persistir el incumplimiento"² (El resaltado es nuestro)

"Artículo 170.- Efectos de la resolución

Si la parte perjudicada es la Entidad, ésta ejecutará las garantías que el contratista hubiera otorgado, sin perjuicio de la indemnización por los mayores daños y perjuicios irrogados.

Si la parte perjudicada es el contratista, la Entidad deberá reconocerle la respectiva indemnización por los daños y perjuicios irrogados, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad.

Cualquier controversia relacionada con la resolución del contrato podrá ser sometida por la parte interesada a conciliación y/o arbitraje dentro de los quince (15) días hábiles siguientes de comunicada la resolución. Vencido este plazo sin que se haya iniciado ninguno de estos procedimientos, se entenderá que la resolución del contrato ha quedado consentida. "

33. Entonces, la Entidad dejó transcurrir el plazo de los quince (15) días para invocar que existe alguna controversia y el CONSORCIO sí lo hizo, pero la entidad no. Es decir, que la resolución del contrato no tiene ningún inconveniente para la Entidad y por ello la resolución del contrato ha quedado consentida.
34. Es más, agrega que la referida resolución ha quedado consentida por la Entidad, por cuanto ella no ha solicitado conciliación o arbitraje alguno para cuestionar la misma, dentro de los plazos previstos en el Reglamento de la Ley de Contratación del Estado.

Segunda y Tercera Pretensión

35. El CONSORCIO señala que de acuerdo con las tres últimas órdenes de compra emitidas, las Nº 4501508705, 4501643521 y 4501643534, cada una de ellas contenían el número de unidades que la Entidad requería para cada uno de los dos ítems, tanto para el Aceite de Silicona inyectable para vástago como el Perfluorocarbonato Gas c2f6, c3f8 y sf6. En cada una de éstas órdenes se dispuso en forma precisa qué cantidad y en qué oportunidad se requería el material médico.
36. La compraventa que debía realizarse se hizo efectiva desde que el contratista puso en disposición de la Entidad los bienes a entregar pero que finalmente no

² Este artículo fue modificado por el Decreto Supremo Nº 138-2012-EF, pero la modificación fue publicada el 07 de agosto de 2012 y la vigencia es a partir del trigésimo día hábil de la misma.

se pudo materializar por un hecho ajeno al consorcio y de entera responsabilidad de la Entidad. Asimismo, precisa que no solo comunicó del hecho que cumplieron con ponerlos a su disposición, sino que lo hizo en el plazo y condiciones convenidas en las Bases y en el Contrato.

37. Afirma que para poder cubrir con la entrega del material médico y en la oportunidad requerida se vieron en la necesidad de importar dicho material al fabricante, por lo que el costo de la mercadería debía ser cubierto dentro de un plazo determinado. Ahora bien, es correcto también señalar que el material médico que se requirió no era susceptible de comercialización, pues este reunía con determinadas características claramente establecidas en las bases, de las que se destacaban las siguientes³:
 - Vigencia mínima 12 meses de la recepción del producto en el almacén
 - El envase debe de indicar "EsSalud Prohibida su Venta", L.P. N° 1107L00021, impreso en todos los rótulos a entregar.
 - En la caja se debe llevar en un lugar visible y con el tamaño adecuado para una fácil identificación los rótulos: "EsSalud – RAR" y "L.P. N° 1107L00021"
38. Señalan que tuvieron que mandar a fabricar la mercadería de acuerdo con las especificaciones de la licitación (siendo el material médico único y uso exclusivo para la Entidad) y por ello, la negativa de recepción de un producto especialmente ordenado para la entidad les afecta en gran medida dado que no pueden colocar este producto en otras empresas del rubro oftalmológico.
39. La negativa en la recepción escapa a sus obligaciones, y por el contrario, no pueden asumir una pérdida de mercadería que es traducida en dinero por un incumplimiento al contrato por parte de la Entidad.
40. En el presente caso, sostienen que actuaron con la diligencia ordinaria requerida y la falta de recepción ha sido por una causa ajena a sus posibilidades más no a las de la Entidad, quienes finalmente son los que ocasionaron que incumplieron con el contrato.
41. Adicionalmente, en el presente caso, el bien tenía un plazo de vigencia desde la fecha programada para ello en el Almacén y de acuerdo con ello, los bienes se han estado deteriorando y perdiendo calidad (encontrándose próximo el vencimiento). Esto se ha venido mencionando en todas las comunicaciones remitidas a la Entidad; sin embargo, pese a ello no han recibido respuesta. Por tanto, solicitan se aplique el artículo 1138º del Código Civil, el mismo que establece:

*"En las obligaciones de dar bienes ciertos se observan tras su entrega, las reglas siguientes:
(...)"*

³ Estas características se encontraban señaladas en las Bases Administrativas, en concreto en el numeral 3 del capítulo I de la sección específica (páginas 26 en adelante)

4. **Si el bien se deteriora por culpa del acreedor**, éste tiene la obligación de recibirla en el estado en que se halle, sin reducción alguna de la contraprestación, si la hubiere.

5. **Si el bien se pierde sin culpa de las partes**, la obligación del deudor queda resuelta, con pérdida del derecho a la contraprestación si la hubiere. En este caso, corresponden al deudor los derechos y accione que hubiesen quedado relativos al bien."

42. Por tales motivos, señalan que su obligación de entregar del material médico ha quedado extinguida de acuerdo con lo señalado por el **artículo 1316º** del Código Civil, se establece lo siguiente:

"Artículo 1316º: **La obligación se extingue si la prestación no se ejecuta por causa no imputable al deudor,**"

"Artículo 1317º: El deudor no responde de los daños y perjuicios resultantes de la inejecución de la obligación, o de su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, por causas no imputables, salvo que lo contrario esté previsto expresamente por la ley o por título de la obligación."

43. Con lo establecido en el Código Civil observan que la obligación es inexigible y ha quedado entonces extinguida por causa imputable directamente a la Entidad, por lo que no tienen la obligación ya de entregar el material médico que se adquirió; sin embargo corresponde al demandado responsabilizarse por el daño ocasionado, en los diferentes sentidos. Siendo parte de los daños que se haya elaborado bienes a medida sin la posibilidad de comercializarlos. Por ello solicitan el pago del precio del bien, dado que resultaba es imposible su comercialización a otra institución al haber sido fabricado y embasado específicamente para este contrato.

44. Así también, el mismo Código Civil establece en el artículo 1314º que "quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable de la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso". De esta manera, el ordenamiento legal protege a quien en una relación contractual se desempeñó de forma regular, como cualquier contratista correcto. Es por ello que reafirman que actuaron ejerciendo todas las medidas posibles para cumplir en la forma y modo que se estableció en las bases y en el contrato, es decir, acudiendo a entregar los bienes en el almacén, en el plazo indicado y también requiriendo notarialmente que fije una nueva fecha, lugar y hora para la entrega. Sin embargo, nunca obtuvieron respuesta alguna de la Entidad.

45. En cuanto a **la tercera pretensión**, (indemnización), señalan los elementos que se reúne para ello:

A. Factor Atributivo:

46. En esta relación contractual, señala que la inejecución de la obligación es atribuible enteramente a la entidad, con lo que sostiene que existe dolo, en los términos señalados en el artículo 1318º, que señala:

"Artículo 1318º: Procede con dolo quien deliberadamente no ejerce la obligación".

