

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

CASO ARBITRAL SEGUIDO ENTRE AMERICAN HOSPITAL SCIENTIFIC EQUIPMENT COMPANY DEL PERU S.A Y EL SEGURO SOCIAL DEL PERÚ

Laudo Arbitral de Derecho expedido por el Tribunal Arbitral conformado por los doctores Lorena Antonieta Suárez Alvarado, Presidente; Patrick Hurtado Tueros, Árbitro y Oscar Eduardo Montoya Arenas, Árbitro (en adelante EL TRIBUNAL); en la controversia surgida entre AMERICAN HOSPITAL SCIENTIFIC EQUIPMENT COMPANY DEL PERU S.A (en adelante AHSECO, EL DEMANDANTE, EL PROVEEDOR ó EL CONTRATISTA) y el SEGURO SOCIAL DEL PERÚ (en adelante LA CONTRATANTE, LA ENTIDAD ó LA DEMANDADA) respecto del Contrato N° 4600043418 "Adquisición de equipos biomédicos por reposición: Esterilización" (en adelante, EL CONTRATO), derivado de la Licitación N° 52-2013-ESSALUD/GCL (en adelante LA LICITACIÓN)

Resolución N° 16

Lima, 04 de enero de 2017

I. ANTECEDENTES.-

1.1. HECHOS RELEVANTES.-

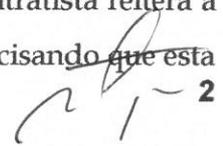
- 1.1.1. Con fecha 22 de abril de 2014, las partes suscribieron el Contrato No. 4600043418, como consecuencia de la LICITACIÓN para la ADQUISICIÓN DE EQUIPOS BIOMÉDICOS POR REPOSICIÓN: ESTERILIZACIÓN por un valor ascendente a la suma de S/. 1'811,790.00, por un plazo de 60 días calendario, desde la fecha de entrega de las órdenes de compra.
- 1.1.2. Con fecha 30 de abril de 2014, AHSECO presentó la Carta N° GG178-14, detallando los requisitos de pre-instalación de cada uno de los cinco (05) equipos en sus lugares de destino.



1



- 1.1.3. Con fecha 06 de junio de 2014, LA ENTIDAD le hizo llegar a AHSECO las órdenes de compra N° 4502138381, 4502138384, 4502138386 y 4502138393; y el 20 de junio de 2014, la orden de compra N° 4502139793, con fecha límite 08 de agosto de 2014 y 21 de agosto, respectivamente.
- 1.1.4. Con fecha 26 de julio y 13 de agosto de 2014 respectivamente, AHSECO procede a la entrega de los cinco equipos, mediante guías de remisión.
- 1.1.5. Con fecha 06 de agosto de 2014, AHSECO entregó la Carta N° GG284-14 indicando que en sus visitas ha encontrado que no existían las condiciones requeridas para la instalación y puesta en funcionamiento de los equipos.
- 1.1.6. Con fecha 12 de agosto de 2014, LA ENTIDAD remitió la Carta N° 1245-GA-GCL-ESSALUD-2014, en la cual dicha parte precisa el procedimiento de solicitud de ampliación de plazo, no haciendo mención expresa a lo previamente indicado por AHSECO.
- 1.1.7. Con fecha 15 de agosto de 2014, mediante Carta N° GG301-14, AHSECO hace presente la presunta omisión y le reitera a la entidad su presunta situación de mora, afirmando que dicho incumplimiento podría alterar el programa de trabajo del personal técnico.
- 1.1.8. Con fecha 2 de setiembre de 2014, mediante Carta N° GG329-14, el contratista complementa lo indicado en la carta anterior, además de solicitar ampliación de plazo.
- 1.1.9. Con fecha 22 de setiembre de 2014, mediante Carta N° 1558-GA-GCL-ESSALUD-2014, en la cual informa su solicitud a las Redes Asistenciales de los lugares de destino de los equipos que informe el nivel de avance de la implementación de las pre-instalaciones requeridas, entre otros.
- 1.1.10. Con fecha 26 de setiembre de 2014, mediante Carta GG412-14, el contratista reitera a la entidad la presunta situación de mora en la que se encontraba, precisando que esta

 2



última habría reconocido que aún estaban en curso los trabajos de preinstalación, sin fecha previsible de terminación salvo un caso.

1.1.11. Con fecha 09 de octubre de 2014, mediante Carta N° GG433-14, el contratista informa de sus visitas reiteradas a los lugares donde se debía instalar los equipos, encontrando que persistiría la situación de mora.

1.1.12. Con fecha 28 de noviembre de 2014, se suscribe el acta de recepción, instalación y prueba operativa de la orden de compra N° 4502138386.

