

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

ARBITRAJE SEGUIDO POR IMPORTADORA FABHET SRL, CON EL HOSPITAL NACIONAL DOS DE MAYO – MINISTERIO DE SALUD, ANTE EL TRIBUNAL ARBITRAL INTEGRADO POR LOS ÁRBITROS: JUAN MANUEL REVOREDO LITUMA, HUMBERTO FLORES ARÉVALO Y JOSÉ TALAVERA HERRERA.

RESOLUCIÓN N° 12

I. LUGAR Y FECHA DE EXPEDICIÓN

El presente Laudo Arbitral se expide en la ciudad de Lima a los 20 días del mes de Mayo del año dos mil quince.

II. LAS PARTES

- **Demandante:** IMPORTADORA FABHET SRL, en adelante Fabhet, el Contratista o el Demandante.
- **Demandado:** HOSPITAL NACIONAL DOS DE MAYO - MINISTERIO DE SALUD en adelante el Hospital, la Entidad o el Demandado.

III. TRIBUNAL ARBITRAL

- Dr. JUAN MANUEL REVOREDO LITUMA – Presidente del Tribunal.
- Dr. HUMBERTO FLORES ARÉVALO – Árbitro.
- Dr. JOSÉ TALAVERA HERRERA – Árbitro.
- Dra. KIM MOY CAMINO CHUNG – Secretaria Arbitral.

IV. TRAMITACIÓN DEL PROCESO ARBITRAL

1. EXISTENCIA DE UN CONVENIO ARBITRAL

Con fecha 11 de marzo de 2013, el Hospital y el Demandante suscribieron el Contrato N° 154-2013-HNDM.

En la cláusula décimo séptima del contrato antes referido, se estipula que 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, 176, 177 y 181 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, o, en su defecto, en el artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado.

2. DESIGNACIÓN DE ÁRBITROS E INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL.

Al haberse suscitado una controversia entre las partes, el demandante solicitó arbitraje designando como árbitro de parte al Dr. José Talavera Herrera y la entidad aceptó la solicitud y designó como su árbitro al Dr. Humberto Flores Arévalo. Ambos árbitros acordaron designar como tercer miembro y Presidente del Tribunal Arbitral al Dr. Juan Manuel Revoredo Lituma.

Con fecha 12 de febrero de 2014, se instaló el Tribunal Arbitral. En dicha oportunidad, sus miembros declararon que habían sido debidamente designados, conforme a lo dispuesto en el convenio arbitral contenido en la Cláusula Décima Séptima del Contrato N° 154-2013-HNDM.

3. AUDIENCIA DE SANEAMIENTO PROCESAL, CONCILIACIÓN, FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS Y ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS

Mediante Resolución N° 06, se citó a las partes para la Audiencia de Saneamiento Procesal, Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios, la misma que se realizó el día 12 de noviembre de 2014.

3.1. SANEAMIENTO PROCESAL:

El Tribunal Arbitral se reserva el derecho de resolver la excepción de caducidad planteada por el Hospital al momento de la expedición del Laudo Arbitral de conformidad con el numeral 28 del Acta de Instalación de Tribunal

Arbitral. En tal sentido, declara la existencia de una relación jurídica procesal valida entre las partes.

3.2. CONCILIACIÓN:

El Presidente del Tribunal Arbitral, de conformidad con lo establecido en el numeral 30 del Acta de Instalación del presente arbitraje, invitó a las partes a fin de propiciar entre ellas la posibilidad de llegar a un acuerdo conciliatorio.

Las partes manifestaron que, de momento, no resultaba posible hacerlo. No obstante se dejó abierta la opción de que las mismas lo hagan en cualquier etapa del proceso de acuerdo a lo señalado en el numeral 30 de la referida Acta de Instalación.

3.3. PUNTOS CONTROVERTIDOS.

Teniendo en cuenta las pretensiones expuestas por las partes el Tribunal Arbitral procedió a establecer los siguientes puntos controvertidos:

DE LA DEMANDA

1) Determinar si corresponde o no, que el Tribunal Arbitral declare el consentimiento de la Resolución de contrato de fecha 11 de setiembre de 2013, debido a que la entidad no se ha manifestado respecto de la misma dentro del plazo de los quince (15) días de notificada, ante el incumplimiento de sus obligaciones contractuales, de conformidad con lo establecido en el artículo 170° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

2) Determinar si corresponde o no, que el Tribunal Arbitral deje sin efecto la arbitraria e injustificada resolución de contrato efectuada por la entidad, toda vez que no se configuro el incumplimiento injustificado por parte del contratista, puesto que la entidad imposibilitó el cumplimiento del Contrato N° 154-2013-HNDM.

3) Determinar si corresponde o no, que el Tribunal Arbitral ordene a la demandada cumpla con pagar a favor de la empresa una indemnización que

cubra el lucro cesante y daño emergente, los mismos que se pueden apreciar en la utilidad dejada de percibir y en los reactivos ingresados y no pagados.

DE LA RECONVENCIÓN

4) Determinar si corresponde o no, que el Tribunal Arbitral declare el consentimiento de la resolución de contrato efectuada por la entidad, mediante Carta Notarial N° 005-EQ-ADQ-2013-OL-HNDM, notificada con fecha 12 de setiembre de 2013, y como consecuencia que surtan los efectos derivados del incumplimiento de la obligación, establecidos en el artículo 170° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

PRETENSIÓN COMÚN A LAS PARTES

5) Determinar a qué parte le corresponde asumir las costas y costos del proceso arbitral.

4. PLAZO PARA LAUDAR.

Mediante Resolución N° 10, el Tribunal Arbitral de conformidad con el numeral 37 del Acta de instalación fijo treinta (30) días hábiles el plazo para laudar, los mismos que fueron ampliados por treinta (30) días más según resolución N° 11 de fecha 19 de mayo.

V. LA DEMANDA.

Con fecha 26 de febrero de 2014, Fabhet presenta su escrito de demanda, señalando lo siguiente:

PETITORIO

PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Que se declare consentida la resolución de contrato de fecha 11 de setiembre de 2013 efectuada por mi representada, debido a que la Entidad no se ha manifestado respecto de la misma dentro del plazo de los quince (15) de notificada ésta última, ante el incumplimiento de sus obligaciones

contractuales, de conformidad con lo establecido en el artículo 170° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. Situación que imposibilitó a mi representada cumplir con el suministro de bienes.

SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Que se deje sin efecto la arbitraria e injustificada resolución de contrato efectuada por la Entidad, toda vez que no se configuró el incumplimiento injustificado de mis obligaciones, debido a que la entidad imposibilitó el cumplimiento del Contrato N° 154-2013-HNDM y con lo establecido en las propias Bases Integradas.

TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Que, como consecuencia de la primera pretensión principal, se ordene a la Entidad el pago a favor de mi representada de una indemnización que cubra tanto el lucro cesante y daño emergente, los mismos que se pueden apreciar en la utilidad dejada de percibir y en los reactivos ingresados y no pagados.

CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Que se efectúe expresa condena de costos y costas procesales a la parte demandada.

CUANTÍA DE LA CONTROVERSIA

Que la primera pretensión principal está referida a que la Entidad ha resuelto arbitrariamente el contrato pese a que mi representada había venido cumpliendo sus prestaciones conforme a lo establecido en el Contrato N° 154-2013-HNDM y en las Bases Integradas. Por su parte, la segunda pretensión principal está referida a que se declare consentida la resolución del contrato efectuada por mi representada con fecha 11 de septiembre de 2013, esto en atención a que la Entidad no se ha manifestado respecto de la mencionada resolución dentro del plazo otorgado por el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. Y, la tercera pretensión principal, está referida a que se realice el pago indemnizatorio a mi representada por el daño emergente y lucro cesante que ha sufrido, el mismo que asciende a S/. 31,

347.00 por la Órdenes de Compra emitidas y que no fueron facturadas, y S/. 148,710.60 por las Órdenes de Compra que no se giraron. Esto hace un total de S/. 180 057.60.

ANTECEDENTES:

1. El 11 de marzo de 2013, IMPORTADORA FABHET S.R.L. celebró el Contrato N° 154-2013-HNDM con el Ministerio de Salud – Hospital Dos de Mayo, en virtud del proceso de selección Licitación Pública N° 022-2012-HNDM, convocada por la Entidad para el “Suministro de Reactivos con Equipos para Patología Clínica y Anatomía Patológica”.

En la Cláusula Segunda del mencionado Contrato se establecía como objeto del Contrato, el suministro de Prueba de VIH tipo Sandwich de doble Antígeno (Ag P24) x 192 DET y Prueba de VIH 4 TA Generación para la detección de Ag y anticuerpo (Ag p24) x 576 DET, conforme a las especificaciones técnicas.

2. Que, en varias oportunidades el demandante intento dar cumplimiento a sus obligaciones respondiendo a los requerimientos que realizaba la Entidad, sin embargo, conforme se señala en la Carta N° 00373-2013/IF de fecha 31 de julio de 2013, la Entidad se niega a dar la conformidad a los reactivos, exigiendo contar con el certificado INS, observan el año de fabricación de los equipos, alegando supuestos y negados incumplimientos de las especificaciones técnicas, y adicionando requerimientos no establecidos en las Bases Integradas. Es por esto que, mediante la mencionada carta, se solicita la Resolución de Contrato por causal de fuerza mayor, ya que las desavenencias surgidas hicieron inviable la ejecución del contrato.

3. Ante la decisión de Resolución de Contrato por causal de fuerza mayor, señalada en el punto anterior, la Entidad no emitió pronunciamiento alguno, sin embargo, mediante Carta Notarial N° 004-2013-OL-HNDM de fecha 23 de agosto de 2013, válidamente entregada el 26 de agosto de 2013, informa al contratista sobre supuestos incumplimientos en las prestaciones

derivadas del Contrato N° 154-2013-HNDM, y conminan al cumplimiento de las mencionadas prestaciones en un plazo de 2 días, bajo apercibimiento de resolver el contrato.

4. En atención al plazo otorgado en el numeral anterior, es que con fecha 29 de agosto de 2013, se apersonan a las oficinas de la Entidad llevando los reactivos objeto de las prestaciones derivadas del Contrato N° 154-2013-HNDM y de esta manera dar cumplimiento con lo solicitado por la Entidad. Sin embargo, el personal de la Entidad que los atendió (cuyos nombres aparecen en el Acta de reunión que se levanto) les informo de manera arbitraria su decisión de variar la fecha al día lunes 02 de septiembre para llevar a cabo las pruebas correspondientes que permitieran verificar la idoneidad de los bienes objeto de las prestaciones por parte del contratista, argumentando la supuesta ausencia del usuario directo.

5. En la fecha pactada en el numeral anterior, es decir, 02 de septiembre de 2013 personal de la empresa se apersonó a la jefatura del departamento de Patología clínica y Anatomía Patológica de la Entidad, a fin de que se realice la validación de la precisión de las prueba, para lo cual los técnicos llevaron muestras de pacientes del laboratorio particular acreditado para diagnóstico (MEDLAB), sin embargo la Entidad no quiso realizar la prueba con dichas muestras argumentando que el laboratorio mencionado no tiene acreditación para elaborar sueros controles. Esto tuvo como consecuencia que no se autorice el ingreso de los reactivos traídos por la empresa. Todo lo actuado en este día quedo plasmado en un Acta de misma fecha.

6. Ante este accionar y recurrente negativa por parte de la Entidad, se decidió requerir el cumplimiento de sus obligaciones. Es así que mediante Carta Notarial N° 00418-2013/IF de fecha 03 de septiembre de 2013, se otorgó un plazo de cinco días para que procedan a recepcionar los reactivos ofrecidos por la empresa, así como también se permita realizar la validación de la precisión de la prueba con las muestras técnicamente permitidas.

7. Que, vencido el plazo de 5 días señalado en el numeral anterior, con fecha 11 de septiembre de 2013, la empresa se apersono conjuntamente con el señor Notario Roque Alberto Díaz Delgado a las instalaciones de la Entidad a fin de que se emita un Acta de Constatación que señale la negativa de la Entidad de permitir realizar la demostración de la óptima operatividad de los equipos instalados en calidad de cesión en uso, así como la recepción de los reactivos materia de las órdenes de compra N° 993 y N° 1916. En la mencionada Acta, el señor Notario dejo constancia que era la quinta vez que la empresa se apersonaba a las instalaciones de la Entidad a fin de cumplir con su prestación, teniendo en todas las ocasiones un resultado negativo.