47. En este caso, no ha sido un solo requerimiento que se le ha efectuado a la entidad, sino han sido al menos nueve (09) cartas entre notariales y simples que han sido remitidas entre el periodo de diciembre de 2011 y agosto de 2012, además de las reuniones sostenidas en la Entidad, las infinitas llamadas y las tres visitas al Almacén con el material médico para su entrega. En ese sentido, señalan que todos estos motivos son suficientes para afirmar que la Entidad tuvo pleno conocimiento de que existía una situación como la descrita y que no ejecutó ninguna acción para subsanar ese aparente "soberstock".
48. Asimismo, entienden que hubo suficiente tiempo (09 meses) para que la Entidad converse con el Consorcio y se logre una entrega coordinada, pero ello nunca sucedió y por eso se vieron forzados a resolver el contrato de forma parcial.
49. En todo caso, la prueba del dolo corresponde al deudor de la obligación, ello en virtud a lo establecido en el artículo 1330º "La prueba del dolo o de la culpa inexcusable corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso". Para poder acreditar este dolo, que de acuerdo con el Código Civil es el conocimiento deliberado del incumplimiento del contrato y pese a ello, seguir incumpliendo, es que han presentado todas las comunicaciones cursadas a la Entidad.
50. Igualmente, se debe tomar en consideración lo señalado por la doctrina en cuanto al dolo, donde CASTRILLO FREYRE⁴ manifiesta "Sostenemos que no es inherente al dolo el propósito de perjudicar, ya que el mismo consiste en la conciencia de la inejecución, en la deliberada intención de no cumplir porque sencillamente no se quiere cumplir". Así también agrega "Como presupuesto de responsabilidad civil, el dolo aparece cuando el incumplimiento del deudor le es reprochable por haber querido infringir el deber de cumplir con la prestación a que estaba sujeto. De ahí que también se define como la voluntad deliberadamente desplegada a un resultado de antijuricidad".
51. Como consecuencia de dicho incumplimiento, sostienen que se les ha ocasionado daños de carácter económico, los mismos que deberán ser reconocidos por la Entidad a fin de poder reparar el daño.

B. Daño ocasionado:

52. En estricto, los daños que afirma se le han ocasionado son diverso tipo, principalmente los siguientes:

⁴ Castillo Freyre, Mario, En Compendio de Derecho de las Obligaciones, Lima, 2011, Editorial Palestra, Pág. 845-846

- por los costos de mantenimiento en el almacén del material médico desde la oportunidad en donde se debió hacer efectiva la entrega,
 - costos de importación del material médico,
 - línea de crédito cerrada por su proveedor
 - daño a la imagen de la imagen empresarial de las empresas que forman parte del consorcio.
53. Este daño ha sido creado por un incumplimiento de la Entidad, por lo que las consecuencias jurídicas del mismo deben recaer sobre esta entidad, teniendo ella que asumir los gastos ocasionados. Esta relación de causalidad es directa entre la Entidad y el daño ocasionado.
54. Asimismo, afirma que las empresas que conforman el consorcio han sido perjudicadas porque han tenido que destinar el cuidado del material médico en sus almacenes, dejando de utilizarlo para otros productos.
55. A su vez, señala que el mayor daño causado en este punto, es el cierre de la línea de crédito de su principal proveedor. El sistema de trabajo con la que muchos laboratorios trabajan es que piden material para atender distintos pedidos a entidades (muchas veces públicas) donde el pago del mismo es a plazo, por lo que el pago al proveedor también lo es. Ahora, con la línea cerrada, señala que no han podido usar este beneficio, debiendo recurrir a pagar "contra entrega" todos los productos que queramos adquirir, restándoles liquidez en nuestra caja así como dejando de lado y perdiendo muchas ventas y posibles ventas. Inclusive, han recibido una carta remitida por su proveedor ALCHIMIA SRL (de fecha 04 de junio 2012 – Anexo 1-O) en donde se le comunica que por los problemas de falta de pago ocasionados por la no recepción de la órdenes de compra, le ha cerrado la línea de crédito, lo que genera que les limite la posibilidad de proseguir trabajando con los productos de este proveedor y así seguir generando mayores ingresos para las empresas del consorcio. En dicha carta el proveedor les cierra la línea de crédito por falta de pago, lo que genera que trabajen con pagos contraentrega, limitando su negocio y el desarrollo de la empresa ASG Inversiones EIRL, empresa que forma parte del consorcio y que resulta más afectada con el cierre de la línea.
56. Por otro lado, señala que el Artículo 1317º del Código Civil establece:
- "Artículo 1317º: El deudor no responde de los daños y perjuicios resultantes de la inejecución de la obligación, o de su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, por causas no imputables, salvo que lo contrario esté previsto expresamente por la ley o por título de la obligación."*
57. Así observa que el deudor (entendiendo que este es la Entidad, deudora de la contraprestación materializada en dinero) ha cumplido en forma parcial con el Consorcio sobre la contraprestación económica. Por lo que corresponde que no solamente cumpla con el íntegro de la contraprestación económica sino que

reconozca todos los daños ocasionados como consecuencia de su incumpliendo.

58. En este sentido, ha determinado que el monto del perjuicio causado, adicional al del precio del material médico (S/. 129,250.00) asciende a la suma de S/. 71,900.00 (Setenta y Un Mil Novecientos y 00/100 Nuevos Soles). Sin perjuicio de lo expresado, indica que en todo caso el quantum del daño podría ser modificado por el árbitro en virtud del artículo 1332º del Código Civil, que señala que "si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa".
59. El monto aproximado que señala resulta de la siguiente lista:

Concepto	Monto
Almacenaje (S/. 1,500.00 por 12 meses)	S/. 18,000.00
Costos de Importación (Flete, Gastos de Aduanas e Impuestos)	S/. 18,900.00
Gastos de Interés por uso de línea COMEX BBVA para la importación	S/. 5,000.00
Utilidad dejada de percibir por anulación de órdenes de compra	S/. 30,000.00
TOTAL	S/. 71,900.00

C. Nexo Causal:

60. De acuerdo con lo señalado en los anteriores elementos, señala que existe una clara conexión entre la inejecución de la obligación y el daño ocasionado a las empresas del consorcio. De acuerdo con la causalidad adecuada adoptada por la doctrina, los efectos del incumplimiento son el motivo fundamental por el que se ocasionó el daño. La teoría de la causa adecuada se centra en que los efectos sean los previsibles cuando se ejecuta o se omite alguna acción. En este caso, es naturalmente obvio que la inejecución de la recepción del material médico ha sido la causa que originó directamente el daño.
61. De esta manera, solicita que se reintegre el precio del material médico al haberse cumplido lo siguiente:

1. Se preparó material médico A MEDIDA para la Entidad
2. Se incumplió con la obligación de recibir éste material médico a medida de acuerdo con las bases y el contrato.
3. La entidad tenía pleno conocimiento de que estaba incumpliendo el contrato y deliberadamente no ejecutó ninguna acción para subsanarlo en los nueve (09) meses de reclamo. Por ello, la Entidad actuó con DOLO.
4. Existe relación de causalidad entre el incumplimiento de la Entidad y el daño causado a nuestro consorcio.