1.1.13. Con fecha 12 de enero de 2015, mediante Carta N° GG005-15, el contratista reitera la necesidad de expedir los demás equipos, señalando que de no ser atendidos recurrirían al arbitraje.

1.1.14. Con fecha 2 de febrero de 2015, mediante Carta N° 307-SGCSyAP-GA-GCL-ESSALUD-2015, LA ENTIDAD comunicó que los equipos asignados a las redes asistenciales de Lambayeque y Amazonas, tendría culminada la infraestructura requerida para su instalación y puesta en funcionamiento entre fines de febrero y fines de mayo de 2014, así como la posibilidad de otorgar el pago.

1.1.15. Con fecha 12 de marzo de 2015, mediante Carta N° GG084-15, AHSECO comunicó su decisión formal de recurrir al arbitraje ante dicho alegado incumplimiento por parte LA ENTIDAD.

1.1.16. Con fecha 26 de marzo de 2015, mediante Carta N° 290-GG-ESSALUD-2015, LA ENTIDAD se pronunció sobre la petición de arbitraje.

1.1.17. Con fechas 3 y 9 de julio de 2015, mediante Actas de Recepción, Instalación y Prueba Operativas, se recibieron formalmente los equipos relativos a las órdenes de compra N°s 4502138381 y 4502138384.



- 1.1.18. Con fecha 18 de agosto de 2015, mediante Carta N° GG315-15, AHSECO reiteró la situación de mora de la entidad y solicitó el resultado de la gestión excepcional referida al pago contenida en la carta N° 307-SGCSyAP-GA-GCL-ESSALUD-2015.
- 1.1.19. Con fecha 15 de setiembre de 2015, mediante Carta N° 280-SGAyEC-GABe-CEABE-ESSALUD-2015, LA ENTIDAD indicó que al haber pactado la entrega de los equipos, su instalación y puesta en funcionamiento, es imposible que realice la recepción formal de los mismos sin haber sido éstos instalados y realizadas las pruebas operativas (puesta en funcionamiento) y que al haber pactado el pago luego de haberse dado la conformidad de recepción, no es posible pagar antes de ello.
- 1.1.20. Con fecha 25 de noviembre de 2015, mediante Acta de dicha fecha, se recibió el esterilizador correspondiente a la orden de compra N° 4502139793.

1.2. DESARROLLO DEL PROCESO ARBITRAL.-

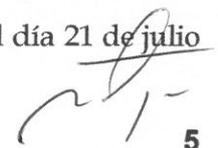
- 1.2.1. Con fecha 22 de marzo de 2016 se procedió a la Instalación del Tribunal Arbitral, tal como consta en la correspondiente Acta de Instalación suscrita para tales efectos, estableciéndose las reglas procesales que regularían su correcta tramitación y otorgándose a EL DEMANDANTE, un plazo de quince (15) días hábiles a fin que presente su demanda.
- 1.2.2. EL DEMANDANTE presentó su demanda el 14 de abril de 2016 la misma que fue admitida por el TRIBUNAL mediante Resolución N° 01 de fecha 19 de abril de 2016. Asimismo, en dicha resolución se otorgó a EL DEMANDADO un plazo de quince (15) días hábiles para que proceda a presentar su contestación y correspondiente reconvencción, de ser el caso.
- 1.2.3. Con fecha 11 de mayo de 2016, EL DEMANDADO presentó su escrito de contestación de demanda, asimismo, dedujo excepción de caducidad e incompetencia.



4



- 1.2.4. Mediante Resolución N° 02 de fecha 13 de mayo de 2016, el TRIBUNAL resolvió admitir a trámite el escrito de contestación de demanda presentada por EL DEMANDADO y tener por ofrecidas las instrumentales detalladas en los Anexos. Asimismo, en dicha resolución se resolvió poner en conocimiento de EL DEMANDANTE la excepción de caducidad e incompetencia deducida por EL DEMANDADO, a fin que en un plazo de quince (15) días hábiles, cumpla con manifestar lo conveniente a su derecho.
- 1.2.5. Con fecha 25 de mayo de 2016, EL DEMANDANTE cumplió con presentar un escrito absolviendo el traslado conferido sobre la excepción de caducidad e incompetencia deducida por EL DEMANDADO.
- 1.2.6. Mediante Resolución N° 03 de fecha 26 de mayo de 2016, el TRIBUNAL resolvió tener por absuelto el traslado conferido mediante Resolución N° 02 de fecha 13 de mayo de 2016. Asimismo, en dicha resolución se requirió a EL DEMANDADO que en el plazo de cinco (05) días hábiles, cumpla con informar si registró el nombre y apellido de los miembros del Tribunal Arbitral en el SEACE, a efectos, que en su oportunidad, se proceda a la publicación del Laudo Arbitral de Derecho.
- 1.2.7. Con Resolución N° 05 de fecha 09 de junio de 2016, el TRIBUNAL resolvió citar a las partes intervinientes, para el día 28 de junio de 2016 a las 11:00 am, a fin que se lleve a cabo la Audiencia de Saneamiento, Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios.
- 1.2.8. Con fecha 28 de junio de 2016 se llevó a cabo la Audiencia de Saneamiento, Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios, en la cual se declaró saneado el proceso y se procedió a fijar los puntos controvertidos sobre los que se pronunciará el TRIBUNAL en el presente Laudo, los mismos que se detallan más adelante.
- 1.2.9. Mediante Resolución N° 07 de fecha 07 de julio de 2016, el TRIBUNAL resolvió citar a las partes a una Audiencia Especial, la misma que se llevaría a cabo el día 21 de julio de 2016 a las 10:00 a.m.