8. Es así, que por los hechos antes señalados, mediante Carta N° 00430-2013/IF de fecha 11 de septiembre de 2013, tramitada notarialmente a través de la Notaria Roque Díaz, hace de conocimiento de la Entidad su decisión de resolver el contrato por incumplimiento de las obligaciones por parte de ésta última.

9. Que presentan la demanda arbitral, dentro del plazo de los diez (10) días hábiles contados desde el día siguiente de notificados con el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral AD HOC de fecha 12 de febrero de 2014, debido a la arbitraria e injustificada resolución contractual por parte del Ministerio de Salud – Hospital Nacional Dos de Mayo.

FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO

Si bien de la sola exposición de antecedentes, ha quedado clara la posición del demandante y la pertinencia de los diversos aspectos que la motivan, tales hechos quedan ratificados con los siguientes fundamentos que se exponen a continuación:

Respecto a que se confirme la resolución del Contrato N° 154-2013-HNDM realizada por parte de Fabhet

1. Tal como señala el Contrato N° 154-2013-HNDM, la empresa tenía que cumplir con la prestación consistente en el "Suministro de Reactivos con

Equipos para Patología Clínica y Anatomía Patológica". A estos efectos la Entidad envía la Carta Notarial N° 002-2013-OL-HNDM al contratista, a través de la cual manifiesta que existiría un incumplimiento vinculado a la entrega de productos correspondientes a las Órdenes de Compra N° 0993 y N° 1477 derivadas del Contrato N° 154-2013-HNDM, y que se le otorgaba un plazo de 5 días hábiles para subsanarlo bajo apercibimiento de resolver el contrato.

2. En atención a la intención de dar cumplimiento al contrato, la empresa procedió a realizar la entrega de los reactivos dentro de las condiciones establecidas en las Bases Integradas y en la propuesta presentada como parte del proceso, no obstante el área usuaria de la Entidad se negó a recepcionar los productos de la empresa argumentando que no cumplían con las especificaciones del bien al que se hace referencia en la Orden de Compra, las mismas que consisten en la presentación del certificado INS, así como la acreditación de ciertos porcentajes de sensibilidad y especificidad, pese a que dichos requerimientos no se encontraban establecidos en las Bases Integradas del Proceso de Selección.

3. A fin de que quede claro la intención de realizar el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, el personal de la misma intentó hasta en tres oportunidades (15.07.13, 24.07.13 y 17.08.13) realizar el ingreso de los productos correspondientes a las Órdenes de Compra emitidas por la Entidad, sin embargo, nunca se contó con la aprobación del área usuaria.

4. Que a la manera en que venía procediendo la Entidad, sumado al hecho de que dicha Entidad no había cumplido con su prestación referente al pago, la empresa decidió hacer uso de su derecho de resolución contractual, la misma que se encuentra regulada en el artículo 168° del Reglamento de Contrataciones con el Estado, cuyo tenor es el siguiente:

"Artículo 168.- Causales de resolución por incumplimiento
(...)

El contratista podrá solicitar la resolución del contrato, de conformidad con el inciso c) del artículo 40° 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 establecido en el artículo 169º

5. Por todo lo antes señalado, corresponde se confirme la resolución contractual realizada por mi representada mediante Carta 00430-2013/IF de fecha 11 de septiembre de 2013.

Respecto a que se deje sin efecto la Resolución Contractual realizada por la Entidad mediante Carta Notarial N° 005-FQ-ADQ-2013-OL-HNDM, notificada el 12 de septiembre de 2013

1. Que se debe empezar por determinar cual era la prestación que le correspondía a la empresa en base al Contrato N° 154-2013-HNDM. Es así que la cláusula segunda del mencionado contrato establecía que el objeto del mismo era el: "suministro de prueba de VIH tipo sandwich de doble antígeno (ag p24) x 192 det y prueba de VIH 4 ta generación para la detección de ag y anticuerpo (ag p24) x 576 conforme a las especificaciones técnicas".

2. Teniendo clara la obligación que le correspondía a la empresa, así como el requerimiento de la Entidad, sorprende el pedido del certificado INS al momento de querer hacer el internamiento de los productos, así como la acreditación de ciertos porcentajes de sensibilidad y especificidad, pese a que dichos requerimientos no se encontraban establecidos en las Bases Integradas del Proceso de Selección.

3. Al respecto, las Bases Integradas son las Reglas Definitivas que han de regir todo proceso de selección. Esto se aprecia en sendos pronunciamientos del Tribunal de Contrataciones del Estado, como por ejemplo:

"Resolución N° 2804-2013-TC-S3

1. (...)

Adicionalmente el artículo 61 del Reglamento de la Ley, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF, en adelante el Reglamento, prescribe que los requerimientos técnicos mínimos son las

características técnicas, normas reglamentarias y cualquier otro requisito establecido como tal en las Bases del proceso (y en las disposiciones legales que regulan el objeto materia de la contratación). Por su parte, las Bases constituyen las reglas de juego del proceso de selección, las cuales, luego de absueltas todas las consultas y observaciones, o si las mismas no se han presentado, quedan integradas como reglas definitivas del proceso de selección, siendo de obligatorio cumplimiento para la Entidad así como los postores.

De acuerdo con lo señalado, al constituirse las Bases como reglas del proceso, es en función de ellas que este Colegiado debe efectuar la calificación y evaluación de las propuestas, pues como se ha precisado, lo establecido en las Bases, en la Ley y su Reglamento, obliga a todos los intervinientes en el proceso de selección”

4. A mayor abundamiento, mencionan lo señalado en el artículo 49° de la Ley de Contrataciones del Estado:

“Artículo 49°.- Cumplimiento de lo pactado

Los contratistas están obligados a cumplir cabalmente con lo ofrecido en su propuesta y en cualquier manifestación formal documentada que hayan aportado adicionalmente en el curso del proceso de selección o en la formalización del contrato, así como a lo dispuesto en los incisos 2) y 3) del artículo 1774° del Código Civil”

5. De lo señalado se desprende que no había razón alguna para la exigencia de la presentación del certificado INS al momento del internamiento de los productos y en consecuencia la negativa en recepcionarlo por parte de la Entidad no estaba justificada. De esto concluye la empresa, que la Entidad no podría argumentar que el contratista se encuentra inmersa en alguno de los supuestos de Resolución contractual regulado por el Reglamento de la Ley de Contratación del Estado, cuyo tenor es el siguiente:

“Artículo 168°.- Causales de Resolución por Incumplimiento

La Entidad podrá resolver el contrato, de conformidad con el inciso c) artículo 40° 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 tal situación.*

(...)”

6. La empresa manifiesta, que no están dentro de ninguno de los supuestos de la norma ya que el incumplimiento de la prestación se ha dado por causas atribuibles a la Entidad.

7. Por lo tanto, sobre la base de lo expuesto, corresponde dejar sin efecto la Resolución Contractual efectuada por la Entidad mediante Carta Notarial N° 005-FQ-ADQ-2013-OL-HNDM, notificada el 12 de septiembre de 2013, del Contrato N° 154-2013-HNDM.

Respecto al pago de las indemnizaciones correspondiente al Lucro Cesante y el Daño Emergente, por la utilidad dejada de percibir y los reactivos ingresados y no pagados, respectivamente

1. Que, la forma de proceder de la Entidad llevo a ejercer a la empresa su derecho de resolver el contrato, derecho que se encuentra establecido en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, así como también en la cláusula décimo cuarta del Contrato N° 154-2013-HNDM. Esto en atención de los detrimentos económicos que la empresa venía sufriendo por la falta de cumplimiento de las prestaciones que le correspondían a la Entidad.

2. A razón de este detrimento económico es que la empresa solicita la indemnización correspondiente, conforme se señala en el artículo 44° de la Ley de Contrataciones, cuyo tenor dice:

"Artículo 44°.- Resolución de los contratos

(...)

Quando se resuelva el contrato, por causas imputables a alguna de las partes, se deberá resarcir los daños y perjuicios ocasionados.

(...)"

3. El Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado también prevé la posibilidad de indemnización al contratista perjudicado cuando señala en su artículo 170° lo siguiente:

"Artículo 170°.- Efectos de la resolución

(...)

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.

(...)

4. Que esta posibilidad de indemnización se encuentra regulada en el mismo contrato N° 154-2013-HNDM, en su cláusula décimo quinta cuando establece:

"CLÁUSULA DECIMO QUINTA: RESPONSABILIDAD DE LAS PARTES

Quando una de las partes no ejerce injustificadamente las obligaciones asumidas, debe resarcir a la otra parte por los daños y perjuicios ocasionados a través de la indemnización correspondiente. Ello no obsta la aplicación de las sanciones administrativas, penales y pecuniarias a que dicho incumplimiento diere lugar, en el caso que éstas correspondan.

Lo señalado precedentemente no exime a ninguna de las partes del cumplimiento de las demás obligaciones previstas en el presente contrato."

5. Que el contratista al haber demostrado el derecho a percibir una indemnización, corresponde determinar el valor de dicha indemnización. A estos efectos empezaremos definiendo los conceptos de Lucro Cesante y Daño Emergente.

6. Se entiende por Daño Emergente la pérdida que sufre el acreedor por la inexecución de la obligación por parte del deudor, es decir, un empobrecimiento en el patrimonio del acreedor. En el presente caso, el Daño Emergente se ve representado por los reactivos que fueron ingresados por la empresa a la Entidad, y que, sin embargo, ésta última no ha pagado. El mencionado monto asciende a S/. 31, 347.00 por la Órdenes de Compra emitidas y que no fueron facturadas

7. Por su parte, se entiende por Lucro Cesante las utilidades que deja de percibir el acreedor como consecuencia de la inexecución de las obligaciones por parte del deudor, es decir, un enriquecimiento legítimo que ha sido frustrado. En el presente caso, el Lucro Cesante se ve representado por las Órdenes de Compra que no han sido giradas y que por ende no serán facturadas. El mencionado monto asciende a S/. 148, 710.60 por las Órdenes de Compra que no se giraron.

8. Por tanto, la indemnización que corresponde por el daño sufrido (Daño Emergente y Lucro Cesante) asciende a un total de S/. 180 057.60.

Respecto a que se efectúe expresa condena de costos y costas procesales a la parte demandada

Que se efectúe expresa condena de costos y costas procesales a la parte demandada por todo lo antes expuesto, puesto que se evidencia que la Entidad de manera arbitraria e injustificada pretende imputar al contratista la responsabilidad por el no cumplimiento de las obligaciones, siendo que dicho incumplimiento se dio por causas imputables a ellos, asimismo, pretende

pasar por alto el hecho que mi representada ya le había comunicado su decisión de resolver el contrato.

VI. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Con fecha 26 de marzo de 2014, y dentro del plazo otorgado mediante Resolución N° 01, la ENTIDAD deduce excepción de caducidad, contesta la demanda arbitral y formula reconvencción, solicitando se declare infundada en todos sus extremos; en los términos y conforme los siguientes fundamentos de hecho y de derecho:

EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD

Que, dentro del plazo establecido en el punto 28 del Acta de Instalación la entidad procede a formula la Excepción de Caducidad, solicitando que ésta se declare Fundada en atención a los siguientes fundamentos:

Fundamentos de Hecho

Que, mediante Carta Notarial N° 005-EQ-ADQ-2013-OL-HNDM de fecha 10 de septiembre de 2013, notificada a la demandante con fecha 12 de septiembre de 2013, se resolvió el Contrato N° 154-2013-HNDM-LP N° 022-202-HNDM, por la causal de incumplimiento de obligaciones contractuales del contratista al no haber cumplido con el 100% del contrato: operatividad de los equipos dados en concesión de uso y reactivos (validación de la precisión descrita en el inserto de sus reactivos, dar cumplimiento con los requisitos exigidos como la utilización de controles estandarizados positivo fuerte, positivo débil negativo).

En mérito a dicha resolución contractual, con fecha 31 de octubre de 2013 la demandante presenta una solicitud formal de inicio de proceso arbitral, notificada en el domicilio procesal de la Procuraduría Pública del Ministerio de Salud, representante procesal del Hospital Nacional Dos de Mayo de conformidad con lo establecido en el Art. 13, inc. a) de la Ley del Ministerio de Salud N° 27657.