Cuarta Pretensión Principal

62. Como consecuencia de las pretensiones señaladas anteriormente, solicita el CONSORCIO que se consideren los intereses legales correspondientes así como que el Árbitro Único reconozca que la demanda arbitral ha sido presentada como consecuencia de un incumplimiento de contrato proseguido por un incumplimiento de pago, hecho generado única y exclusivamente por la Entidad, por lo que ésta parte sea quien asuma los costos y costas, de acuerdo con el 1324º del Código Civil.
63. En lo que respecta a los costos, afirma que una de las empresas que conforma el consorcio suscribió contratos a fin de contar con la asesoría legal correspondiente. La suma de los gastos incurridos en costos (honorarios de abogado) tanto de la etapa previa al arbitraje (S/. 9,000.00 Nueve Mil y 00/100 Nuevos Soles) como en la etapa de arbitraje (S/. 10,000.00 Diez Mil y 00/100 Nuevos Soles) ascienden a S/. 19,000.00 (Diecinueve Mil y 00/100 Nuevos Soles). Este monto no incluye los demás gastos incurridos, como los de la notaría por las cartas notariales cursadas, gastos de designación de árbitro único, tasas para la instalación del Árbitro Único y gastos de honorarios al Árbitro Único y Secretario Arbitral.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

64. Mediante escrito de fecha 5 de marzo de 2013, ESSALUD contestó la demanda interpuesta por el CONSORCIO, negándola y contradiciendo todas y cada una de sus pretensiones, del siguiente modo:

Sobre la primera y segunda pretensión

65. ESSALUD considera que la relación contractual entre ésta y la empresa contratista tiene una serie de particularidades, por cuando dicha relación deriva de un contrato administrativo, el cual por definición está destinado a satisfacer necesidades públicas. En tal sentido, el contrato administrativo posee determinadas características propias, siendo que la Administración Pública requiere la colaboración de la actividad privada para efectuar acciones que por sí misma no puede, lo cual a su vez conlleva a que la contratación administrativa posea determinadas características y una regulación especial.
66. En consecuencia, señala que en un contrato administrativo, la Administración, en este caso ESSALUD, se constituye en parte del mismo y ejerce prerrogativas especiales frente al contratista, las que no poseería en el contexto de un contrato de derecho privado. Dichas prerrogativas tienen por finalidad permitir que la Administración Pública pueda salvaguardar el interés público con la mayor eficiencia posible. En esta consideración se incluyen conceptos como las garantías, las penalidades como resultado del incumplimiento contractual, la resolución de controversias, la posibilidad de modificar unilateralmente determinados aspectos contractuales – adicionales, reducciones.

67. En el presente caso, señalan que ESSALUD en virtud de las prerrogativas otorgadas por la Ley de Contrataciones del Estado, decidió reducir la prestación en un 25% por lo que la decisión de no haber recepcionado los bienes materia de contratación se encuentran debidamente sustentado.
 - a) Acerca del ítem 1 "Aceite de silicona inyectable para vítreo"
 68. La convocatoria del bien "Aceite de silicona para vítreo" respondió a la programación del Plan Anual de Contrataciones – PAC 2011, en atención del cuadro de necesidades de material médico contenido en la Carta N° 11-04-OGyD-GRAR-ESSALUD-2011 enviada por el Jefe de la Oficina de Gestión y Desarrollo al Gerente de la Red Asistencial de la Red Asistencial Rebagliati.
 69. En tal sentido, teniendo en cuenta que la adquisición del bien se efectuó en mérito a las necesidades y requerimientos formulados en la programación para el año 2011, presentándose contingencias que incrementan el sobre stock de dicho producto, situación que motivó que en aras de cumplir con las obligaciones contractuales con la empresa contratista se planteó la reprogramación de entregas, la misma que fue aceptada por la contratista, por tal razón, el bien antes descrito no fue objeto de reducción tal como contempla el artículo 174º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
 70. En atención a ello, ESSALUD inició el procedimiento correspondiente para la elaboración y suscripción de la adenda respectiva; sin embargo, el contratista inició el arbitraje con relación al ítem N° 01.
 71. Si bien es cierto, se ha originado un sobre stock del bien, ESSALUD señala que el bien correspondiente al ítem 1 sería recepcionado por la Entidad una vez que se concretara la reprogramación de entregas, pues la Entidad no puede transgredir las disposiciones internas de la Entidad pues no se puede tener sobre stock para coberturas mayor a tres meses de consumo.
 72. Por lo tanto, ESSALUD considera que la entrega del producto materia del contrato no fue recepcionado por ellos debido a un hecho de fuerza mayor, con lo cual la resolución contractual no deberá ser atribuible a la Entidad.
 73. El GOREL manifiesta que si bien el CONSORCIO solicitó la Ampliación de Plazo N° 01 con fecha 04.09.07 dentro del plazo de vigencia del contrato, ésta no se encuentra debidamente fundamentada y sobre todo es poco clara al solicitar 40 y 55 días calendario al mismo tiempo, tal como se encuentra señalado en la Carta N° 036-2007, reflejando de esta manera la inexactitud de su pedido.
- b) Acerca del ítem 4 "Perfluorocarbonato Gas c2f6, C3f8"
74. La convocatoria de los bienes materia de cuestionamiento, respondió a la programación del Plan Anual de Contrataciones – PAC 2011, en atención del cuadro de necesidades de material médico contenido en la Carta N° 11-04-OGyD-GRAR-ESSALUD-2011 enviado por el Jefe de la Oficina de Gestión y Desarrollo al Gerente de la Red Asistencial de la RAR.

75. Teniendo en cuenta que la adquisición de los bienes se efectuaron en mérito a las necesidades y requerimientos formulados en la programación para el año 2011, presentándose contingencias que incrementan el sobre stock de dichos productos, situación que motivó que al amparo de lo dispuesto en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, artículo 174º contempla que para alcanzar la finalidad del contrato podrá disponerse la reducción de las prestaciones hasta el límite del veinticinco por ciento (25%) del monto del contrato original con relación al ítem 4, por lo que el contratista tenía un saldo pendiente de 90 unidades por entregar.
76. Reitera que la figura jurídica de reducción de prestaciones aplicada al ítem 4, es una prerrogativa de la Entidad, por tal razón la contratista no puede cuestionar la decisión de la institución por ser indispensables para alcanzar la finalidad del contrato.
77. En tal sentido, señala que han cumplido con realizar la reducción únicamente del 25% por lo que la empresa debía cumplir con entregar el saldo correspondiente a (90) unidades y que la Entidad no ha negado su ingreso.

Sobre la tercera pretensión

78. Afirma que en la demanda no se ha señalado expresamente el concepto indemnizatorio, esto es, si se trata de un supuesto daño emergente o de un supuesto lucro cesante que se le habría ocasionado.
79. Según el artículo 1152º del Código Civil, en concordancia con el artículo 1151º en casos de cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación procede una indemnización por daños que corresponda, porque se trata precisamente de una situación de incumplimiento, vale decir, de no haberse cumplido con lo debido, y en consecuencia, se presenta una responsabilidad del actor imputable.
80. Señala que se debe tener en cuenta que el artículo 1321º del Código Civil establece:

"queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable, o culpa leve. El resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución."

81. Atendiendo a la precitada norma, concluye que el Juzgador no podrá resarcir a una de las partes, cuando ha mediado un hecho de fuerza mayor que no ha permitido el cumplimiento de todas las prestaciones pactadas en el Contrato.