5



- 1.2.10. Con escrito s/n de fecha de recepción 12 de julio de 2016, EL DEMANDADO cumplió con informar que ha efectuado el registro el nombre y apellido de los miembros del Tribunal Arbitral en el SEACE.
- 1.2.11. Con fecha 21 de julio de 2016, se llevó a cabo la Audiencia de Ilustración de Hechos, la misma que contó con la participación de EL DEMANDADO.
- 1.2.12. Mediante Resolución N° 09 de fecha 10 de agosto de 2016, el TRIBUNAL resolvió tener por concluida la etapa probatoria y otorgó a las partes intervinientes el plazo de quince (15) días hábiles, para que presenten sus alegatos y, de considerarlo pertinente, soliciten el uso de la palabra para informar oralmente ante el TRIBUNAL.
- 1.2.13. Con fecha 01 y 05 de septiembre de 2016, respectivamente, tanto EL DEMANDANTE como EL DEMANDADO cumplieron con presentar sus alegatos escritos.
- 1.2.14. Mediante Resolución N° 12 de fecha 09 de septiembre de 2016, el TRIBUNAL resolvió citar a las partes a la Audiencia de Informes Orales para el día 04 de octubre de 2016 a las 11:00 a.m.
- 1.2.15. Con fecha 04 de octubre de 2016 se llevo a cabo la Audiencia de Informes Orales, la misma que conto con la participación de las partes intervinientes.

1.3. DEMANDA, CONTESTACIÓN Y LAS EXCEPCIONES.-

1.3.1. DE LA DEMANDA.-

EL DEMANDANTE presentó su escrito de demanda ante el TRIBUNAL con fecha 14 de abril de 2016.

1.3.1.1. PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL.-

“Determinar si procede o no, que ESSALUD le pague a la empresa AHSECO PERÚ S.A. la suma de US\$68,716.44 Dólares Americanos, la cual ha sido determinada considerando la diferencia de cambio entre la fecha en que la entidad

6

B

debió cancelar los cinco esterilizadores correspondientes a las órdenes de compra y la fecha en que realmente se hizo el pago, suma que a la fecha asciende a S/.233,086.20 Soles en calidad de lucro cesante por la demora injustificada en la recepción y pago de los Esterilizadores correspondientes a sus órdenes de compra N° 4502138381, N° 4502138384, N° 4502138386, N° 4502138393 y N° 4502139793, emitidas en el marco del Contrato N° 4600043418."

1.3.1.2. PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL

"Determinar si corresponde o no, que ESSALUD pague a la empresa AHSECO PERÚ S.A., a más tardar dentro de los quince días calendarios siguientes a la notificación del respectivo laudo, los intereses legales correspondientes al periodo de demora en el pago de cada uno de los Esterilizadores, computados sobre el precio total de cada equipo desde la fecha en que debió realizarse esos pagos hasta la fecha en que cumplió la obligación, suma que se solicita sea liquidada en ejecución del laudo que ampare esta pretensión, de ser el caso."

1.3.1.3. SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL.-

"Determinar si corresponde o no, declarar que no existe retraso injustificado en la entrega/recepción del Esterilizador correspondiente a la Orden de Compra N° 4502138393 emitida en el marco del Contrato N° 4600043418, por ser ESSALUD supuestamente responsable del atraso en la recepción de dicho equipo, disponiendo que como consecuencia de ello quede sin efecto la aplicación de la penalidad de S/. 25,500.00 Soles que dicha entidad dedujo en su nota de débito N° 013-0015769, suma que deberá reembolsar dentro de los quince (15) días calendarios de notificado el Laudo."