Al respecto, cabe indicar que el derecho a impugnar la resolución del Contrato N° 154-2013-HNDM-LP N° 022-202-HNDM por parte del Contratista demandante ha caducado de manera definitiva e irreversible, en la medida que no actuó conforme a lo establecido en el último párrafo del artículo 170° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, por cuanto, habiéndosele comunicado la resolución contractual con fecha 12 de septiembre de 2013, sólo podía recurrirse válidamente al arbitraje sobre dicha resolución dentro de los quince (15) días hábiles sobrevinientes. Sin embargo, al haberse interpuesto la solicitud de arbitraje el 31 de octubre de 2013, esto es, vencido con exceso el señalado plazo legal de quince (15) días hábiles, opera el consentimiento tácito de la resolución contractual.

Conforme a lo expuesto, se advierte claramente que el demandante inició el procedimiento de conciliación fuera del plazo de caducidad establecido en el artículo 170° del Reglamento, con lo cual la resolución del contrato efectuada mediante Carta Notarial N° 005-EQ-ADQ-2013-OL-HNDM de fecha 10 de septiembre de 2013, notificada a la demandante con fecha 12 de septiembre de 2013, ha quedado consentida, por lo que todas las pretensiones demandadas devienen en Improcedentes, ya que éstas se derivan de la pretensión principal que es la declaración de nulidad de la Resolución del Convenio.

Fundamentos de Derecho: Amparan la presente Contestación de Demanda en lo establecido en el artículo 170° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-PCM.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA:

FUNDAMENTOS DE HECHO

• Con fecha 11 de marzo de 2013, se suscribió el Contrato N° 154-2013-HNDM, de Suministro de Reactivos con Equipos para Patología Clínica y Anatomía Patológica, entre el Hospital Nacional "Dos de Mayo" y la empresa Importadora FABHET S.R.L., cuyo objeto era el Suministro de Prueba de VIH

Tipo Sándwich de Doble Antígeno (Ag P24) x 192 DET y prueba de VIH 4TA Generación para la Detección de Ag Anticuerpo (Ag p24) x 576 DET, conforme a las especificaciones técnicas.

• Con fecha 08 de abril de 2013, se notifica a la demandante la Orden de compra N° 993-2013 para la entrega de 10 unidades de Prueba de VIH Doble Antígeno (AG P24) X 192 Determinaciones Right Choice, y una unidad de VIH ELISA 4ta Generación x 576 Determinaciones – RPC en el plazo de un día, sin embargo, las mismas que fueron entregadas con 58 días de atraso, por lo cual se le aplicaron penalidades.

• Asimismo, con fecha 17 de mayo de 2013 se notificó la Orden de Compra N° 1477-2013 para la entrega de los mismos bienes en el plazo de un día, sin embargo éstos fueron entregados con 34 días de atraso, situación que se repitió respecto de las órdenes de compra N° 1656 de fecha 03 de junio de 2013 y N° 1916 de fecha 01 de julio de 2013.

• Dicha situación generó no sólo que la entidad haya tenido que aplicar las penalidades correspondientes a la contratista sino, que el Hospital Nacional Dos de Mayo tuvo que suspender la realización de la prueba de VIH por una semana, por no contar con los reactivos y el equipo calibrado para procesar las muestras, hecho que perjudicó directamente a los pacientes, lo que de por sí, configuró causal de resolución contractual, conforme se le comunicó en la Carta Notarial N° 002-2013-OL-HNDM de fecha 30 de mayo de 2013.

• Cabe precisar que la Jefatura del Servicio de Microbiología e Inmunología del Departamento de Patología Clínica y Anatomía Patológica (área usuaria) se ha mostrado bastante tolerante ante los continuos incumplimientos de la contratista, a saber:

- a) Se ha aceptado un equipo que no tiene reactivo listo para el uso, siendo necesario prepararlo manualmente, para que el equipo pueda dispensarlo.
- b) Se ha aceptado un reactivo de marca diferente para cubrir una falta de stock del reactivo ganador de licitación.
- c) Se ha aceptado un cambio de marca del reactivo de HIV de 4ta generación diferente al presentado en la licitación.

- d) Se ha aceptado trabajar 3 meses en forma manual la prueba cuando debería ser automatizada como se solicitó en la licitación, y lo más grave con un equipo que no pertenece a la empresa.
- e) Se ha procesado muestras con reactivos de 4ta generación en otro laboratorio por no tener operativo el equipo donde se procesa la prueba, lo que ha ocasionado que se retrase el envío de las muestras para la prueba confirmatoria en el Instituto Nacional de Salud ocasionando quejas tanto de los pacientes como de los médicos tratantes.
- f) No se ha recibido el cronograma de mantenimiento preventivo como se estipula en la Licitación Pública N° 22-2012-HNDM.
- g) La institución se ha perjudicado económicamente porque se ha suspendido la prueba por una semana, con el agravante de que esta prueba forma parte de las pruebas prequirúrgicas que constan de más de 11 exámenes, por lo que no se pierde económicamente una sola prueba sino más, ya que el paciente no desea ser pinchado varias veces y prefiere tomarse las pruebas en laboratorios particulares.
- h) Hasta la fecha de resolución de contrato, no se había solucionado la verificación del coeficiente de variación del equipo donde se procesa HIV de tercera generación, problema presentado desde el 18 de junio, por lo que se tenía que seguir procesando muestras de manera manual en equipo de otra empresa, motivo por el cual no se recepcionaron los reactivos de 3ra Right Choice.

• Que dichos incumplimientos generaron la no atención oportuna de los pacientes del Hospital, y han perjudicado el buen desenvolvimiento de la parte usuaria en las funciones a su cargo, causando además posibles problemas legales a la entidad por cuanto los equipos al no encontrarse operativos en un 100%, determina resultados no confiables en perjuicio del paciente, médico tratante y la entidad.

• Es así que con fecha 20 de agosto de 2013, con Oficio N° 135-2013-DPCYAP-HNDM, la Jefatura del Departamento de Patología Clínica y Anatomía Patológica, remite a la Dirección General de la entidad el Oficio N° 243-SIM-DPCyAP-HNDM-2013, en donde la Jefatura del

Servicio de Microbiología e Inmunología detalla los problemas ocasionados por la empresa FABHET S.R.L. por el incumplimiento de los términos del contrato. Así, señala expresamente lo siguiente:

"2. A la fecha 5 meses después de firmado el contrato NINGUNO de los dos equipos está en la capacidad de procesar las muestras: El correspondiente al HIV de 3ra generación, no cumple con la precisión que indica el inserto del reactivo, motivo por el cual el servicio ha tenido que trabajar MANUALMENTE las muestras de VIH INCUMPLIENDO con lo indicado en la licitación, inclusive la mencionada empresa tuvo problemas de desabastecimiento del reactivo ofertado en la licitación y el servicio se vio en la obligación de aceptar trabajar con otro reactivo que no correspondía a la licitación y ni aun así se pudo evitar el desabastecimiento teniéndose que suspender por una semana la prueba de VIH, hasta que la empresa tenga el reactivo.

Con respecto al segundo equipo, el correspondiente al reactivo de-4ta, Generación, Recién el 8 de agosto, (5 meses después de firmado el contrato) se entregó un informe que estaba operativo, pero la empresa NO ha capacitado al personal en el manejo del mismo.

Es necesario recordar que ambos equipos deben estar en funcionamiento para que pueda como usuaria aprobar el ingreso de reactivos.

Recalco que la condición fundamental expresada en las bases de la licitación, es la automatización completa de la prueba, por lo que como usuaria no podría recibir reactivos que no voy a poder procesar en los equipos mencionados".

•Que, la entidad cursó la Carta Notarial N° 004-2013-OL-HNDM de fecha 23 de agosto de 2013, recepcionada por la contratista el 27 de agosto de 2013, en la que se le requirió nuevamente que cumpla estrictamente con sus obligaciones establecidas en el contrato dentro del plazo de 02 días bajo apercibimiento de resolverlo, comunicación a la que le precedió la reunión de

coordinación de fecha 29 de agosto de 2013, en la que la demandante se comprometió a que el día lunes 02 de septiembre de 2013 efectuaría la corrida de las pruebas que determinaría la precisión de las pruebas a través de la variable del fabricante.

• Que, conforme se advierte del Acta de fecha 02 de septiembre de 2013 los representantes técnicos de la demandante manifestaron tener controles positivo fuerte y negativo y no contar con los controles estandarizados del positivo débil, por lo que, en remplazo trajeron muestras de pacientes del laboratorio particular acreditado para diagnóstico MEDLAB, hecho que no fue aceptado por la entidad ya que la validación requiere controles estandarizados y el laboratorio mencionado no tiene acreditación para elaborar sueros controles, por lo que no se autorizó el ingreso de los reactivos traídos por la demandante.

• Que ante los constantes incumplimientos de la contratista a pesar que se había brindado todas las facilidades para que pueda ejecutar debidamente sus obligaciones contractuales, es que mi representada mediante Carta Notarial N° 005-EQ-ADQ-2013-OL-HNDM de fecha 10 de septiembre de 2013 y notificada el 12 de septiembre de 2013 resolvió el contrato N° 154-2013-HNDM, bajo la causal establecida en el numeral 1 del artículo 168° y 169° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Primera Pretensión de la Demanda:

Que, se declare consentida la resolución de contrato de fecha 11 de septiembre de 2013 efectuada por mi representada, debido a que la Entidad no se ha manifestado respecto de la misma dentro del plazo de los quince (15) días de notificada esta última, ante el incumplimiento de sus obligaciones contractuales, de conformidad con lo establecido en el artículo 170° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. Situación que imposibilita a mi representada cumplir con el suministro de bienes.

Al respecto debe tenerse presente la conducta procesal del demandante, quien argumenta un supuesto de incumplimiento de obligaciones contractuales por parte de mi representada, cuando de los documentos que conforman expediente de contratación se advierte claramente que quien ha

incumplido sus obligaciones contractuales desde que se empezó a ejecutar el contrato fue ella, ya sea, entregando los productos fuera de los plazos establecidos, entregando bienes en reemplazo de los que fueron objeto contractual, o incumpliendo con las capacitaciones del personal y los procedimientos de prueba de los equipos.

Que se advierte que la entidad le ha requerido el cumplimiento de sus obligaciones contractuales mediante Carta Notarial N° 002-2013-OL-HNDM de fecha 30 de mayo de 2012, la Carta N° 232-EQ-ADQ-OL-2013-HNDM de fecha 25 de junio de 2013 y Carta Notarial N° 004-2013-OL-HNDM de fecha 23 de agosto de 2013, entre otras, antes de resolverle el contrato, sin que la demandante haya argumentado en dicha oportunidad ninguna causal de incumplimiento por parte de la entidad, que se puede advertir que al haberse visto en la imposibilidad de dar cumplimiento a sus obligaciones contractuales y para efecto de eludir su responsabilidad es que ha argumentado una causal de resolución contractual argumentando un supuesto incumplimiento por parte de la entidad, causal que se detallara a continuación que no se encuentra mínimamente justificada.

Que, la demandante argumenta que le resulta imposible cumplir con sus obligaciones, sin embargo, el hecho es que habiendo tenido múltiples oportunidades para efectuar la prueba y la validación de los equipos no ha presentado los elementos necesarios para dicho fin, motivo por el cual, fue rechazado por el representante del área usuaria en reiteradas oportunidades, debido a que tratándose de Pruebas de VIH la validación requiere de controles estandarizados, no pudiendo aceptarse elementos similares en remplazo, dado que se trata de la salud de los pacientes.

De otro lado, señala la demandante que la validación no formaba parte de sus obligaciones en tanto no se encuentra en las Bases Integradas del Proceso de Selección, sin embargo, podemos advertir claramente que en las especificaciones técnicas de los equipos se señaló que el equipo debía contener:

Todos los consumibles: Controles de calidad interno, complementos y accesorios, los cuales serán entregados en forma periódica (acompañando a la entrega de los reactivos), en cantidad suficiente de acuerdo a los protocolos de cada metodología para permitir la realización completa de las pruebas programadas para el periodo de compra.

En caso que falle uno de ellos se procederá a su entrega como reposición inmediata.

La empresa proporcionará material de control para el periodo de compra en cantidad suficiente para cumplir con el protocolo de cada metodología (descrita en insertos y folletos presentados en las propuestas técnicas).