82. En tal sentido, la responsabilidad contractual requiere del cumplimiento de tres presupuestos, a saber: (i) que la conducta califique como antijurídica, (ii) que el daño sea imputable, y (iii) que las consecuencias de los hechos generen daño.

83. En ese sentido, cita a JORDANO FRAGA quien señala que:

"(...) dentro de la responsabilidad contractual, es tradicional efectuar, a los efectos de su estudio, la siguiente tripartición: a) los supuestos del incumplimiento (...) b) Las reglas o el juicio de responsabilidad, a lo que también se llama (...) imputación del incumplimiento (...), se establece si la infracción del deudor (...) es o no susceptible de originar consecuencias (y) c) Las consecuencias del incumplimiento (calificado en virtud del juicio de responsabilidad como idóneo a generarlas, es decir, "imputable") (...)."

84. Seguidamente, señala que los elementos que conforman la responsabilidad contractual son: la existencia de un comportamiento dañoso o acto ilícito propiciado mediante un acto de imputación personal denominado culpabilidad (o dolo); la producción efectiva de un daño y la posibilidad de establecer una relación causal adecuada entre el hecho dañoso y el daño causado.

85. La doctrina reconoce que para que un daño sea reparable no sólo debe ser alegado por las partes, sino que el mismo debe ser cierto y debidamente probado, cuestiones que están íntimamente ligadas y sin lo cual el juzgador no podrá estar convencido que lo alegado constituye el supuesto de hecho (daño) a la cual se le aplicará la consecuencia jurídica correspondiente (indemnización):

"(...) es importante destacar una característica en general de todo daño susceptible de reparación, el daño, cualquiera sea su naturaleza, debe ser cierto si quiere aspirar a una reparación; presente o futuro, pero cierto. No puede ser eventual o hipotético: el simple peligro no da lugar a la indemnización, tiene que materializarse en daño".

*"Una condición que aparentemente se deriva de la anterior –pero que puede presentar algunas particularidades- es que el daño se encuentre probado. (...) salvo intervenga una presunción (...), rige respecto del daño el principio enunciado por Paulo que prescribe que el *incumbit probatio, qui dicit, non qui negat*. Por consiguiente, el actor debe probar que el daño se produjo. En ese sentido, los tribunales han negado indemnización cuando el daño no se ha acreditado."*

86. En el caso de autos, señala que la indemnización solicitada por el Contratista está en función a una especulación (posibles ingresos generados de líneas de crédito) y no a un daño cierto ya que las situaciones descritas en la demanda no constituyen una situación cierta que implique la concreción de un negocio con una rentabilidad asegurada.

87. Finalmente, agrega que en vista de la improcedencia de las pretensiones formuladas por el CONSORCIO, solicita se condene a la parte demandante al pago de las costas y costos del presente proceso arbitral.

IV. AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN, DETERMINACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS Y ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS

88. Con fecha 17 de mayo del 2013 se llevó a cabo la Audiencia de Conciliación, Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios.
89. En dicha Audiencia, dado que las partes no llegaron a conciliar, el Árbitro Único procedió a fijar los siguientes puntos controvertidos:
1. Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único reconozca y ratifique la validez de la resolución parcial del Contrato N° 001 Licitación Pública N° 1107L00021, efectuada por el Consorcio ASG Inversiones – ANJACK Médica S.A.C., como consecuencia del incumplimiento del Seguro Social de Salud – Hospital Nacional Edgardo Rebagliati Martins, al haberse negado injustificadamente a recepcionar el material médico señalado en las órdenes de compra N° 4501643534, 4501643521 y 4501508705.
 2. Determinar si corresponde o no declarar la obligación de pago del Seguro Social de Salud – Hospital Nacional Edgardo Rebagliati Martins por la suma de S/. 129,250.00 (Ciento veintinueve mil doscientos cincuenta y 00/100 Nuevos Soles) a favor del Consorcio ASG Inversiones – ANJACK Médica S.A.C. y se ordene que de inmediato cumpla con el mismo.
 3. Determinar si corresponde o no declarar que se ocasionaron daños y perjuicios a la demandante y a las empresas que conforman el consorcio, por la injustificada falta de recepción de la mercadería señalada en las órdenes de compra N° 4501643534, 4501643521 y 4501508705, siendo dichos daños y perjuicios la suma de S/. 71,900.00 (Setenta y un mil novecientos y 00/100 Nuevos Soles); o de ser el caso, la suma que el Árbitro Único determine prudencialmente de conformidad con el artículo 1332º del Código Civil Peruano.
 4. Determinar si corresponde ordenar a favor del Consorcio ASG Inversiones – ANJACK Médica S.A.C. el pago de los intereses de la segunda y tercera pretensión, desde la fecha de notificación de la presente demanda hasta la fecha efectiva de su pago íntegro, real y efectivo.
 5. Determinar a quién corresponde el pago de los costos y costas que genere el presente arbitraje.
90. Finalmente, el Árbitro Único procedió a admitir los medios probatorios ofrecidos por ambas partes, del siguiente modo:

"Medios probatorios ofrecidos por el Consorcio ASG Inversiones E.I.R.L. – ANJACK Médica S.A.C.:"

Se admiten los medios probatorios ofrecidos en su escrito de demanda presentado el 04 de febrero de 2013, contenidos en el ítem IV "MEDIOS PROBATORIOS" de dicho escrito (Anexos del 1-A al 1-P y el 1-D1).

Se admiten los medios probatorios ofrecidos en el segundo otrosí decimos del escrito presentado con fecha 12 de abril del 2013.

Medios probatorios ofrecidos por el Seguro Social de Salud – Hospital Nacional Edgardo Rebagliati Martins:

Se admiten los medios probatorios ofrecidos en su escrito de contestación de demanda presentado el 05 de marzo de 2013, contenidos en el ítem VI "MEDIOS PROBATORIOS Y ANEXOS".

V. AUDIENCIA DE ILUSTRACIÓN DE HECHOS Y CIERRE DE LA ETAPA PROBATORIA

91. Con fecha 10 de octubre de 2013, se llevó a cabo la Audiencia de Ilustración de Hechos, en la cual ambas partes ilustraron oralmente al Árbitro Único sobre los hechos que sustentan sus pretensiones.
92. Mediante Resolución N° 11 de fecha 21 de octubre de 2013, se declaró el cierre de la etapa probatoria.

VI. AUDIENCIA DE INFORMES ORALES Y PLAZO PARA LAUDAR

93. Luego de que las partes presentaran sus alegatos escritos el 30 de octubre de 2013 y el 4 de noviembre de dicho año, se llevó a cabo el 13 de diciembre de 2013 la Audiencia de Informes Orales, con la asistencia de ambas partes quienes hicieron uso de la palabra.
94. Mediante Resolución N° 13 de fecha 28 de enero de 2014, se fijó el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles, computado a partir del día siguiente de la notificación de dicha Resolución, pudiendo ser prorrogado a discreción del Árbitro Único por una sola vez. Dicha Resolución fue notificada a ambas partes el 30 de enero de 2014.
95. Por Resolución N° 14 de fecha 10 de marzo de 2014, fue prorrogado el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles adicionales, contados a partir del día siguiente de vencido el término original.

VII. ANÁLISIS DE LA MATERIA CONTROVERTIDA

CUESTIONES PRELIMINARES.