1.3.1.4. PRETENSIÓN ACCESORIA A LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL.-

“Determinar si corresponde o no, que dentro de los quince (15) días calendarios de notificado el Laudo ESSALUD pague a la empresa AHSECO PERÚ S.A. por concepto de lucro cesante la suma equivalente a US\$ 1,429.68 Dólares Americanos, la cual a la fecha asciende a S/. 4,849.47 Soles considerando el tipo de cambio venta de la fecha de presentación de la demanda publicado por la SBS, resultando este monto demandado de la diferencia entre los US\$ 8,947.37 Dólares Americanos a que equivalían los ya referidos S/. 25,500.00 Soles deducidos como penalidad considerando el tipo de cambio venta de la SBS vigente en la fecha en que esa suma debió pagarse (2.85) y los US\$ 7,517.69 Dólares Americanos que resultan de convertir a dólares la misma suma deducida, aplicando el tipo de cambio venta de la SBS el día de presentación de la demanda (3.392).”

1.3.1.5. PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA PRETENSIÓN ACCESORIA DE LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL.-

“Determinar si corresponde o no, que dentro de los quince (15) días calendarios de notificado el Laudo ESSALUD pague a la empresa AHSECO PERÚ S.A. los respectivos intereses legales sobre los S/. 25,500.00 Soles deducidos, computados desde la fecha en que debió pagar el indicado monto conjuntamente con el resto del precio del equipo, es decir el 08 de septiembre de 2014, hasta la fecha en que la entidad reembolse al contratista el monto indebidamente deducido, pretensión cuyo monto deberá ser determinado en la liquidación a efectuar en ejecución del laudo que la amparase, de ser el caso.”

1.3.1.6. TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL.-

“Determinar si corresponde o no, declarar que el plazo de garantía de sesenta meses pactado para los cinco esterilizadores correspondientes al Contrato N° 4600043418, se disminuya el respectivo lapso de demora en la recepción formal del

equipo, conforme al cuadro de detalle que se encuentra en la demanda como Anexo 1 - B.."

1.3.1.7. COSTAS Y COSTOS DEL PROCESO.-

Determinar a quién corresponde el pago de las costas y costos del presente proceso arbitral.

1.3.2. DE LA CONTESTACIÓN.-

EL DEMANDADO presentó su escrito, deduciendo excepción de caducidad e incompetencia y contesta la demanda ante el TRIBUNAL con fecha 11 de mayo de 2016, negando la demanda en todos sus extremos y solicitando que se "declare improcedente o infundada la demanda.

1.3.3. DE LAS EXCEPCIONES.-

- 
- A.** Mediante escrito N° 01 presentado el 11 de mayo de 2016, EL DEMANDADO dedujo excepción de caducidad e incompetencia.
 - B.** En relación a las excepciones antes indicadas, AHSECO expuso lo conveniente a su derecho, mediante su escrito N° 02 de fecha de recepción 25 de mayo de 2016.
 - C.** Respecto a las excepciones deducidas, mediante Resolución N° 03 de fecha 26 de mayo de 2016, el Tribunal Arbitral resolvió en su sexto punto lo siguiente:
"Indíquese a las partes intervinientes que en la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos se decidirá si se resuelve las excepciones deducidas como cuestión previa o al momento de laudar".
 - D.** En atención a lo anterior, cabe indicar que las excepciones de caducidad e incompetencia deducida por EL DEMANDADO, serán resueltas por el Tribunal Arbitral ya sea en una etapa anterior a la emisión del laudo o inclusive en el correspondiente Laudo Arbitral.
- 

1.4. PUNTOS CONTROVERTIDOS.-

1.4.1. DE LA DEMANDA.-

1. Determinar si procede o no, que ESSALUD le pague a la empresa AHSECO PERÚ S.A. la suma de US\$68,716.44 Dólares Americanos, la cual ha sido determinada considerando la diferencia de cambio entre la fecha en que la entidad debió cancelar los cinco esterilizadores correspondientes a las órdenes de compra y la fecha en que realmente se hizo el pago, suma que a la fecha asciende a S/.233,086.20 Soles en calidad de lucro cesante por la demora injustificada en la recepción y pago de los Esterilizadores correspondientes a sus órdenes de compra N° 4502138381, N° 4502138384, N° 4502138386, N° 4502138393 y N° 4502139793, emitidas en el marco del Contrato N° 4600043418.
2. En caso, se declarase infundada la pretensión indicada en el numeral precedente, determinar si corresponde o no, que ESSALUD pague a la empresa AHSECO PERÚ S.A., a más tardar dentro de los quince días calendarios siguientes a la notificación del respectivo laudo, los intereses legales correspondientes al periodo de demora en el pago de cada uno de los Esterilizadores, computados sobre el precio total de cada equipo desde la fecha en que debió realizarse esos pagos hasta la fecha en que cumplió la obligación, suma que se solicita sea liquidada en ejecución del laudo que ampare esta pretensión, de ser el caso.
3. Determinar si corresponde o no, declarar que no existe retraso injustificado en la entrega/recepción del Esterilizador correspondiente a la Orden de Compra N° 4502138393 emitida en el marco del Contrato N° 4600043418, por ser ESSALUD supuestamente responsable del atraso en la recepción de dicho equipo, disponiendo que como consecuencia de ello quede sin efecto la aplicación de la penalidad de S/. 25,500.00 Soles que dicha entidad dedujo en su nota de débito N° 013-0015769, suma que deberá reembolsar dentro de los quince (15) días calendarios de notificado el Laudo.