Asimismo la empresa, entregará soluciones, complementos de limpieza y otros: en cantidad suficiente que permita la realización total de las pruebas de acuerdo a la metodología de trabajo.

Que la entidad cumplió cabalmente con todas sus obligaciones y proporcionó todas las facilidades a la contratista para que cumpla con las suyas, sin embargo, los incumplimientos de la demandante ocasionó la no atención oportuna del paciente y perjudicó el buen desenvolvimiento del área usuaria, lo que podría determinar consecuencias de suma gravedad como son la emisión de resultados no confiables en las pruebas de VIH a realizarse a los pacientes.

Por tanto, la resolución contractual efectuada por la demandante resulta totalmente inválida dado que ésta no tiene ningún sustento objetivo, y más bien ha sido generada con la finalidad de evadir sus responsabilidades, lo que se advierte del solo hecho que nunca existió ningún requerimiento de cumplimiento de obligaciones contractuales a mi representada sino es hasta después que el Hospital no aceptó las muestras de reemplazo que pretendió utilizar la demandante para validar la prueba del equipo, hecho que no se ajusta a los controles estandarizados establecidos, motivo por el cual, corresponde que la presente pretensión sea debidamente desestimada declarándose Infundada en todos sus extremos.

Segunda Pretensión de la Demanda:

Que, se deje sin efecto la arbitraria e injustificada resolución de contrato efectuada por la Entidad, toda vez que no se configuró el incumplimiento injustificado de mis obligaciones, debido a que la entidad imposibilitó el cumplimiento del Contrato N° 154-2013-HNDM y con lo establecido en las propias Bases Integradas.

Conforme a los fundamentos expuestos en los puntos precedentes la contratista no ha cumplido con ejecutar la operatividad de ninguno de los dos equipos que fueron materia contractual, ya que el correspondiente al HIV de 3ra generación, no cumple con la precisión que indica el inserto del reactivo, motivo por el cual el servicio ha tenido que trabajar MANUALMENTE las muestras de V1H INCUMPLIENDO con lo indicado en la licitación, mientras que respecto al segundo equipo, el correspondiente al reactivo de-4ta, Generación, recién el 8 de agosto, (5 meses después de firmado el contrato) se entregó un informe que estaba operativo, pero la empresa no ha capacitado al personal en el manejo del mismo. Es así, que al no haberse acreditado la funcionabilidad de los equipos es que no se pudo aprobar el ingreso de los reactivos dado que su uso está sometido al funcionamiento del equipo, debiendo tenerse presente para dicho efecto que la condición fundamental expresada en las bases de la licitación, es la automatización completa de la prueba.

En ese sentido, dado que la entidad cumplió con resolver el contrato celebrado con la empresa demandante en mérito a los incumplimientos que ella incurrió y no existiendo ninguna irregularidad en referencia al procedimiento de resolución contractual, corresponde que la demanda se declare Infundada en todos sus extremos, condenándose a ella expresamente el pago de las costas y costos arbitrales.

Tercera Pretensión de la Demanda:

Que, como consecuencia de la primera pretensión principal, se ordene a la Entidad el pago a favor de mi representada de una indemnización que cubra

tanto el lucro cesante y el daño emergente, los mismos que se pueden apreciar en la utilidad dejada de percibir y en los reactivos ingresados y no pagados.

En relación a dicha pretensión la demandante argumenta que como consecuencia de la resolución contractual y atendiendo a lo establecido en la cláusula décimo quinta del contrato que establece la responsabilidad de las partes, mi representada le debe pagar la suma de S/. 31,347.00 por daño emergente representado en los reactivos que fueron ingresados a la entidad, y, S/. 148,710.60 por Lucro Cesante representado por las órdenes de compra que no fueron giradas y por tanto no serán facturadas.

Al respecto, conforme a los fundamentos desarrollados precedentemente ha quedado debidamente acreditado que el Hospital Nacional Dos de Mayo no recepcionó los reactivos materia de Litis, por el incumplimiento contractual en el que incurrió la demandante, debido a que no cumplió con validar debidamente los equipos para su debido funcionamiento, hecho que más bien generó daños a mi representada, al no haber podido realizar las pruebas de VIH de manera idónea, lo que se agrava más con el hecho que esta prueba forma parte de las pruebas prequirúrgicas que constan de más de 11 exámenes, por lo que no se pierde económicamente una sola prueba.

Que la demandante no ha acreditado el hecho generador del daño con prueba idónea razonable o adecuada que permita colegir la producción del daño presuntamente causado, dado que mi representada al haber rechazado la validación de los equipos actuó en todo momento en cumplimiento del Contrato y la Ley.

En ese sentido, se advierte que atendiendo a que el artículo 1330° del Código Civil establece que corresponde al perjudicado la prueba del dolo o culpa inexcusable para establecer una supuesta responsabilidad civil de carácter contractual, y advirtiéndose que el demandante no acredita la supuesta actitud

dolosa o culpa inexcusable cometida por mi representada, la pretensión demandada resulta totalmente infundada.

Que, debe tenerse presente que la pretensión indemnizatoria no solo incumple los requisitos exigidos por ley, sino que el caudal probatorio presentado no acredita la pretensión indemnizatoria, dado que los reactivos materia de la relación contractual que no fueron recepcionados por la entidad por su propia responsabilidad, se encuentran en poder de la contratista para el uso que ellos crean conveniente.

Cuarta Pretensión de la Demanda

Que se efectúe expresa condena de costos y costas procesales a la parte demandada.

De otro lado, en cuanto a la pretensión que se disponga que sea la entidad quien asuma el pago de costas y costas de proceso y estando a los argumentos expuestos en la presente contestación de demanda y amparados en los documentos que forman parte de los medios probatorios y que acreditan fehacientemente nuestra posición, solicitamos que todos los gastos que se deriven del presente proceso arbitral sean asumidos íntegramente por la empresa contratista, quien ha originado la presente controversia al no haber presentado el equipo correspondiente cumpliendo con las especificaciones técnicas establecidas en las bases, y que como consecuencia de ello ha dado mérito a que mi representada resuelva el contrato celebrado por causal de incumplimiento, atendiendo a que no cumplió con subsanar las observaciones efectuadas dentro del plazo otorgado. En mérito a lo expuesto, solicito que la pretensión reclamada se declare Infundada en todos sus extremos.

De conformidad con los fundamentos expuestos, solicita que la demanda interpuesta se declare Infundada en todos sus extremos, condenándose a la demandante el pago de las costas y costos del proceso, por ser de su entera responsabilidad el incumplimiento en que incurrió al no haber presentado un

equipo que cumpla con las especificaciones técnicas establecidas en las bases del contrato.

PRIMER OTROSI DIGO: FORMULO RECONVENCIÓN

Primera Pretensión de la Reconvención

Que el Tribunal Arbitral declare expresamente el consentimiento de la resolución de contrato efectuada por el Hospital Nacional Dos de Mayo mediante Carta Notarial N° 005-EQ-ADQ-2013-OL-HNDM notificada con fecha 12 de septiembre de 2013, y como consecuencia de ello, que surten todos los efectos derivados del incumplimiento de la obligación, establecidos en el artículo 170° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Segunda Pretensión de la Reconvención

Que, se disponga que la empresa FABHET S.R.L. asuma en su totalidad los costos y costas derivados del presente proceso arbitral.

Fundamentos de Hecho:

- 1) Con fecha 11 de marzo de 2013, se suscribe el Contrato N° 154-2013-HNDM, de Suministro de Reactivos con Equipos para Patología Clínica y Anatomía Patológica, entre el Hospital Nacional "Dos de Mayo" y la empresa Importadora FABHET S.R.L., cuyo objeto era el Suministro de Prueba de VIH Tipo Sándwich de Doble Antígeno (Ag P24) x 192 DET y prueba de VIH 4TA Generación para la Detección de Ag Anticuerpo (Ag p24) x 576 DET, conforme a las especificaciones técnicas.
- 2) Ante los incumplimientos a sus obligaciones contractuales efectuadas por la demandada conforme se detalló precedentemente en nuestra contestación de demanda, mediante Carta Notarial N° 004-2013-OL-HNDM de fecha 23 de agosto de 2013, recepcionada por la contratista el 27 de agosto de 2013, se le requirió que cumpla estrictamente con sus obligaciones establecidas en el contrato dentro del plazo de 02 días bajo apercibimiento de resolverlo.

3) Sin embargo, la demandante no cumple con el requerimiento efectuado, ante lo cual mediante Carta Notarial de fecha 10 de septiembre de 2013, notificada a la demandante el 12 de septiembre del 2013 se da por resuelto el contrato, resolución de contrato que no ha sido impugnada por la contratista dentro del plazo de caducidad establecido en el último párrafo del artículo 170° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, y conforme al procedimiento regulado en los artículos 215° y 218° del mencionado Reglamento.

4) En ese sentido, deberá entenderse que la resolución de contrato efectuada por mi representada ha quedado consentida, no habiendo cumplido la demandada con impugnar dicha resolución de contrato conforme a ley, motivo por el cual surten todos los efectos derivados del incumplimiento de la obligación.

5) De conformidad con los fundamentos expuestos, dado que mi representada cumplió con resolver el contrato celebrado con la empresa demandante en mérito a los incumplimiento que ella misma está reconociendo en su propia demanda y no existiendo ninguna irregularidad en referencia al procedimiento de resolución contractual, corresponde que la demanda se declare Infundada en todos sus extremos, condenándose a ella expresamente el pago de las costas y costos arbitrales.

Fundamentos de Derecho:

Fundamentamos la reconvención en las siguientes disposiciones legales, Artículos 169°, 170°, 215° y 218° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF, que regulan el procedimiento para resolver el contrato, los efectos de dicha resolución, plazo de caducidad para cuestionar la resolución de contrato y su procedimiento.

VII. Con fecha 23 de abril de 2014, el demandante presento su escrito de absolución a la excepción de caducidad y contesta la reconvención formulada por la entidad, señalando lo siguiente:

**RESPECTO A LA RECONVENCIÓN FORMULADA POR EL HOSPITAL
NACIONAL DOS DE MAYO**

La Primera Pretensión de la Reconvención planteada por la Entidad consiste en que el Tribunal Arbitral declare expresamente el consentimiento de la resolución de contrato efectuada por el Hospital Nacional Dos de Mayo mediante Carta Notarial N° 005-EQ-ADQ-OL-HNDM notificada con fecha 12 de septiembre de 2013 y, por tanto, que surtan todos los efectos derivados del incumplimiento d la obligación.

Sobre lo señalado en el punto anterior menciona que la empresa cumplió con impugnar la resolución del contrato en mención dentro del plazo establecido en el artículo 170° del Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado y que por tanto, no existe fundamento para que el Tribunal Arbitral declare el consentimiento por parte de mi representada de la resolución del contrato.

La Segunda Pretensión de la Reconvención consiste en que sea la empresa PANADEx S.A. la que asuma la totalidad de los costos y costas del presente proceso arbitral.

Sobre lo solicitado en el numeral 4. Señalan que no se entiende el por qué se hace alusión a una empresa que no forma parte del presente proceso arbitral.

Sin embargo, si lo ocurrido en el numeral 4. ha sido un error material al momento de poner la denominación de la empresa, debiendo señalar que la Entidad no ha podido sustentar mediante los argumentos de hecho y derecho de su escrito denominado Deduzco Excepción, Contestamos Demanda y Formulamos Reconvención, que las Costas y Costos del proceso arbitral deban ser asumidos por el Contratista, y en consecuencia, conforme a la Demanda Arbitral presentada el 26 de febrero de 2014, corresponde a la Entidad el pago de las Costas y Costos del Proceso Arbitral en mención.

**RESPECTO A LA EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD PLANTEADA POR EL
HOSPITAL NACIONAL DOS DE MAYO**

En primer lugar, señalan que la Resolución Contractual fue informada a la empresa mediante Carta Notarial N° 005-EQ-ADQ-2013-OL-HNDM, de fecha 10 de septiembre de 2013, válidamente notificada el 12 de septiembre de 2013.

Posteriormente, y a fin de intentar encontrar una solución a las controversias suscitadas entre las partes es que con fecha 01 de octubre de 2013, se solicita al Centro de Conciliación PROJUS que le hiciera llegar a la Entidad una invitación a Audiencia de Conciliación, conforme lo permite el propio contrato en su cláusula de solución de controversias cuyo tenor es el siguiente:

**"CLAUSULA DECIMO SEPTIMA: SOLUCION DE
CONTROVERSIAS**

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, 176, 177 y 181 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado o, en su defecto, en el artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado.