96. Antes de analizar la materia controvertida, corresponde confirmar que: (i) el

Árbitro Único se constituyó de acuerdo al convenio arbitral suscrito por las partes; (ii) en momento alguno se impugnó o reclamó contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación; (iii) el CONSORCIO presentó su demanda dentro del plazo dispuesto; (iv) el GOREL fue debidamente emplazado con la demanda, contestó ésta dentro del plazo conferido y ejerció plenamente su derecho de defensa; (v) las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como tuvieron la facultad de presentar alegatos e, inclusive, de informar oralmente; y, (vi) este Árbitro Único ha procedido a laudar dentro del plazo acordado con las partes.

ANÁLISIS DE LAS PRETENSIONES.

97. Corresponde a continuación que el Árbitro Único realice el análisis de los puntos controvertidos.

- **ANÁLISIS AL PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO**

PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO

"Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único reconozca y ratifique la validez de la resolución parcial del Contrato N° 001 Licitación Pública N° 1107L00021, efectuada por el Consorcio ASG Inversiones – ANJACK Médica S.A.C., como consecuencia del incumplimiento del Seguro Social de Salud – Hospital Nacional Edgardo Rebagliati Martins, al haberse negado injustificadamente a recepcionar el material médico señalado en las órdenes de compra N° 4501643534, 4501643521 y 4501508705".

98. Esta controversia se genera a raíz del Contrato N° 001 Licitación Pública N° 1107L00021 "Adquisición de Material Médico para el Hospital Edgardo Rebagliati Martins - ESSALUD", suscrito por el CONSORCIO y ESSALUD el 6 de mayo de 2011.
99. De lo establecido en la Cláusula Décima Octava del Contrato, se puede apreciar que las condiciones, requisitos y obligaciones de las partes, se encuentran enmarcadas dentro de la Normatividad de Contrataciones y del Estado aplicable, esto es la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por Decreto Legislativo N° 1017 y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF.
100. El Contrato estableció que EL CONSORCIO debía proveer 270 unidades de los productos contenidos en el ítem 1 (Aceite de silicona inyectable para vitreo) y 440 unidades de los productos contenidos en el ítem 4 (Perfluorocarbonato Gas c2f6, c3f8, sf6) y que ESSALUD como contraprestación debía efectuar el pago de S/. 264,250.00 (Doscientos sesenta y cuatro mil doscientos cincuenta con 00/100 Nuevos Soles). Así, las cláusulas tercera y cuarta establecieron lo siguiente:

"CLÁUSULA TERCERA: MONTO CONTRACTUAL"

El monto total del presente contrato asciende a S/. 264,250.00 a todo costo, incluido IGV de acuerdo al siguiente detalle:

ITEM	DESCRIPCIÓN	UM	CANTIDAD	PRECIO UNIT. S/.	MONTO TOTAL
1	Aceite de silicona inyectable para vitreo	UN	270	335	S/. 90,450.00
4	Perfluorocarbonato Gas c2f6, c3f8, sf6	UN	440	395	S/. 173,800.00
	TOTAL				S/. 264,250.00

CLÁUSULA CUARTA: FORMA DE PAGO

LA ENTIDAD se obliga a pagar la contraprestación a EL CONTRATISTA en Nuevos Soles, luego de la recepción formal y completa de la documentación correspondiente, según lo establecido en el artículo 181º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, para tal efecto, el responsable de dar la conformidad de la prestación deberá hacerlo en un plazo que no excederá de los diez (10) días de ser estos recibidos, a fin de permitir que el pago se realice dentro de los treinta (30) días siguientes. En caso de retraso en el pago, el contratista tendrá derecho al pago de intereses conforme a lo establecido en el artículo 48º de la Ley, contado desde la oportunidad en el que el pago debió efectuarse."

101. Conforme a las Bases Administrativas que obran en el expediente, se verifica que se estableció en las condiciones especiales del proceso de selección, Capítulo I, numeral 1.9 (primer y segundo párrafo) lo siguiente:

"1.9 PLAZO DE ENTREGA

Los bienes materia de la presente convocatoria se entregarán en el plazo de 10 días calendarios (para el resto de los ítems) y 60 días calendarios (para el ítem 2). Dicho plazo constituye un requerimiento técnico mínimo que debe coincidir con lo establecido en el expediente de contratación.

El proveedor realizará 06 (seis) entregas según cronograma, siendo la primera entrega máximo a los 10 días calendarios (para el resto de los ítems) y 60 días calendarios (para el ítem 2) posteriores a la recepción de la orden de compra. Las demás entregas se realizarán cada 60 días.

(...)".

102. EL CONSORCIO afirma que a partir de la cuarta entrega, ESSALUD se negó a recibir los productos correspondientes a los ítems 1 y 4 alegando un sobrestock en sus almacenes. Sobre el particular, de los medios probatorios adjuntos ofrecidos por el CONSORCIO con fecha 12 de abril de 2013, se advierte que la **cuarta entrega** (orden de compra 4501508705) tenía un plazo de entrega del 14.11.2011 hasta el 23.11.2011; la **quinta entrega** (orden de compra 4501643521) tenía un plazo de entrega del 23.01.2012 hasta el 31.01.2012; y la **sexta y última entrega** (orden de compra 4501643534) tenía plazo de entrega del 21.03.2012 hasta el 29.03.2012. A mayor detalle, se tiene el siguiente cuadro:

Nº ORDEN DE COMPRA	PLAZO DE ENTREGA	DENOMINACIÓN	PRECIO UNITARIO	MONTO TOTAL S/.450
4501508705 (Cuarta Entrega)	14.11.2011 - 23.11.2011	Aceite de silicona inyectable para vítreo (ítem 1)	335.00	20,100.00
		Perfluorocarbonato gas c2f6, c3f8 y sf6 (ítem 4)	395.00	31,600.00
				SUB TOTAL 51,700.00
4501643521 (Quinta Entrega)	23.01.2012 - 31.01.2012	Aceite de silicona inyectable para vítreo (ítem 1)	335.00	20,100.00
		Perfluorocarbonato gas c2f6, c3f8 y sf6 (ítem 4)	395.00	31,600.00
				SUB TOTAL 51,700.00
4501643534 (Sexta Entrega)	21.03.2012 - 29.03.2012	Aceite de silicona inyectable para vítreo (ítem 1)	335.00	10,050.00
		Perfluorocarbonato gas c2f6, c3f8 y sf6 (ítem 4)	395.00	15,800.00
				SUB TOTAL 25,850.00
				TOTAL 129,250.00

103. Asimismo, se verifica que EL CONSORCIO mediante Cartas del 23 de diciembre de 2011, 23 de enero de 2012 y 3 de mayo de 2012, solicitó a ESSALUD que los productos correspondientes a la cuarta, quinta y sexta entrega sean recibidos en vista que los mismos pese a ser presentados dentro de los plazos establecidos en las órdenes de compra, fueron rechazados por ESSALUD alegando un sobrestock de los mismos. Cabe precisar que ESSALUD no ha negado en ningún momento que el CONSORCIO haya presentado los productos oportunamente.
104. Igualmente, se advierte que EL CONSORCIO mediante Carta Notarial 44104 de fecha 13 de junio de 2012, requirió a ESSALUD para que en un plazo de cinco 5 días recepcione los productos correspondientes a la 4, 5 y 6ta entrega del ítem 4, bajo apercibimiento de resolver el contrato.
105. Ahora bien, se aprecia que ESSALUD mediante Carta N° 3270.OA.OARAR.GRAR.ESSALUD.2012, de fecha 27 de julio de 2012, notificada a EL CONSORCIO el 30 de julio de 2012, le comunicó su decisión de reducir las prestaciones del ítem 4 en un 25%, esto es, en 110 unidades de dicho producto.
106. Mediante Carta Notarial de fecha 1 de agosto de 2012 EL CONSORCIO resuelve el contrato respecto del ítem 4, y mediante Carta Notarial de fecha 14 de agosto de 2012 resuelve el contrato respecto al ítem 1.
107. Habiendo mencionado lo anterior, conviene hacer referencia a la potestad que tienen las Entidades de reducir las prestaciones establecidas inicialmente, dentro

del marco normativo de la contratación estatal.