- 
4. En caso, se declarase fundada la pretensión indicada en el numeral precedente, determinar si corresponde o no, que dentro de los quince (15) días calendarios de notificado el Laudo ESSALUD pague a la empresa AHSECO PERÚ S.A. por concepto de lucro cesante la suma equivalente a US\$ 1,429.68 Dólares Americanos, la cual a la fecha asciende a S/. 4,849.47 Soles considerando el tipo de cambio venta de la fecha de presentación de la demanda publicado por la SBS, resultando este monto demandado de la diferencia entre los US\$ 8,947.37 Dólares Americanos a que equivalían los ya referidos S/. 25,500.00 Soles deducidos como penalidad considerando el tipo de cambio venta de la SBS vigente en la fecha en que esa suma debió pagarse (2.85) y los US\$ 7,517.69 Dólares Americanos que resultan de convertir a dólares la misma suma deducida, aplicando el tipo de cambio venta de la SBS el día de presentación de la demanda (3.392).
 5. En caso, se declarase infundada la pretensión indicada en el numeral precedente, determinar si corresponde o no, que dentro de los quince (15) días calendarios de notificado el Laudo ESSALUD pague a la empresa AHSECO PERÚ S.A. los respectivos intereses legales sobre los S/. 25,500.00 Soles deducidos, computados desde la fecha en que debió pagar el indicado monto conjuntamente con el resto del precio del equipo, es decir el 08 de septiembre de 2014, hasta la fecha en que la entidad reembolse al contratista el monto indebidamente deducido, pretensión cuyo monto deberá ser determinado en la liquidación a efectuar en ejecución del laudo que la amparase, de ser el caso.
 6. Determinar si corresponde o no, declarar que el plazo de garantía de sesenta meses pactado para los cinco esterilizadores correspondientes al Contrato N° 4600043418, se disminuya el respectivo lapso de demora en la recepción formal del equipo, conforme al cuadro de detalle que se encuentra en la demanda como Anexo 1 - B.

1.4.2. COSTAS Y COSTOS DEL PROCESO

1. Determinar a quién corresponde el pago de las costas y costos del presente proceso arbitral.

II. PARTE CONSIDERATIVA.-

2.1. MARCO LEGAL APLICABLE.-

De acuerdo con la Cláusula Vigésima del Contrato, el marco legal del contrato, será la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, las directivas que emita el OSCE y demás normativa especial que resulte aplicable. Asimismo, será de aplicación supletoria las disposiciones pertinentes del Código Civil vigente, cuando corresponda y demás normas del derecho privado.

2.2. DECLARACIÓN.-

El Tribunal Arbitral deja constancia que al emitir el presente Laudo Arbitral de Derecho ha valorado la totalidad de medios probatorios ofrecidos y admitidos a trámite en el proceso arbitral valiéndose de las reglas de la sana crítica o apreciación razonada, siendo que la no indicación no significa de ningún modo que tal medio probatorio o tal hecho no haya sido valorado; por lo que, el Tribunal Arbitral deja establecido que en aquellos supuestos en los que este laudo hace referencia a algún medio probatorio o hecho en particular, lo hace atendiendo a su estrecha vinculación, trascendencia, utilidad y pertinencia que a criterio del Tribunal Arbitral tuviere respecto de la controversia materia de análisis.

El Tribunal Arbitral deja establecido que, una vez fijados los puntos controvertidos, se reserva el derecho a analizarlos en el orden que considere más conveniente. Asimismo, el Tribunal Arbitral deja indicado que, en el caso de llegar a la conclusión que a los efectos de resolver la presente controversia, careciese de objeto pronunciarse sobre alguno de los puntos controvertidos previamente establecidos, porque guardan vinculación con los puntos controvertidos resueltos, podrá omitir su pronunciamiento sobre aquellos expresando las razones de dicha omisión.

Asimismo, el Tribunal Arbitral deja constancia de que las premisas señaladas como puntos controvertidos son meramente referenciales, por lo que el Tribunal Arbitral podrá omitir, ajustar o interpretar dichas premisas a la luz de las respuestas dadas a

otros puntos, sin que el orden empleado o el ajuste, omisión o interpretación genere nulidad de ningún tipo.