Facultativamente, cualquiera de las partes podrá someter a conciliación la referida controversia, sin perjuicio de recurrir a arbitraje en caso no se llegue a un acuerdo entre ambas..."

De conformidad a lo señalado en el punto anterior, con fecha 17 de octubre de 2013 el Centro de Conciliación PROJUS emitió el "Acta de Conciliación por falta de Acuerdo entre las Partes" como resultado de no haber llegado a ningún acuerdo en ninguna de las dos (02) oportunidades en las que se nos invitó a conciliar.

Que, mediante Carta N° 501-2013/IF de fecha 23 de octubre de 2013, válidamente notificada a la Entidad el 31 de octubre del mismo año, se notificó a la Entidad la intención de dirimir la controversia suscitada por la resolución del Contrato N° 154-2013-HNDM-LP N° 022-202-HNDM, mediante un proceso arbitral.

Al respecto, señala la empresa que han actuado dentro de los plazos otorgados por el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado y que por ende no procede la excepción de caducidad. A fin de sustentar esta postura debemos tener presente lo siguiente:

- a) El 12 de septiembre de 2013 se resolvió el contrato, por lo que, conforme a lo señalado en el último párrafo del artículo 170° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado mi representada contaba con 15 días hábiles siguientes a dicha resolución para someter la controversia a conciliación¹.
- b) El 01 de octubre de 2013, es decir, dentro del plazo señalado en el literal anterior, mi representada sometió la controversia a conciliación, solicitando para estos efectos los servicios del Centro de Conciliación PROJUS.
- c) Teniendo en consideración que no se pudo llegar a ningún acuerdo a través del procedimiento de conciliación, mi representada decidió iniciar un procedimiento arbitral, para lo cual contaba con un plazo de quince (15) días hábiles siguientes de emitida el Acta de no Acuerdo de fecha 17 de octubre de 2013, conforme lo señala el artículo N° 215 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, cuyo tenor es

"Artículo 215°.- Inicio del Arbitraje

(...)

¹ Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado
"Artículo 170.-

(...)

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".

*Si las partes optaron por el procedimiento de conciliación de manera previa al arbitraje, éste deberá iniciarse dentro de un plazo de caducidad de quince (15) días hábiles siguientes de emitida el acta de no Acuerdo Total o Parcial.
(...)”*

d) Es así que el 31 de octubre de 2013, es decir, dentro del plazo que se señala en el numeral anterior, mi representada, mediante Carta N° 501-2013/IF, presento ante la Entidad su solicitud de arbitraje con la designación de árbitro de parte.

Por todo lo antes señalado, es claro que la excepción de caducidad planteada por la Entidad no tiene sustento legal y por tal motivo se debe declarar infundada.

RESPECTO A LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Sobre el particular debemos mencionar que los argumentos de hecho y de derecho, así como las pruebas presentadas por la Entidad no han logra desvirtuar en lo más mínimo lo planteado e informado en la Demanda Arbitral presentado por mi representada el día 26 de febrero de 2014.

Como consecuencia de los antes señalado, este Tribunal Arbitral debe proceder declarando fundadas todas las pretensiones de mi representada, mencionadas en la Demanda Arbitral de fecha 26 de febrero de 2014.

Mediante Resolución N° 08, se dispuso la conclusión de la etapa probatoria y se concedió a las partes un plazo para que presentaran sus alegatos y conclusiones finales.

Mediante Resolución N° 09, se dejó constancia que la entidad no presento ningún escrito de alegatos y conclusiones finales, así como se tuvo presente el escrito de alegatos presentado por el demandante, sin embargo no solicito

informe oral. En tal sentido, mediante Resolución N° 10, se fijó el plazo de treinta (30) días hábiles para laudar.

Mediante Resolución N° 11, se amplió el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles.

VIII. ANÁLISIS DE LAS PRETENSIONES DE LAS PARTES Y DE LA CUESTIÓN CONTROVERTIDA

Y, CONSIDERANDO:

1. CUESTIONES PRELIMINARES

Previo a analizar la materia controvertida, corresponde señalar lo siguiente: (i) Que este Tribunal Arbitral se constituyó de conformidad a las reglas establecidas en el Acta de Instalación y de acuerdo a lo dispuesto por el Decreto Legislativo N° 1017, su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF y sus modificatorias y el Decreto Legislativo N° 1071, que norma el arbitraje, señalándose que en caso de deficiencia o vacío en las reglas que anteceden, el Tribunal Arbitral resolverá en forma definitiva del modo que considere apropiado mediante la aplicación de principios generales del derecho; (ii) Que el Contratista presentó su demanda dentro de los plazos dispuestos y ejerció plenamente su derecho de defensa; (iii) Que la entidad fue debidamente emplazado con la demanda ejerciendo plenamente su derecho de defensa; (iv) Que las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como ejercer la facultad de presentar alegatos; y (v) Que el Tribunal Arbitral procede a laudar dentro del plazo establecido.

El Tribunal Arbitral en relación con la admisión de los medios probatorios del Acta de Audiencia de Saneamiento Procesal, Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios de fecha 12 de noviembre del 2014, con arreglo de las Reglas Procesales Aplicables establecida en el Acta de Instalación de fecha 12 de febrero del 2014, considera desde la

perspectiva procesal más conveniente a los fines de resolver el conflicto que los puntos controvertidos serán examinados y apreciados en forma conjunta y razonada, pero siguiendo el orden lógico de las pretensiones y su vinculación en el orden más conveniente a éstos fines.

2. RESPECTO A LA EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD

Como ya se adelantó, la Entidad ha formulado excepción de caducidad, porque el CONSORCIO pretendería someter a arbitraje resoluciones que le fueron debidamente notificadas fuera del plazo de quince (15) días que establece el artículo 170 del Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado; plazo que, entiende, es de caducidad.

El CONSORCIO, por su parte, apela a la cláusula décimo séptima del contrato, Solución de controversias que establece:

"CLAUSULA DECIMO SEPTIMA: SOLUCION DE CONTROVERSIAS"

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, 176, 177 y 181 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado o, en su defecto, en el artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado.

Facultativamente, cualquiera de las partes podrá someter a conciliación la referida controversia, sin perjuicio de recurrir a arbitraje en caso no se llegue a un acuerdo entre ambas..."

Ello en concordancia con el Artículo 215 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

En efecto, en la referida cláusula del contrato de la Solución de controversias dispone que las partes facultativamente puedan someter la controversia a conciliación.

La caducidad supone la fijación por el legislador o por la voluntad de las partes, de un término perentorio dentro del cual el titular del derecho debe cumplir una determinada actividad, en defecto de la cual el derecho se extingue sin importar las circunstancias que hayan dado lugar al transcurso del tiempo².

En tal sentido, la caducidad produce la extinción del derecho en virtud del hecho objetivo del decurso del tiempo (artículo 2003 del Código Civil). La caducidad implica, entonces, la carga de ejercitar el derecho mediante el cumplimiento del acto previsto dentro del tiempo prescrito por la ley.

Debe tenerse en cuenta que la caducidad legal constituye siempre un instituto excepcional, en cuanto deroga el principio general, según el cual el ejercicio de los derechos subjetivos no está sujeto a límites y el titular puede ejercitarlos cuando, cómo y dónde considere oportuno .

En el presente caso, el plazo establecido por la Ley de Contrataciones de 15 días hábiles siguientes de comunicada la resolución notarial de fecha 12 de setiembre del 2013 (efectuada mediante carta notarial N°005-EQ-ADQ-2013-OL-HNDMes a CE) es ampliado mediante la Solicitud de Conciliación de fecha 01 de octubre del 2013 ante el Centro de Conciliación PROJUS. En aplicación del Artículo 215 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado que a la letra dice:

“Artículo 215.- Inicio del Arbitraje (...)

Si las partes optaron por el procedimiento de conciliación de manera previa al arbitraje, éste deberá iniciarse dentro de un plazo de

² Conforme al artículo 2005 del Código Civil, “la caducidad no admite interrupción ni suspensión, salvo el caso previsto en el artículo 1994, inciso 8”.

caducidad de quince (15) días hábiles siguientes de emitida el acta de no Acuerdo Total o Parcial.(...)"

Para dicho efecto el Acta de no Acuerdo en el presente caso es de fecha 17 de octubre del 2013 y el 31 de octubre del 2013 La Contratista mediante Carta N° 501-2013/IF solicita el arbitraje a La Entidad. Es decir, dicha solicitud es presentada en el plazo de 15 días que establece el reglamento para estos casos.

Por lo expuesto, en opinión de este Colegiado, en el presente caso de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado y en base al principio de legalidad, la excepción de caducidad deducida por la parte demandada, deviene en INFUNDADA.

IX. ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS:

El Tribunal Arbitral tiene la facultad de analizar los puntos controvertidos en el orden que estime conveniente para una mejor elaboración del presente pronunciamiento, por lo que define el orden de los mismos de la siguiente manera:

1) DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO, QUE EL TRIBUNAL ARBITRAL DECLARE EL CONSENTIMIENTO DE LA RESOLUCIÓN DE CONTRATO DE FECHA 11 DE SETIEMBRE DE 2013, DEBIDO A QUE LA ENTIDAD NO SE HA MANIFESTADO RESPECTO DE LA MISMA DENTRO DEL PLAZO DE LOS QUINCE (15) DÍAS DE NOTIFICADA, ANTE EL INCUMPLIMIENTO DE SUS OBLIGACIONES CONTRACTUALES, DE CONFORMIDAD CON LO ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 170° DEL REGLAMENTO DE LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO.

POSICIÓN DE IMPORTADORA FABETH SRL.

El Contratista señala que la Entidad le envía la Carta Notarial N° 002-2013-OL-HNDM, a través de la cual manifiesta que existiría un incumplimiento

vinculado a la entrega de productos correspondientes a las Órdenes de Compra N° 0993 y N° 1477 derivadas del Contrato N° 154-2013-HNDM, y le otorga un plazo de 5 días hábiles para subsanarlo bajo apercibimiento de resolver el contrato.

Señalando que, procedieron a realizar la entrega de los reactivos dentro de las condiciones establecidas en las Bases Integradas y en su propuesta presentada como parte del proceso, no obstante el área usuaria de la Entidad no quiso recepcionarle los productos argumentando que no cumplían con las especificaciones del bien al que se hace referencia en la Orden de Compra, las mismas que consisten en la presentación del certificado INS, así como la acreditación de ciertos porcentajes de sensibilidad y especificidad, pese a que dichos requerimientos no se encontraban establecidos en las Bases Integradas del Proceso de Selección.

Que, a fin de que quede claro el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, personal de la misma intentó hasta en tres oportunidades (15.07.13, 24.07.13 y 17.08.13) realizar el ingreso de los productos correspondientes a las Órdenes de Compra emitidas por la Entidad, sin embargo, nunca se contó con la aprobación del área usuaria.

Que, de otro lado, la demandante señala que la validación no formaba parte de sus obligaciones en tanto no se encuentra en las Bases Integradas del Proceso de Selección.

Que, en base a lo expuesto decidió hacer uso de su derecho de resolución contractual.

Que, por todo lo antes expuesto, señala que correspondería se confirme la resolución contractual realizada por su representada mediante Carta 00430-2013/IF de fecha 11 de septiembre de 2013.

POSICION DEL HOSPITAL NACIONAL DOS DE MAYO

La Entidad señala que a pesar de las múltiples oportunidades para efectuar la prueba y la validación de los equipos El Contratista no ha presentado los elementos necesarios para dicho fin, motivo por el cual, fue rechazado por el representante del área usuaria en reiteradas oportunidades, debido a que tratándose de Pruebas de VIH la validación requiere de controles estandarizados, no pudiendo aceptarse elementos similares en remplazo, dado que se trata de la salud de los pacientes.

Sin embargo, La Entidad manifiesta que se advierte claramente en el punto 4) de la contestación de la demanda que las especificaciones técnicas que debían contener los equipos:

“...Todos los consumibles: Controles de calidad interno, complementos y accesorios, los cuales serán entregados en forma periódica (acompañando a la entrega de los reactivos), en cantidad suficiente de acuerdo a los protocolos de cada metodología para permitir la realización completa de las pruebas programadas para el período de compra.