108. Así, en la Opinión 022-2012/DTN de fecha 15 de febrero de 2012, se señala lo siguiente:

"De conformidad con lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley, el Titular de la Entidad, de manera excepcional y previa sustentación por el área usuaria, puede ordenar la reducción de prestaciones siempre que ello sea indispensable para alcanzar la finalidad del contrato.

Al respecto, es importante precisar que la potestad de aprobar la reducción de prestaciones –así como la ejecución de prestaciones adicionales– le ha sido conferida a la Entidad en reconocimiento de su calidad de garante del interés público en los contratos que celebra para abastecerse de los bienes, servicios u obras necesarios para cumplir con sus respectivas funciones.

Así, esta potestad responde al ejercicio de las prerrogativas especiales del Estado, pues se enmarca dentro de lo que la doctrina denomina "cláusulas exorbitantes" que caracterizan a los regímenes jurídicos especiales de derecho público –como es el régimen de contrataciones del Estado–, en los que la Administración Pública representa al interés general, el servicio público, y su contraparte representa al interés privado⁵.

En ese sentido, y teniendo en consideración el carácter excepcional de la potestad de ordenar la reducción de prestaciones, el área usuaria de la contratación debe sustentar, previamente, las razones por las que las reducciones a realizarse resultan necesarias para alcanzar la finalidad del contrato."

109. Ahora bien, también conviene señalar que la protección constitucional a los contratos y a su intangibilidad se encuentra consagrada y plenamente asegurada en la Constitución. Tanto en el Título I, sobre los derechos de las personas, como un derecho fundamental (la libertad para contratar) titularizado por las personas naturales y por las personas jurídicas, así como en el Título III sobre el régimen económico del Estado en el que se garantiza la libertad de contratación.
110. La Constitución se refiere claramente a la prevalencia de la voluntad de las partes y a la intangibilidad de los contratos. La Norma Fundamental inclusive pone el pacto o la voluntad de las partes por encima de la ley, en tanto los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones posteriores. Efectivamente, de la lectura conjunta del inciso 14) del artículo 2º y del primer párrafo del artículo 62º de la Constitución, se llega a la conclusión de

⁵DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Las cláusulas exorbitantes, en: THEMIS, Revista de Derecho de la Pontifícia Universidad Católica del Perú, N° 39, Pág. 7.

que el valor y el respeto a los contratos celebrados entre particulares o entre particulares con el Estado, como en el presente caso, forman parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la libertad de contratación.

111. Para el Tribunal Constitucional⁶, la libertad para contratar o libertad de contrato:

"(...) constituye un derecho fundamental y su ejercicio legítimo, en el marco de los principios y derechos fundamentales, requiere su compatibilidad con estos, lo cual no supone una restricción del legítimo ámbito de este derecho, sino su exacto encuadramiento en ese marco".

112. En relación a la libertad de contratación, el Supremo Intérprete⁷ ha señalado que:

"(...) el derecho a la libre contratación se concibe como el acuerdo o convención de voluntades entre dos o más personas naturales y/o jurídicas para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica de carácter patrimonial. Dicho vínculo -fruto de la concertación de voluntades- debe versar sobre bienes o intereses que poseen apreciación económica, tener fines lícitos y no contravenir las leyes de orden público."

113. Los contratos contienen -como lo prevé el Código Civil y lo consagra la doctrina- un vínculo obligacional entre las partes dirigido a crear una obligación patrimonial. Efectivamente, para De la Puente y Lavalle⁸:

"(...) la celebración de un contrato definitivo da lugar a la creación de una relación jurídica obligacional (...)."

114. El referido autor⁹ agrega que:

"(...) el contrato por definición es un acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial, aunque en la definición no se establece, este acuerdo es el acuerdo de voluntades y debe exteriorizarse mediante la declaración respectiva."

⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 06534-2006-PA/TC de fecha 15 de noviembre de 2007, sobre recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Santos Eresminda Távara Ceferino contra sentencia de la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima. Fundamento N° 3).

⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 1535-2006-PA/TC de fecha 31 de enero de 2008 sobre recurso de agravio constitucional interpuesto por la Empresa de Transportes Turismo Imperial S.A. contra la sentencia emitida por la Primera Sala Mixta Descentralizada de la Corte Superior de Justicia de Junín de fecha 29 de diciembre de 2005, que declara improcedente la demanda de amparo interpuesta. Fundamento N° 53).

⁸ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. "La Convención y el Contrato (Continuación)" En: *Advocatus*, N° 8, Lima, 2003, p. 212.

⁹ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato general*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1996, p. 43.

115. Este vínculo obligacional está destinado a cumplirse indefectiblemente pues – conforme al artículo 62º de la Constitución antes referido y al Código Civil- ni siquiera una ley podría modificarlo. Este mismo cuerpo de leyes se encarga de reiterar, en artículo expreso, la fuerza obligatoria de lo pactado en los contratos, según lo expresado en ellos, a tal punto que quien pretenda negar la coincidencia entre lo expresado en un contrato y la voluntad común de las partes debe probarlo expresamente.
116. En esta dirección, el Tribunal Constitucional¹⁰ se ha pronunciado al respecto, manifestando que:

"La libertad de contratar garantiza: a) Autodeterminación para decidir la celebración de un contrato, así como la potestad de elegir al co-celebrante y b) Autodeterminación para decidir, de común acuerdo, la materia objeto de regulación contractual."
117. El propio sentido de estabilidad jurídica que el sistema legal requiere para el adecuado funcionamiento de la convivencia en sociedad, así como el principio de la buena fe que se aplica para valorar jurídicamente la celebración y ejecución de los contratos, obliga a mantener la palabra empeñada en la contratación y a sostener la validez plena del principio de intangibilidad de los contratos que se conoce también como el de su validez.
118. Lo que se ha pactado en los contratos o convenios es "ley" entre las partes y debe mantenerse intangible para su ejecución conforme a lo acordado. Solamente puede ser modificado por el acuerdo común de quienes lo celebraron, inclusive para los contratos regulados por la Ley de Contrataciones del Estado, y su Reglamento.
119. Por su parte, el Código Civil consagra en su artículo 1361º el principio *pacta sunt servanda* mediante el cual el cumplimiento de las obligaciones emanadas de los contratos han de exigirse en correspondencia con los términos estipulados en ellos. No deja lugar a dudas –valga la reiteración- la expresión utilizada en el Código "(...) son obligatorios en cuando se haya expresado en ellos" (en el presente caso los contratos regulados por la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento).
120. Esta previsión del Código Civil va a tener exacta correspondencia con la norma general de interpretación del acto jurídico que se encuentra consagrada en el artículo 168º del referido código sustantivo que obliga a tomar en consideración "lo que se haya expresado en él". La lectura conjunta de los artículos 1361º y 168º del Código Civil enmarca la interpretación de los contratos a lo en ellos

¹⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 07339- 2006-PA/TC de fecha 25 de junio de 2007, sobre recurso de agravio constitucional interpuesto por la Empresa de Transportes Megabus SAC contra la sentencia de la Segunda Sala Mixta de la Corte Superior de Justicia de Junín. Fundamento N° 46 y 47.

escrito (nuevamente, "a lo que se haya expresado en ellos") y en interpretación que directa y naturalmente se derive de dicho texto.