2.3. DEL ANÁLISIS DE LAS PRETENSIONES Y PUNTOS CONTROVERTIDOS.-

Las pretensiones planteadas en la presente controversia, han sido fijadas en los puntos controvertidos sobre los cuales deberá emitir pronunciamiento este Tribunal Arbitral y, para efectos metodológicos, pueden combinarse en grupos asociados a materias de análisis homogéneas o similares, que serán discutidos para cada caso, de modo conjunto.

2.3.1. ANÁLISIS DE LA EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD

- A. Las excepciones son instrumentos legales con los que cuenta el demandado para realizar oposiciones de forma sobre la relación jurídica procesal, argumentando que existe un vicio en la misma, que provoque la terminación sumarísima del proceso.
- B. Por un lado, la excepción de caducidad, en el Perú, tiene como antecedente procesal judicial el Código Civil, artículo 2003°, por el cual la caducidad extingue el derecho sustantivo y la acción (judicial o arbitral) relacionada con éste.
- C. En otras palabras, si bien el derecho de acción y a la tutela jurisdiccional efectiva es reconocido ante cualquier instancia, es posible que dicho derecho haya caducado; sin embargo, como regla general, ello no opera automáticamente o de oficio, sino que la parte afectada deberá interponer la excepción de caducidad, para que la referida acción caduque efectivamente. El juez o árbitro no está obligado a declarar la caducidad de oficio.
- D. Ahora bien, un artículo complementario con el anterior es el 2004°, por el cual se indica que el plazo de caducidad debe ser expreso en una norma con rango de Ley, en este caso será la Ley de Contrataciones del Estado.

- E. En cuanto a la materia del presente caso, EL DEMANDADO deduce excepción de caducidad argumentando que el contrato suscrito entre las partes tenía un plazo para someter las controversias bajo los medios establecidos en el artículo 215° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
- F. De ello, afirma que, según la Cláusula Quinta del Contrato el plazo de ejecución era de 60 días calendarios, computados desde el día siguiente de entregada la orden de compra, por lo que deduce que los plazos para iniciar el arbitraje habrían vencido el 01 y 12 de setiembre de 2014. Por lo que concluye, haciendo referencia también a la Cláusula Vigésimo Primera, que si el demandante interpuso la vía arbitral el 12 de marzo de 2015, entonces lo hizo después de los 15 días hábiles previstos en la norma.
- G. Al respecto, una cuestión fundamental es determinar en qué fecha se inicia el cómputo del plazo de la citada controversia, tomando en cuenta que EL DEMANDADO considera que debería ser la fecha de la entrega de los bienes objeto de la orden de compra, lo cual, a criterio de este TRIBUNAL, sería aplicable en caso la controversia aludida sea en la entrega o no de los bienes.
- H. En dicho extremo, los artículos 2003° a 2007° del Código Civil no indican exactamente la fecha de inicio del cómputo de dicho plazo; sin embargo, otros artículos, tales como el 339°, 542°, 715°, 794°, 1444°, 1446°, 1453°, 1488° y otros del mismo cuerpo normativo, sugieren que dicho plazo se puede iniciar con: 1) el conocimiento de la causa o de los hechos, 2) la desaparición o término de un hecho 3) después de realizada alguna entrega de una cosa o documento (siendo aplicable este plazo para el receptor de la misma), 4) desde el nacimiento de un documento oficial (público), 5) la celebración del contrato, entre otros.
- I. Lo anterior, permite afirmar que la fecha de inicio del cómputo de un plazo de caducidad no es única, sino que depende de las circunstancias y el derecho alegado. No obstante, todas se relacionan con el derecho a la defensa, en el sentido que, una vez que una parte toma conocimiento de una cosa, hecho ó documento, puede existir un plazo de caducidad a ésta para que reclame lo que estime a su derecho. Dicho de

otro modo, el plazo en cuestión no alcanza a quien entrega la cosa, produce el hecho o entrega el documento, sino al que lo recibe, soporta o descubre.

- J. En este orden de ideas, asumiendo que un tenor específico ó infracontractual de la excepción de caducidad, corresponde evaluar si la obligación subyacente se encuentra o no extinguida, recordando que, entre otros, uno de los elementos para la extinción de la obligación es el pago, según lo previsto en los artículos 1120° y siguientes del Código Civil. O, incluso, si se trata de una controversia relativa al pago (por ejemplo, la inclusión de intereses al mismo) el punto de referencia para el inicio cómputo de dicho plazo sería el momento de pago.
- K. No obstante, según lo afirmado por las partes, el pago de los intereses relacionado con esta prestación, no se encontraría realizado, por lo que la controversia en este extremo aún persiste. Distinto sería en el caso que la entidad al recibir el bien, desee reclamar algo relacionado con dicha entrega, lo cual efectivamente ya habría caducado.
- L. En suma, la fecha de inicio del cómputo del plazo de caducidad aplicable al contratista inicia con el cumplimiento de la contraprestación a su favor, en este caso, el pago. De ello, si el contratista afirma que el importe recibido en realidad no es conforme a las normas de contrataciones, tendrá 15 días hábiles de recibido el pago, para reclamar lo que considere a su derecho, de acuerdo a lo establecido en el numeral 2. del artículo 52° de la Ley de Contrataciones con el Estado¹.
- M. Ahora bien, la solicitud de arbitraje se realizó el 12 de marzo de 2015, por lo que la controversia debió iniciarse a más tardar el 19 de febrero de 2015. Tal como puede observarse las fechas de recepción fueron en su gran mayoría posteriores al 19 de febrero de 2015, con lo cual no habría problemas de caducidad en el derecho.