En caso que falte uno de ellos se procederá a su entrega como reposición inmediata.

La empresa proporcionara material de control para el periodo de compra en cantidad suficiente para cumplir con el protocolo de cada metodología (descrita en insertos y folletos presentados en las propuestas técnicas).

Asimismo la empresa, entregará soluciones, complementos de limpieza y otros: en cantidad suficiente que permita la realización total de las pruebas de acuerdo a la metodología de trabajo...”

POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

Como primer orden establecer que para que surta efecto la resolución del contrato, la parte que se siente perjudicada con el incumplimiento de

obligaciones, tiene que requerir el cumplimiento de las mismas mediante carta notarial a la otra a fin de que las satisfaga en un plazo no mayor a cinco días, bajo apercibimiento de resolver el contrato.

Que, es necesario anotar que en toda relación contractual rige, en principio, la autonomía privada, a través de la cual los contratantes son libres de autorregular sus intereses de acuerdo a sus necesidades, sin otros límites que las normas imperativas y el orden público.

Que, la Resolución de Contrato es la extinción de un contrato por acaecimiento del hecho que la ley o las partes, expresa o tácitamente, previeron al celebrarlo, de modo que su vida está sujeta desde un comienzo al cumplimiento, o no, del hecho previsto como causa de su extinción, en virtud de una cláusula expresa o implícita contenida en él³. Presupone un acto por el cual el contrato queda sin efecto debido a la ocurrencia o circunstancias sobrevinientes; la relación contractual nace químicamente pura y sólo después puede que se presenten acontecimientos que representan la pérdida de su eficacia⁴.

En ese sentido, podemos concluir que la Resolución Contractual requiere siempre la producción de un acontecimiento sobreviniente, previsto por las partes o por la ley, para que puedan operar sus efectos.

Que, el incumplimiento consiste en la conducta del deudor, positiva o negativa (acción u omisión) que vulnera la obligación previamente concertada en la relación contractual. Puede consistir tanto en la definitiva inejecución (sea total o parcial) de la prestación debida, en su cumplimiento defectuoso o bien, en el retraso en el cumplimiento o ejecución tardía⁵.

Por su parte, Puig Peña define al incumplimiento como "aquella situación antijurídica que se produce cuando por la actuación culpable del obligado a

³ Juan M. Farina, "Recisión y resolución de contratos", Orbir, Rosario 1965, p. 35).

⁴ Cas. Nº 1867-95-Lambayeque, El Peruano, 14-09-1999, p. 3515.

⁵ Ruben S. Stiglit, Contratos Teoría General, p. 565

realizar la prestación no queda satisfecha la relación jurídica en el mismo tenor que se contrajo”, y así también manifiesta que “para que haya incumplimiento es necesario que el deudor haya estado en mora – por interpelación, por la naturaleza de la obligación, o porque haya estado convenida en forma automática”.

Por tanto, el Incumplimiento Injustificado constituirá aquella conducta de quien incumpla que no cuente con un sustento legal o motivo razonable y comprobable que haya estado pre establecido como causal en el contrato o la ley o su reglamento y, que haya sido aceptada por ambas partes firmantes antes de la aceptación de sus responsabilidades de obligatorio cumplimiento.

Por su parte, la eficacia de la resolución contractual con el Estado tiene como requisito la notificación de dicho acto en la forma y modo que señala la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante “LPAG”). Es decir, si no se satisfacen las exigencias formales y modales de la notificación, el acto existirá, pero no tendrá eficacia.

En ese sentido, la LPAG establece como modalidad de notificación prevalente la notificación personal al administrado interesado o afectado por el acto en su domicilio (conforme lo dispone el artículo 20° de la LPAG), pues a partir de esta notificación el acto administrativo es eficaz (según lo dispuesto por el artículo 16° de la LPAG). Ello, en la medida que la notificación traduce un efectivo y cierto conocimiento del acto por parte del particular⁶.

A decir de Pando Vilchez, la notificación tiene varias funciones. En primer lugar y como ya se ha indicado, la notificación se requiere para que el acto administrativo pueda ser eficaz. En segundo lugar, busca que el acto administrativo pueda ser cumplido en los términos en él expresados. Es decir, en la medida que el administrado se entere del contenido del acto administrativo, podrá cumplir con lo dispuesto en él. En tercer lugar, y algo

⁶ Artículo 16.- Eficacia del Acto Administrativo

16.1 El acto administrativo es eficaz a partir de que la notificación legalmente realizada produce sus efectos (...).

que a veces no se advierte con facilidad, se concentra en otorgarle certeza al acto administrativo, pues mientras se mantenga en la esfera de la entidad, nadie sabe que existe; es recién con la notificación que se evidencia su existencia y que hay una decisión de la Entidad⁷.

De otro lado, el artículo 168° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (en adelante REGLAMENTO) señala que la Entidad podrá resolver el Contrato, cuando 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 penalidad por mora o el monto máximo para otras penalidades, en la ejecución de la prestación de su cargo; o, 3) Paralice o reduzca injustificadamente la ejecución de la prestación, pese a haber sido requerido para corregir tal situación. A su vez, faculta que la contratista podrá solicitar la resolución del contrato, de conformidad con el inciso c) del artículo 40° de la Ley de Contrataciones del Estado (en adelante LA LEY) en los casos que la Entidad incumpla sus obligaciones esenciales, las mismas que se contemplan en las bases o en el contrato.

Que, en ese sentido se ha establecido tanto contractualmente como normativamente los supuestos para poner fin a la relación contractual, como aparece en la CLAUSULA DECIMO CUARTA, del CONTRATO N° 154-2013-HNDM, que estipula lo siguiente::

CLAUSULA DECIMO CUARTA: RESOLUCION DEL CONTRATO

Cualquiera de las partes podrá resolver el contrato, de conformidad con los artículos 40, inciso c), y 44 de la Ley de Contrataciones del Estado, y los artículos 167 y 168 de su Reglamento. De darse el caso, LA ENTIDAD procederá de acuerdo a lo establecido en el artículo 169 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

⁷revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/download/.../3520, pág. 256

Respecto al procedimiento para resolver el contrato, el literal c) del artículo 40° de LA LEY señala que en caso de incumplimiento por parte del Contratista, previamente observado por la Entidad y que no haya sido materia de subsanación por el Contratista, la Entidad "podrá resolver el contrato en forma total o parcial, mediante la remisión por la vía notarial del documento en el que se manifieste esta decisión y el motivo que la justifica" (el énfasis es nuestro).

Por su parte, el artículo 169° del REGLAMENTO señala que:

"si alguna de las partes falta al cumplimiento de sus obligaciones, la parte perjudicada deberá requerirla mediante Carta Notarial para que las satisfaga en un plazo no mayor a (05) días, bajo apercibimiento de resolver el contrato (...) 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" (el énfasis es nuestro).

Como vemos, el artículo 169° del REGLAMENTO señala que tanto el requerimiento previo como la comunicación de la resolución del Contrato deben realizarse cumpliendo la formalidad de la presentación de Carta Notarial.

Conforme consta del expediente, el Contratista habría cumplido con remitir la Carta Notarial N° 00418-2013/IF de fecha 03 de setiembre de 2013, la cual fue recepcionada por la Entidad el 04 de Setiembre de 2013, documento en el cual textualmente señala:

(...) En tal sentido, no existiendo motivo alguno para que su Entidad no cumpla con recepcionar los reactivos ofrecidos por nuestra empresa, mediante el presente escrito, requerimos el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, bajo apercibimiento de resolver el presente contrato, de

conformidad con lo establecido en el artículo 169° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, el cual señala que:

"Artículo 169°.- Procedimiento de resolución de contrato

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

Por lo tanto, solicitamos a su entidad se sirva dar cumplimiento a sus obligaciones contractuales dentro del plazo de (5) días de notificada con la presente carta notarial, procediendo para ello a la recepción de los reactivos ofrecidos por nuestra empresa, así como permitiéndonos poder realizar la validación de la precisión de la prueba con las muestras técnicamente permitidas, como hemos señalado anteriormente debiéndose considerar además que en las Bases Integradas esta condición no se ha establecido como condición para la recepción de los reactivos, que son los bienes materia del presente proceso".

Luego del plazo concedido, y sin que medie pronunciamiento por parte de la Entidad, mediante Carta Notarial N° 00430-2013/IF de fecha 11 de setiembre de 2013, recibida por la Entidad en la misma fecha, la Contratista manifiesta que:

"(...) habiendo hecho el requerimiento de cumplimiento de sus obligaciones, conforme lo establecido en el artículo 169° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, y no habiendo cumplido con sus obligaciones dentro del plazo otorgado para ello; por consiguiente, mediante el presente escrito, procedemos a solicitar la resolución bajo la causal de incumplimiento injustificado de sus obligaciones, según lo establecido en el artículo 168° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, (...).

Por lo tanto, sírvase tener por resuelto el presente contrato, ante el incumplimiento injustificado de sus obligaciones, dado que en más de una ocasión hemos tratado de que procedan a recepcionar los reactivos y se nos permita realizar la validación de la precisión de la prueba con las muestras

llevadas del laboratorio acreditado; sin embargo, su Entidad de manera injustificada se ha negado a ello, incumpliendo así con sus obligaciones contractuales que devienen en la presente resolución de contrato."

Para dicho efecto, el CONTRATISTA habría cumplido con lo establecido en el artículo 169º del Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado, el cual precisa el procedimiento a observarse cuando alguna de las partes pretenda resolver el contrato debido al incumplimiento de las obligaciones de su contraparte, que señala:

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 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"* (Subrayado agregado). En el caso de las contrataciones efectuadas a través de la modalidad de Convenio Marco, las comunicaciones antes indicadas se deberán realizar a través del SEACE.

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.

Este colegiado advierte de los medios probatorios señalados en los párrafos precedentes que La Contratista cumplió con la formalidad requerida por Ley para la resolución Contractual.

Por tanto, se advierte de lo actuado respecto a la resolución contractual que es de aplicación el Artículo 170º del Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado que a la letra dice:

Artículo 170.- Efectos de la resolución: (...) 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 los procedimientos, se entenderá que la resolución del contrato ha quedado consentida. (Lo subrayado es agregado).

Es claro que como consta de la documentación presentada con la demanda y con la contestación, la ENTIDAD recepcionó la Resolución de Contrato mediante la Carta N° 00430-2013/IF con fecha 11 de Septiembre del 2013, y a partir de dicha fecha si no se encontraba de acuerdo, contaba con 15 días hábiles para someter a conciliación y/o arbitraje dicha decisión, no habiendo ejercitado su derecho conforme corresponde, generándose en virtud de ello el Consentimiento de la Resolución del Contrato N° 154-2013-HNDM materia de la presente controversia efectuada por el contratista.

En razón de ello, y como sucede en el presente caso, el requerimiento concediendo el plazo para el cumplimiento es indispensable para el deudor, ya que éste puede estar en condiciones de satisfacer a su acreedor, pero estará a la espera de que se le requiera conforme a la norma. El plazo máximo de 5 días debe estar expresado como en este caso, con toda claridad

y certeza en la carta notarial de requerimiento, en razón de que el deudor requerido tiene derecho a conocer el tiempo dentro del cual puede cumplir su obligación, que en el presente caso fueron justamente cinco días. Extinguido el plazo, sin que el deudor cumpla, el contrato queda resuelto *ipso iure*, no pudiendo el acreedor revocar o modificar su decisión de resolver el contrato, ni el deudor pretender cumplir.

Como bien dice Farina⁸, si el acreedor ha fijado un plazo significa que vencido el mismo la prestación ya carece de interés para él, y por ello no puede obligársele a aceptar una prestación que por el transcurso del tiempo para él ha perdido toda utilidad.

En tal sentido, este Tribunal Arbitral es de la opinión de declarar consentida la Resolución del Contrato efectuado por la Contratista con fecha 11 de setiembre de 2013, de conformidad con lo establecido en el artículo 170° del Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado. Debiendo declararse Fundado el presente punto controvertido.

2) DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO, QUE EL TRIBUNAL ARBITRAL DEJE SIN EFECTO LA ARBITRARIA E INJUSTIFICADA RESOLUCIÓN DE CONTRATO EFECTUADA POR LA ENTIDAD, TODA VEZ QUE NO SE HA CONFIGURADO EL INCUMPLIMIENTO INJUSTIFICADO POR PARTE DEL CONTRATISTA, PUESTO QUE LA ENTIDAD IMPOSIBILITO EL CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO N° 154-2013-HNDM.

Recogiendo lo señalado por Messineo: "El fundamento de la resolución es la sobreviniente falta de causa de la Obligación en vista de que la contraparte no cumple"⁹ y siempre que se haya efectuado el requerimiento de ley.

Es por ello, que "La normatividad de contrataciones del Estado, de manera específica, en su Reglamento señala que la Resolución del Contrato, es un actuar donde cualquiera de las partes puede poner fin al contrato por un

⁸ Farina, Juan M., *Rescisión y resolución de los contratos*, Orbir, Rosario, Argentina, 1965, p. 191.

⁹ Messineo, Francesco, *Doctrina General del contrato*, t. 2, Pp. 337-338 y 836.

hecho sobreviniente a la suscripción del mismo, siempre que se encuentre previsto expresamente en las bases, en el contrato con sujeción a la ley¹⁰.

Entendamos el origen de la palabra resolución (del latín "*resolutio*") que significa deshacer, destruir, desatar, disolver, extinguir un contrato. La resolución deja sin efecto, judicial o extrajudicialmente, un contrato válido por causal sobreviniente a su celebración que impide que cumpla su finalidad económica, siempre que se cumpla con lo establecido en el contrato y en la ley en caso de vacío.

A lo señalado debemos agregar que la doctrina establece como procedente la resolución, por la generación de un hecho sobreviniente que constituye el presupuesto para la resolución del contrato que puede ser imputable a la otra parte (ej., el incumplimiento) o puede ser extraña a la voluntad de ambas (caso fortuito o fuerza mayor); puede tener un origen legal (ej., la resolución por incumplimiento) o convencional (el mutuo disenso) pero siempre que se cumpla con el procedimiento conforme a las bases, el contrato o el Reglamento específico, para que produzca efecto la causal debidamente invocada.

Al respecto, *Messineo*¹¹ sostiene que "la resolución no es una sanción a cargo del incumplidor, sino un medio para liberar a la parte cumplidora, restituyéndole la posibilidad de recurrir a otro contrato con el cual obtener una prestación idéntica o equivalente a la que ha fallado".

En efecto, de la revisión de los medios probatorios aportados por las partes del proceso, se tiene que tanto el Contratista como la Entidad han resuelto el Contrato, cada uno siguiendo supuestos, hechos y fechas distintas el uno del otro.

¹⁰ Artículo 224.- Resolución de contrato

Cualquiera de las partes, o ambas, pueden poner fin al contrato por un hecho sobreviniente a la suscripción del mismo, siempre que se encuentre previsto expresamente en las Bases, en el contrato o en el Reglamento.

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

¹¹ Messineo, Francesco, Doctrina General del contrato, t. 2, p. 205.

Sin embargo, de lo desarrollado en el primer punto controvertido, se tiene por consentida la resolución de contrato formulada por el Contratista, conforme a ley, en consecuencia corresponde dejar sin efecto la Resolución de Contrato formulada por el Hospital mediante Carta Notarial N° 005 EQ-ADQ-2013-OL-HNDM, de fecha 12 de Septiembre del 2013, toda vez que el Contrato ya se encontraba resuelto con anterioridad a que el Contratista recibiera la carta de resolución enviada por la Entidad. Habiendo quedado resuelto el contrato mediante Carta N° 00430-2013/IF de fecha 11 de Septiembre del 2013, formulada por Fabhet.

Que, en efecto, resulta relevante dicho análisis en tanto, como sabemos, quien actúa con dicha diligencia no es imputable por la inejecución o cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación. Es decir, quien no actúa con tal diligencia sí es imputable (o responsable) por la inejecución o cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación y, por ende, merecedor de las sanciones que correspondan de acuerdo a lo pactado por las partes.

Que debemos puntualizar como refiere Cabanellas,¹² el término «diligencia» ostenta múltiples y trascendentes significados jurídicos: cuidado, solicitud, celo, esmero, desvelo en la ejecución de alguna cosa, en el desempeño de una función, en la relación con otra persona, etc. Asimismo, quien actúa con diligencia es alguien diligente según la Real Academia Española, diligente es «Cuidadoso, exacto y activo. Pronto, presto, ligero en el obrar».¹³ En tanto para Cabanellas significa «Cuidadoso, activo, solícito, esmerado. Pronto, rápido, ágil, ligero, presto en la ejecución. [...]».¹⁴

Estando a lo antes anotado y en base a las pruebas aportadas por las partes, este Tribunal ha concluido que la Entidad no actuó con la diligencia que el caso ameritaba y que habiendo el contratista resuelto el contrato de acuerdo a ley, cuando la Entidad decidió actuar, de forma tardía, el contrato ya se

¹² CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L., 1989, tomo III, p. 253.

¹³ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española*. En: http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=diligente

¹⁴ CABANELLAS, Guillermo. *Op. cit.*, p. 256.

encontraba resuelto, por lo que mal podríamos hablar de una resolución de contrato válida por parte de la Entidad.

Por lo que este tribunal considera que debe declararse fundado el presente punto controvertido dejando sin efecto la extemporánea resolución de contrato efectuada por la Entidad, máxime si cuando la Entidad decidió actuar resolviendo el contrato este ya se encontraba resuelto.

3) **DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO, QUE EL TRIBUNAL ARBITRAL ORDENE A LA DEMANDADA CUMPLA CON PAGAR A FAVOR DE LA EMPRESA UNA INDEMNIZACIÓN QUE CUBRA EL LUCRO CESANTE Y DAÑO EMERGENTE, LOS MISMOS QUE SE PUEDEN APRECIAR EN LA UTILIDAD DEJADA DE PERCIBIR Y EN LOS REACTIVOS INGRESADOS Y NO PAGADOS.**

Que, respecto al daño, cabe manifestar que el mismo es conceptualizado de manera general como todo perjuicio o menoscabo que sufre un individuo, ya sea en su entidad psicosomática o en su patrimonio. En tal sentido, el daño implica una calificación que realiza un sujeto respecto a las consecuencias que conlleva un determinado evento en relación a su situación precedente, es decir, luego "... de la formulación de un juicio de desvalor sobre el suceso dañoso y, por lo tanto, sobre la exigencia de intervenir..."¹⁵

Al respecto, cabe manifestar que el daño, dependiendo del interés que afecta, puede ser calificado como patrimonial y como no patrimonial, entendido este último como una afectación a la integridad de todo sujeto de derechos.

Tal y como ha sido aceptado en la doctrina, el daño debe reunir determinadas características que incidirán en la calificación respecto a la aptitud que debe tener el mismo para efectos de su resarcimiento. Sobre el particular, se ha establecido que, a fin de ser resarcido, el daño debe cumplir con los requisitos de ser cierto; de ser subsistente, es decir, de no haber sido reparado; contar

¹⁵ SALVI, Cesare. "El Daño" En: "Estudios sobre la Responsabilidad Civil". Traducción y edición al

con una "especialidad", esto es, que se afecte el interés de una persona o entidad que haya merecido juridicidad por el ordenamiento jurídico; y debe ser injusto.

Asimismo, consiste en la pérdida de los valores económicos ya existentes en el patrimonio a raíz del incumplimiento obligacional.

En este rubro debe valorarse la pérdida, el detrimento, el menoscabo que ha sufrido el acreedor en su patrimonio.

Es importante precisar que:

"Para que haya daño contractual resarcible no basta que se incumpla la obligación y que el incumplimiento sea imputable al deudor, sino que éste produzca un perjuicio a quien lo alega."¹⁶

En primer lugar, comprende el valor de las prestaciones derivadas del contrato que se adeudaran. Y, en segundo lugar, debe cubrir el reembolso de los gastos en que se hubiera incurrido para realizar las prestaciones que de acuerdo con el contrato le correspondía ejecutar a la parte incumpliente.

Todos estos conceptos son reconocidos en el artículo 170 del RELCE, al disponer que:

"Artículo 170.- Efectos de la resolución

(...)

Si la parte perjudicada es el contratista, la Entidad deberá reconocerle la respectiva indemnización por los daños y perjuicios irrogados..."

Que el "damnum emergens" o daño emergente es como expresa Hedemann "lo que hace más pobre al perjudicado"¹⁷.

Queda claro, entonces, que el requisito de la certeza del daño presenta

cuidado de Leysser L. León. Perú. 2001. Pág. 296.

¹⁶ Exp.1

026, Lima, Gaceta Jurídica N° 40, p.1-C

¹⁷ Citado por CASEAUX, Pedro N. Y TRIGO REPRESAS, Felix A. Op. Cit. Pág. 180.

diferencias, según se trate de la probanza del daño emergente o del lucro cesante. Tratándose de la prueba del daño emergente, se aporta una prueba histórica directa, dirigida a acreditar la existencia del daño como suceso que sustrae una entidad que la víctima ya poseía al momento de acaecer el daño. Por ello, normalmente (aunque no siempre), con esta prueba se acredita no sólo el "quid", sino el "quantum" del daño. En cambio, tratándose de la probanza del lucro cesante, éste queda circunscrito a la probanza de los hechos constitutivos del lucro; esto es, a las circunstancias que motivan la falta de ganancia.

Después de haber revisado los antecedentes, el Contratista ha precisado en su escrito "Para mejor resolver" de fecha 02 de febrero del 2015 que:

"(...) en el numeral 18 de la Demanda Arbitral de fecha 26 de febrero de 2014 presentada por mi representada, por un error involuntario se señala que se realizó el ingreso de los reactivos mencionados en el cuadro anterior y que estos no fueron pagados por la Entidad. Sin embargo, queremos aclarar que lo que se quiso señalar es que la Entidad emitió las Órdenes de Compra de los mencionados reactivos, pero nunca permitió que mi representada los ingresara, causando un severo daño patrimonial" (Lo subrayado es agregado).

De lo señalado, se puede entender que, el Contratista quiso ingresar los reactivos, conforme a las Órdenes de Compra N° 0001916 y N° 0000993, pero que de acuerdo a lo señalado en el desarrollo de los puntos controvertidos precedentes, el Hospital decidió negar el ingreso de los referidos bienes, los mismos que el Contratista adquirió con la finalidad de cumplir con la obligación contractual, lo cual incluso fue requerido como obligación del hospital, sin respuesta alguna, causándole un daño patrimonial determinado por un valor. En consecuencia, se puede establecer que existe daños y perjuicios, los mismos que se encuentran acreditados con las órdenes de compra N° 1916 del 01 de Julio de 2013 y N° 993 de 04 de abril de 2013, así como el Acta de Constatación Notarial de fecha 11 de setiembre del 2013 mediante la cual el Notario Dr. Roque Alberto Díaz Delgado deja

constancia que: "...Nos dirigimos a la oficina de la Entidad en donde fuimos atendidos por una señora manifestando ser la encargada y que no podía recibir los reactivos....

Como bien lo señala la OPINIÓN N° 011-2014/DTN, acápite 2.2. "... el artículo 176 del Reglamento¹⁸ indicaba que la recepción y conformidad era responsabilidad del órgano de administración, salvo disposición contraria establecida en las Bases o en las normas de organización interna de la Entidad.

Al respecto, debe indicarse que, para el caso de bienes, la recepción y la conformidad se producían en dos momentos diferentes: (i) el primero (recepción), con la entrega física de los bienes, salvo que estos no cumplieran manifiestamente con las características y condiciones ofrecidas¹⁹, en cuyo caso la Entidad no efectuaba la recepción; y (ii) el segundo (conformidad), una vez emitido el informe del funcionario del área usuaria en el que se verificaba la calidad, cantidad y cumplimiento de las condiciones contractuales.

Ahora bien, al analizar la calidad, cantidad y el cumplimiento de las condiciones contractuales, el área usuaria de acuerdo a ley podía realizar observaciones, las cuales debían incluirse en su respectivo informe para que el órgano competente le otorgara un plazo al Contratista para su subsanación²⁰. La conformidad se producía una vez subsanadas dichas observaciones.

¹⁸ Artículo vigente hasta el 19 de septiembre de 2012, pues el 20 de septiembre de 2012 entró en vigencia el Decreto Supremo N° 138-2012-EF, que lo modificó.