121. No debe olvidarse, además, que junto con el principio *pacta sunt servanda*, opera el principio de la buena fe. Conforme lo señala Jiménez Vargas-Machuca¹¹, dicho principio es generalmente asociado con la rectitud, honradez, buen proceder, buena intención, confianza en la verdad de un acto jurídico, inocencia, etc., teniendo siempre una connotación loable y sana, socialmente aceptable y deseable.
122. Así, la citada jueza y jurista¹² agrega que si bien nuestro Código Civil es asistemático en su conceptualización (al considerarla un principio general interpretativo de los contratos y los actos jurídicos, mientras que, por otro lado, menciona que los contratos se rigen por "las reglas de la buena fe y común intención de las partes"), sí la califica como principio precisamente en la norma que establece la forma como debe interpretarse el acto jurídico.
123. En este orden de ideas, si bien este Árbitro Único reconoce la prerrogativa de ESSALUD de reducir las prestaciones en un 25% conforme al artículo 174º del RLCE, lo cierto es que la reducción del ítem 4 fue emitida y notificada al CONSORCIO habiendo vencido en exceso el plazo de ejecución de la prestación que conforme a la cláusula quinta del Contrato se extendía hasta el 5 de mayo de 2012, y habiendo vencido asimismo los plazos establecidos en las Bases para la cuarta, quinta y sexta entrega de dichos bienes, siendo que ésta última tenía como fecha de vencimiento el 29 marzo de 2012 y la reducción fue notificada al contratista el 30 julio de 2012.
124. Asimismo, con respecto al ítem 1, se verifica que hasta la fecha ESSALUD no ha emitido pronunciamiento alguno respecto a la cuarta, quinta y sexta entrega de los productos correspondientes a dicho ítem, siendo que la reducción emitida mediante Carta N° 3270.OA.OARAR.GRAR.ESSALUD.2012, de fecha 27 de julio de 2012 y notificada al CONSORCIO el 30 de julio de 2012, fue únicamente respecto al ítem 4.
125. En ese sentido, se aprecia que la resolución efectuada por el CONSORCIO tiene plena validez toda vez que se ha demostrado que ESSALUD ha incumplido injustificadamente su obligación de recibir el material médico en los plazos establecidos en las Bases y órdenes de compra respectivas, máxime si ésta última no ha cuestionado la resolución contractual ya sea mediante conciliación o arbitraje, conforme a lo establecido en el artículo 170º del RLCE.
126. De esta manera, corresponde declarar FUNDADA la primera pretensión de la demanda.

¹¹ JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, Roxana, "La Unidad del principio general de la buena fe y su trascendencia en el Derecho moderno". En: *Contratación Privada*, Lima: Jurista Editores, Perú, 2002, pp. 78-79.

¹² JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, Op. Cit. pp. 83-84.

SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO

"Determinar si corresponde o no declarar la obligación de pago del Seguro Social de Salud – Hospital Nacional Edgardo Rebagliati Martins por la suma de S/. 129,250.00 (Ciento veintinueve mil doscientos cincuenta con 00/100 Nuevos Soles) a favor del Consorcio ASG Inversiones – ANJACK Médica S.A.C. y se ordene que de inmediato cumpla con el mismo".

127. Con respecto a la segunda pretensión, el CONSORCIO sostiene que tuvieron que mandar a fabricar la mercadería de acuerdo con las especificaciones de la licitación, siendo el material médico único y uso exclusivo para la Entidad y por ello, la negativa de recepción de un producto especialmente ordenado para la ENTIDAD les afecta dado que aseguran no podrían colocar este producto en otras empresas del rubro oftalmológico.
128. Adicionalmente, señalan que los bienes tenían un plazo de vigencia desde la fecha programada para ello en el Almacén y de acuerdo con ello, los bienes se han estado deteriorando y perdiendo calidad, encontrándose próximo el vencimiento. De esta manera, solicita el pago del precio del bien, dado que resultaría imposible su comercialización a otra institución.
129. Sobre el particular, este Árbitro Único considera que si bien ha quedado demostrado que EL CONSORCIO presentó los bienes dentro de los plazos establecidos en las Bases Integradas, no obstante ello, no ha ofrecido medio probatorio alguno mediante el cual se verifique o demuestre que los productos se hayan deteriorado y de esta manera les haya sido imposible comercializarlos a otras entidades o empresas, tales como fotografías que contengan el sello de los productos con la fecha de vencimiento o alguna pericia o informe que demuestre lo afirmado por EL CONSORCIO.
130. Siendo ello así, al no encontrarse acreditado el deterioro de los bienes materia del Contrato, corresponde declarar INFUNDADA la segunda pretensión de la demanda.

• ANÁLISIS AL TERCER PUNTO CONTROVERTIDO

"Determinar si corresponde o no declarar que se ocasionaron daños y perjuicios a la demandante y a las empresas que conforman el consorcio, por la injustificada falta de recepción de la mercadería señalada en las órdenes de compra N° 4501643534, 4501643521 y 4501508705, siendo dichos daños y perjuicios la suma de S/. 71,900.00 (Setenta y un mil novecientos y 00/100 Nuevos Soles), o de ser el caso, la suma que el Árbitro Único determine prudencialmente de conformidad con el artículo 1332º del Código Civil Peruano".

131. El análisis de todo problema de responsabilidad civil, supone la aplicación de un método que reconoce dos etapas: **i)** la primera, de **análisis material** consistente en determinar la existencia de una conducta antijurídica, daños resarcibles, la

relación de causalidad entre uno y otro, así como la existencia, si la hubiere, de las fracturas causales, a fin identificar al "causante" del efecto dañoso; **ii) la** segunda, en donde a través del **juicio de imputabilidad** se decidirá qué es más eficiente: si dejar que la víctima soporte el coste del daño o traspasar este peso económico hacia una esfera ajena a la víctima. Esto se realiza a través de la aplicación de alguno de los criterios de imputación, sean estos de naturaleza subjetiva u objetiva.

132. La falta de uno de estos elementos tiene como consecuencia que la pretensión indemnizatoria sea desestimada en su totalidad.

133. En esa línea, el artículo 1331º del Código Civil señala lo siguiente:

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

134. Con lo antes señalado, queda claro que quien tiene la carga de la prueba según el artículo 1331º del Código Civil, es quien afirma que ha sido perjudicado por la inejecución de la obligación contractual. Asimismo, se desprende del mismo artículo que quien solicita una indemnización debe probarlo. Así, y estando a lo indicado, queda claro, en primer término, que en el presente arbitraje, quien tiene la carga de probar si se le provocó un daño por alguna inejecución en las obligaciones contractuales es el CONSORCIO.