¹ Así, la parte relevante de dicho artículo señala que: "Los procedimientos de conciliación y/o arbitraje deben solicitarse en cualquier momento anterior a la fecha de culminación del contrato. Para los casos específicos en los que la materia en controversia se refiera a nulidad de contrato, resolución de contrato, ampliación de plazo contractual, recepción y conformidad de la prestación, valorizaciones o metrados, liquidación del contrato y pago, se debe iniciar el respectivo procedimiento dentro del plazo de quince (15) días hábiles conforme lo señalado en el reglamento."

- N. Sin perjuicio de lo anterior, el único pago que efectivamente podría haber caducado es aquél recibido el 09 de enero de 2015, relativo a la orden de compra N° 4502138386.
- O. Aún más, en términos globales y como regla general, el plazo de caducidad se iniciará con la culminación del contrato, esto es la ejecución de todas las prestaciones, seguida del pago y de la liquidación aceptada por ambas partes.
- P. Por todo lo expuesto, corresponde declarar INFUNDADA la excepción de caducidad, en el extremo de las órdenes de compra N° 4502138381, 4502139793, 4502138393 y 4502138384; y FUNDADA en el extremo de la orden de compra N° 4502138386.

2.3.2. ANALISIS DE LA EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA.

- A. En el caso de la excepción de incompetencia, es necesario recordar que “[e]l tribunal arbitral tiene plenas atribuciones para iniciar y continuar con el trámite de las actuaciones arbitrales, decidir acerca de su propia competencia y dictar el laudo”²; en consecuencia, es competente “para conocer el fondo de la controversia y para decidir sobre cualesquiera cuestiones conexas y accesorias a ella que se promueva durante las actuaciones arbitrales, así como para dictar las reglas complementarias para la adecuada conducción y desarrollo de las mismas.”³
- B. Asimismo, no puede dejarse de mencionar que también es competente para evaluar su propia competencia, bajo el principio *Kompetenz Kompetenz*, recogido por la LNA en los siguientes términos:

“El Tribunal Arbitral es el único competente para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones u objeciones al arbitraje relativas a la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del convenio arbitral o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia. Se encuentran comprendidas en este ámbito las excepciones por prescripción, caducidad, cosa juzgada

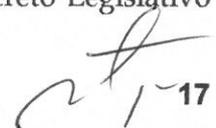
² Art. 3° numeral 3 del D. Leg. 1071.

³ Art. 40° del D. Leg. 1071.



y cualquier otra que tenga por objeto impedir la continuación de las actuaciones arbitrales.”

- C. Por el lado de la Ley de Contrataciones del Estado, se prevé dos regímenes de solución de controversias en materia de contrataciones con el Estado, durante el proceso de selección y durante la ejecución contractual. En puridad, una interpretación maliciosa podría pretender dejar en un vacío jurídico la etapa entre la adjudicación de la Buena Pro (fin del proceso de selección y el inicio de la obligación de contratar según el artículo 137° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.) y la etapa de la efectiva ejecución contractual. Este Tribunal Arbitral no considera este enfoque como válido pues no corresponde a una interpretación finalista de la norma, así como vulnera manifiestamente el principio de eficacia y otros de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.
- D. De este modo, en primer lugar, el artículo 40° de la Ley de Contrataciones del Estado indica que, si bien deberá incluirse obligatoriamente una cláusula de solución de controversias en un contrato con el Estado, *“en el caso que en las Bases o el contrato no se incluya la cláusula correspondiente, se entenderá incorporada de pleno derecho la cláusula modelo que establezca el Reglamento”*.
- E. En segundo lugar, el artículo 52° de la Ley de Contrataciones del Estado afirma claramente que no sólo son objeto de conciliación o arbitraje las controversias sobre nulidad o invalidez del contrato, sino también sobre la inexistencia o no del mismo.
- F. Así las cosas, las normas de contrataciones estatales impiden que exista una situación de vacío normativo en cuanto a la solución de controversias como la presente, que permita alejarse del mecanismo que por regla general se ha previsto: El Arbitraje.
- G. Sin perjuicio de lo anterior, es necesario precisar que no debe confundirse un potencial problema de competencia con uno de anulación de laudo *extrapetita*. Mientras que el primero es sumamente amplio debido a la gran extensión de materias susceptibles de arbitraje, según lo previsto en el artículo 40° del Decreto Legislativo

 17



que norma el arbitraje (Decreto Legislativo 1071°, adelante la LNA⁴), el segundo presupone la existencia de un estado de indefensión respecto de una pretensión no solicitada pero resuelta por el tribunal⁵.