¹⁹ De conformidad con el quinto párrafo del artículo 176 del Reglamento.

²⁰ El cuarto párrafo del artículo 176 del Reglamento establecía que "*De existir observaciones se consignarán en el acta respectiva, indicándose claramente el sentido de éstas, dándose al contratista un plazo prudencial para su subsanación, en función a la complejidad del bien o servicio. Dicho plazo no podrá ser menor de dos (2) ni mayor de diez (10) días calendario²⁰. Si pese al plazo otorgado, el contratista no cumpliera a cabalidad con la subsanación, la Entidad podrá resolver el contrato, sin perjuicio de aplicar las penalidades que correspondan.*"

En esa medida, era responsabilidad de la Entidad, a través de sus áreas competentes, decidir la procedencia de la recepción y conformidad de los bienes objeto de la contratación, debiendo considerar para ello los términos y condiciones del contrato..”

Conforme lo expuesto, el Hospital debió seguir con el procedimiento que señala la norma para el caso, recepcionando los productos y en la misma acta realizar las observaciones de ser el caso, sin embargo, contrario a ello, no solo no actuó con el deber de cuidado conforme a la Ley, sino que consintió el requerimiento efectuado por el contratista mediante carta N° 418-2013-IF de fecha 04 de setiembre del 2013, sin pronunciarse al respecto dentro del plazo de cinco (05) días establecido por el Contratista para el requerimiento del cumplimiento.

En ese sentido, este Tribunal es de la opinión que corresponde que la Entidad cumpla con pagar a favor del Contratista la Orden de Compra N° 0001916, de fecha 01 de Julio del 2013 por el monto de S/. 24,057.00 (Veinte y Cuatro Mil Cincuenta y Siete con 00/100 Nuevos Soles) y la Orden de Compra N° 0000993, de fecha 04 de Abril del 2013, en el extremo del Código N° 358600091280, por el monto de S/. 7,290.00 (Siete Mil Doscientos Noventa con 00/100 Nuevos Soles), lo cual, en total asciende a la suma de S/. 31,347.00 (Treinta y Un Mil Trescientos Cuarenta y Siete con 00/100 Nuevos Soles) por concepto de indemnización total, única y definitiva.

Que, respecto al Lucro Cesante, también conocido como "lucrum cesans" conformado con todo aquello que se ha dejado de percibir como consecuencia del evento dañoso. Debía el demandante haber acreditado en el proceso los hechos que hayan impedido que el acreedor se haga más rico. Definiéndose como el medio probatorio que acredite la ganancia frustrada o ganancia dejada de obtener, que es el incremento patrimonial que el acreedor debería recibir como consecuencia del cumplimiento o el que deja de obtener como consecuencia del incumplimiento.

Por tanto el lucro cesante, que conforma la indemnización de daños y perjuicios debido a la falta de reconocimiento del saldo de la liquidación a favor del Contratista, conforme refiere, no procede ser amparable, para dicho efecto este Tribunal es de la opinión que no se encuentra debidamente acreditada la pretensión que nos ocupa, atendiendo a la lógica elemental de que quien alega algo, debe probarlo y crear certeza en el juzgador.

En base a lo expuesto este tribunal es de la opinión de declarar fundada en parte la presente pretensión.

DE LA RECONVENCION:

- 4) **DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO, QUE EL TRIBUNAL ARBITRAL DECLARE EL CONSENTIMIENTO DE LA RESOLUCIÓN DE CONTRATO EFECTUADO POR LA ENTIDAD, MEDIANTE CARTA NOTARIAL N° 005-EQ-ADQ-2013-OL-HNDM, NOTIFICADA CON FECHA 12 DE SETIEMBRE DE 2013, Y COMO CONSECUENCIA QUE SURTAN LOS EFECTOS DERIVADOS DEL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN ESTABLECIDOS EN EL ARTÍCULO 170° DEL REGLAMENTO DE LA LEY DE CONTRATACIONES CON EL ESTADO.**

En principio, entendemos que la Entidad por su parte recibió el requerimiento de la recepción de los reactivos²¹, sin formular observación alguna respecto a este mismo, asimismo el plazo para cumplir con el requerimiento era de cinco (5) días de notificado, bajo apercibimiento de resolver el contrato. De modo que, al no cumplir, el Contratista se encontraba habilitado de acuerdo a ley para resolver el contrato, tal cual lo hizo, ya que resolvió el contrato sin ninguna observación o sometimiento a conciliación y/o arbitraje, conforme al RLCE²², quedando esta resolución de contrato consentida.

²¹ CARTA N° 00418-2013/IF, de fecha 03 de setiembre de 2013, recepcionada por la Entidad 04 de setiembre del 2013.

²² Artículo 170° Efectos de la Resolución: 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

Por su parte, la Entidad hizo el requerimiento con fecha 23 de Agosto, notificada al Contratista con fecha 27 de Agosto del 2013, otorgándole al este último el plazo de dos (02) días bajo apercibimiento de resolver, este plazo vencía el 29 de Agosto del mismo año, sin embargo la Entidad resuelve el Contrato con fecha 10 de Setiembre del 2013, notificando a Fabeth el 12 de Setiembre del mismo año, tiempo posterior a la Resolución de Contrato formulada por el Contratista, no procediendo la Resolución de Contrato del Hospital, puesto que el Contrato N° 154-2013-HNDM ya estaba resuelto.

Independientemente de lo expuesto, se entiende que el Consentimiento de la Resolución de Contrato se da si a los 15 (quince) días de notificada la Resolución, la parte interesada no somete la controversia a conciliación y/o arbitraje. No siendo objeto del consentimiento – en el presente caso – la Resolución formulada por la Entidad, toda vez que el Contratista promovió un procedimiento conciliatorio con fecha 01 de Octubre del 2013, ante el Centro de Conciliación PROJUS, es decir, a los 13 (trece) días hábiles de notificada la Resolución formulada por la Entidad.

Asimismo, con fecha 17 de octubre del 2013, el Representante del Hospital, como la de Fabhet y el Conciliador Extrajudicial Luis Miguel Vigo Gonzales suscriben el ACTA DE CONCILIACIÓN POR FALTA DE ACUERDO ENTRE LAS PARTES.

Finalmente, el Contratista, mediante Carta N° 501-2013/IF de fecha 23 de Octubre del 2013, válidamente notificada al Hospital el 31 de Octubre del mismo año, comunicó a éste la solicitud Arbitral, suscitada por las controversias respecto a la resolución del Contrato N° 154-2013-HNDM, conforme al Artículo 215 del RLCE, el cual señala:

"Art. 215°.- Inicio del Arbitraje: (...) Si las partes optaron por el procedimiento de conciliación de manera previa al arbitraje, éste deberá iniciarse dentro de

procedimientos, se entenderá que la resolución del contrato ha quedado consentida.

un plazo de caducidad de quince (15) días hábiles siguientes de emitida el Acta de no Acuerdo Total o Parcial.

Es importante resaltar en el caso, como señala BETTI, que el Principio de Buena Fe puede concebirse esencialmente como: *"(...) una actitud de cooperación encaminada a cumplir de modo positivo la expectativa de la otra parte, actitud que tiene como aspectos más destacados la confianza, la fidelidad, el compromiso, la capacidad de sacrificio, la prontitud en ayudar a la otra parte (...)"*²³, lo cual debe primar en todos los contratos.

Que, conforme a los fundamentos expuestos, este Tribunal Arbitral considera que, no corresponde que se declare el consentimiento de la resolución de contrato efectuado por la ENTIDAD, y en consecuencia no surge ningún efecto señalado en el Art. 170 del RLCE. Tal como se ha expresado en el análisis del primer y segundo punto controvertido que antecede, el comportamiento de La Entidad en relación al cumplimiento del contrato en la parte de ejecución no ha tenido la diligencia que el caso ameritaba puesto que ya sea por una causa u otra, ha actuado displicentemente en cuanto al cumplimiento de sus obligaciones contractuales al respecto.

5) PRETENSION COMUN A LAS PARTES:

DETERMINAR A QUÉ PARTE LE CORRESPONDE ASUMIR LAS COSTAS Y COSTOS DEL PROCESO ARBITRAL.

En los artículos respectivos del Decreto Legislativo N° 1071, se dispone que los árbitros se pronunciaran en el Laudo Arbitral sobre los gastos del Arbitraje, teniendo presente, de ser el caso, lo pactado en el convenio arbitral. Los gastos incluyen, pero no se limitan, a las retribuciones de los árbitros, de los abogados de las partes y las retribuciones del secretario. Además, la norma legal establece que si el convenio arbitral no contiene pacto alguno sobre los

²³ BETTI, Emilio. *Teoría general de las obligaciones*. Madrid, Revista de Derecho Privado, Tomo I. pp. 78.

gastos, los árbitros se pronunciarán en el Laudo Arbitral sobre su condena o exoneración.

Así, para el caso de autos, el convenio arbitral contenido en la cláusula arbitral del CONTRATO, las partes no han acordado imputación alguna respecto a las costas y costos del arbitraje.

Atendiendo a la inexistencia de 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 ambas partes tenían motivos suficientes y atendibles para litigar, habida cuenta que debían defender sus pretensiones en la vía arbitral y que, además, este colegiado considera a efectos de regular el pago de tales conceptos el buen comportamiento procesal de las partes y la incertidumbre jurídica que exista entre ellas y que motivó el presente arbitraje, corresponde disponer que cada parte asuma directamente los gastos o costos que sufrió; esto es, que cada parte asuma los gastos, costos y costas en que incurrió y debió de incurrir como consecuencia del presente proceso, como son los honorarios de los árbitros, del secretario arbitral, su defensa legal, entre otros.

DE LA PRUEBA ACTUADA Y LOS ARGUMENTOS EXPUESTOS

Que el Tribunal Arbitral deja constancia de que ha analizado todos los argumentos de defensa expuestos por las partes y examinado las pruebas presentadas por éstas de acuerdo a las reglas de la sana crítica y al principio de libre valoración de la prueba recogido en la Ley de Arbitraje y que el sentido de su decisión es el resultado de ese análisis y de su convicción sobre la controversia, al margen de que algunas de las pruebas presentadas o actuadas y algunos de los argumentos esgrimidos por las partes pudieran no haber sido expresamente citados en el presente laudo.

Por las razones expuestas, de acuerdo con lo establecido por la Ley de Contrataciones del Estado, su Reglamento y la Ley de Arbitraje, este Tribunal Arbitral, en DERECHO;

LAUDA:

PRIMERO: Declarar **FUNDADA** la primera pretensión de la demanda determinándose el consentimiento de la resolución de contrato de fecha 11 de setiembre de 2013 de conformidad con lo establecido en el artículo 170º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

SEGUNDO: Declarar **FUNDADA** la segunda pretensión de la demanda determinándose dejar sin efecto la resolución del contrato efectuada por la Entidad por extemporánea, toda vez que el contrato ya se encontraba resuelto.

TERCERO: Declarar **FUNDADA EN PARTE** la tercera pretensión ordenando a la Entidad pague al Contratista la suma de S/. 31,347.00 (TREINTA Y UN MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y SIETE CON 00/100 NUEVOS SOLES) por concepto de indemnización por daños y perjuicios.

CUARTO: Declarar **INFUNDADA** la primera pretensión de la reconvención y en consecuencia determinar que no corresponde declarar el consentimiento de la resolución de contrato efectuado por la Entidad.


QUINTO: Cada una de las partes deberá asumir sus propios costos incurridos en el presente proceso arbitral y, respecto a los honorarios de los miembros del Tribunal Arbitral, corresponde a cada parte hacerse cargo del 50% del total de las costas y costos del presente proceso arbitral.

SEXTO: Fijar los honorarios del Tribunal Arbitral y la Secretaría a cargo del proceso, en los montos previamente abonados.


SETIMO: DISPONGASE que la Secretaría Arbitral remita copia del presente laudo arbitral al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado OSCE.

Notifíquese a las partes.

Proceso Arbitral
Importadora Fabhet SRL
Hospital Nacional Dos de Mayo - Ministerio de Salud



Dr. Juan Manuel Revoredo Lituma
Presidente del Tribunal Arbitral



Dr. Humberto Flores Arévalo
Árbitro



Dr. José Talavera Herrera
Árbitro



Dra. Kim Moy Camino Chung
Secretaria Arbitral