135. Esto responde al denominado por la doctrina como **Onus Probandi**, (o carga de la prueba) que es una expresión latina del principio jurídico que señala quién está obligado a probar un determinado hecho ante los tribunales.

136. Ahora bien, el CONSORCIO en su demanda señala que los daños que se le han ocasionado, son principalmente los siguientes:

- *por los costos de mantenimiento en el almacén del material médico desde la oportunidad en donde se debió hacer efectiva la entrega,*
- *costos de importación del material médico,*
- *línea de crédito cerrada por nuestro proveedor,*
- *daño a la imagen de la imagen empresarial de las empresas que forman parte del consorcio."*

137. Asimismo, precisa que los daños ocasionados ascienden a la suma de S/. 71,900.00 (Setenta y un mil novecientos con 00/100 Nuevos Soles), conforme al siguiente cuadro:

Concepto	Monto
Almacenaje (S/. 1,500.00 por 12 meses)	S/. 18,000.00
Costos de Importación (Flete, Gastos de Aduanas e Impuestos)	S/. 18,000.00

Gastos de Interés por uso de línea COMEX BBVA para la importación	S/. 5,000.00
Utilidad dejada de percibir por anulación de órdenes de compra	S/. 30,000.00
TOTAL	S/. 71,900.00

138. Sobre el particular, el Árbitro Único advierte que el CONSORCIO no ha ofrecido medio probatorio alguno por el cual acredite los daños ocasionados ni el monto al que ascenderían estos, ya que no ha presentado en calidad de medio probatorio facturas o recibos que demuestren los costos que habría incurrido por el almacenaje de los productos, ni los costos de importación, gastos de interés por uso de la línea COMEX BBVA ni la utilidad dejada de percibir por anulación de órdenes de compra, así como tampoco ha acreditado el daño a la imagen que habrían sufrido las empresas que conforman dicho CONSORCIO.
139. Con relación al Anexo 1-O ofrecido en la demanda, correspondiente a la Carta s/n de fecha 7 de junio de 2012 cursada hacia ASG Inversiones EIRL por ALCHIMIA SRL, se tiene que si bien ésta señala que la línea de crédito con dicha empresa fue anulada hasta la cancelación total de la deuda pendiente con ella, lo cierto es que dicho documento no acredita que la razón por la cual no pudieron cumplir con cumplir con su obligación crediticia se debió única y exclusivamente como consecuencia de la inejecución de la obligación de ESSALUD, así mismo, dicho documento no acredita de manera indefectible que la mercadería haya sido destinada para el concurso público materia de la presente controversia.
140. Atendiendo a las razones expuestas, este Árbitro Único considera declarar INFUNDADA la tercera pretensión de la demanda.

ANÁLISIS AL CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO

"Determinar si corresponde ordenar si corresponde ordenar a favor del Consorcio ASG Inversiones – ANJACK Médica S.A.C. el pago de los intereses de la segunda y tercera pretensión, desde la fecha de notificación de la presente demanda hasta la fecha efectiva de su pago íntegro, real y efectivo."

141. En la medida que han sido declaradas INFUNDADAS la segunda y la tercera pretensión de la demanda, al no haberse acreditado el deterioro de los bienes materia del Contrato ni el daño alegado, consiguientemente, corresponde declarar INFUNDADO el pago de los intereses solicitados respecto a dichas pretensiones.

ANÁLISIS AL QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO

"Determinar a quién corresponde el pago de los costos y costas que genere el presente arbitraje".

142. Para finalizar, respecto de este último punto controvertido, es preciso recordar que según lo establecido en el Artículo 70º del Decreto Legislativo que norma el Arbitraje aprobado por el Decreto Legislativo N° 1071¹³, el Tribunal fijará en el laudo los costos del arbitraje, comprendiendo –entre otros-, los honorarios y gastos del Tribunal Arbitral, los honorarios y gastos del Secretario, y los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje.
143. Por lo tanto, en cuanto a la determinación de los “costos del arbitraje” (entendido este como lo define el Art. 70º de la LA), a éste Árbitro Único le corresponde establecer quién debe asumirlas.
144. Considerando el resultado de este arbitraje en el que en puridad no puede afirmarse que existe una parte vencida, ya que ambas tenían motivos suficientes y atendibles para litigar, habida cuenta que debían defender sus pretensiones vía arbitral, y que además, el Árbitro Único considera a efectos de regular el pago de tales conceptos, el buen comportamiento procesal de las partes y la incertidumbre jurídica que existía entre ellas, corresponde disponer que cada parte asuma directamente los costos en que incurrió como consecuencia del presente arbitraje.
145. En cuanto a lo segundo, y en atención al anticipo de honorarios arbitrales fijados en los numerales 75 y 76 del Acta de Instalación y a los que fueron establecidos mediante Resolución N° 7 de fecha 20 de mayo de 2013; este Árbitro Único fija como honorarios arbitrales definitivos, las sumas de S/. 12,000.00 (Doce mil con 00/100 Nuevos Soles) netos para el Árbitro Único, y S/. 8,800.00 (Ocho mil ochocientos con 00/100 Nuevos Soles) netos para la Secretaría Arbitral, los mismos que ya han sido cancelados en su totalidad por ambas partes en proporciones iguales.

VIII. LAUDO

1. Por las razones expuestas en el análisis a los puntos controvertidos y conforme a derecho, el Árbitro Único emite el siguiente laudo de derecho:

PRIMERO: FUNDADA la primera pretensión principal de la demanda, y en consecuencia, el Árbitro Único reconoce y ratifica la validez de la resolución parcial del Contrato N° 001 Licitación Pública N° 1107L00021, efectuada por el Consorcio ASG Inversiones E.I.R.L. – ANJACK Médica S.A.C., como consecuencia

¹³ **Artículo 70.- Costos**

El tribunal arbitral fijará en el laudo los costos del arbitraje. Los costos del arbitraje comprenden:

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

del incumplimiento del Seguro Social de Salud – Hospital Nacional Edgardo Rebagliati Martins, al haberse negado injustificadamente a recepcionar las órdenes de compra Nº 4501643534, 4501643521 y 4501508705.

SEGUNDO: INFUNDADA la segunda pretensión principal de la demanda, respecto a declarar la obligación de pago del Seguro Social de Salud – Hospital Nacional Edgardo Rebagliati Martins por la suma de S/. 129,250.00 (Ciento veintinueve mil doscientos cincuenta con 00/100 Nuevos Soles) a favor del Consorcio ASG Inversiones E.I.R.L. – ANJACK Médica S.A.C.

TERCERO: INFUNDADA la tercera pretensión principal de la demanda, respecto a declarar que se ocasionaron daños y perjuicios al Consorcio ASG Inversiones E.I.R.L. – ANJACK Médica S.A.C..

CUARTO: INFUNDADA la cuarta pretensión principal de la demanda, respecto a que se paguen los intereses de la segunda y tercera pretensión desde la fecha de notificación de la demanda hasta la fecha efectiva de su pago íntegro, real y efectivo.

QUINTO: DISPONER al Secretario Arbitral remitir una copia de los extremos del presente laudo al Organismo Superior de las Contrataciones del Estado - OSCE, para los fines que correspondan conforme a Ley.

Notifíquese a las partes.


JUAN VALDIVIESO CABADA
Árbitro Único


ARMANDO FLORES BEDOYA
Secretario Arbitral Ad Hoc