- H. En cuanto al presente caso, el argumento de la demandada es que la pretensión relativa a las garantías (tercera pretensión) no fue incluida en la solicitud de arbitraje, por lo que el TRIBUNAL no sería competente, es decir, se centra en un mero formalismo.
- I. Considerando el *iter* del proceso arbitral, dicha afirmación ahora resulta insubsistente, considerando que la propuesta de puntos controvertidos del demandado (escrito s/n de fecha 19 de junio de 2016), esta misma propone que se introduzca una pretensión relativa al plazo de garantía.
- J. Por lo expuesto, resulta claro que existe una controversia respecto al plazo de la garantía, el cual ambas partes desean que se disminuya, aunque cada una con criterios o posiciones distintas sobre el mismo. Asimismo, en el transcurso del proceso arbitral, ambas partes han manifestado lo pertinente a su derecho.
- K. En ese sentido, en su excepción de incompetencia, el demandado no cuestiona *in extenso* si es que la controversia relativa al plazo de garantía es realmente una materia susceptible de arbitraje, es decir, si hace referencia a derechos disponibles o no, entre otros; por el contrario, se centra en el formalismo de que dicha controversia no estuvo incluida en la solicitud de arbitraje inicial (aunque después lo valida indirectamente), lo cual es un argumento distinto al de incompetencia, asimilable al recurso por laudo *extrapetita*.
- L. Considerando lo anterior, la materia del plazo de garantía es una derivada del contrato y ha sido objeto de alegación durante el presente arbitraje, en el cual las

⁴ "El tribunal arbitral es competente para conocer el fondo de la controversia y para decidir sobre cualesquiera cuestiones conexas y accesorias a ella que se promueva durante las actuaciones arbitrales, así como para dictar las reglas complementarias para la adecuada conducción y desarrollo de las mismas."

⁵ Artículo 63° Causales de Anulación.

(...)

d. Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias no sometidas a su decisión.



18



partes han manifestado lo conveniente a su derecho; por lo cual corresponde declarar INFUNDADA la presente excepción.

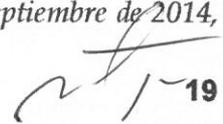
2.3.3. ANÁLISIS DEL TERCER, CUARTO Y QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO DE LA DEMANDA.-

A. Descripción de los puntos controvertidos.-

"Determinar si corresponde o no, declarar que no existe retraso injustificado en la entrega/recepción del Esterilizador correspondiente a la Orden de Compra N° 4502138393 emitida en el marco del Contrato N° 4600043418, por ser ESSALUD supuestamente responsable del atraso en la recepción de dicho equipo, disponiendo que como consecuencia de ello quede sin efecto la aplicación de la penalidad de S/. 25,500.00 Soles que dicha entidad dedujo en su nota de débito N° 013-0015769, suma que deberá reembolsar dentro de los quince (15) días calendarios de notificado el Laudo."

"En caso, se declarase fundada la pretensión indicada en el numeral precedente, determinar si corresponde o no, que dentro de los quince (15) días calendarios de notificado el Laudo ESSALUD pague a la empresa AHSECO PERÚ S.A. por concepto de lucro cesante la suma equivalente a US\$ 1,429.68 Dólares Americanos, la cual a la fecha asciende a S/. 4,849.47 Soles considerando el tipo de cambio venta de la fecha de presentación de la demanda publicado por la SBS, resultando este monto demandado de la diferencia entre los US\$ 8,947.37 Dólares Americanos a que equivalían los ya referidos S/. 25,500.00 Soles deducidos como penalidad considerando el tipo de cambio venta de la SBS vigente en la fecha en que esa suma debió pagarse (2.85) y los US\$ 7,517.69 Dólares Americanos que resultan de convertir a dólares la misma suma deducida, aplicando el tipo de cambio venta de la SBS el día de presentación de la demanda (3.392). "

"En caso, se declarase infundada la pretensión indicada en el numeral precedente, determinar si corresponde o no, que dentro de los quince (15) días calendarios de notificado el Laudo ESSALUD pague a la empresa AHSECO PERÚ S.A. los respectivos intereses legales sobre los S/. 25,500.00 Soles deducidos, computados desde la fecha en que debió pagar el indicado monto conjuntamente con el resto del precio del equipo, es decir el 08 de septiembre de 2014,

 19



hasta la fecha en que la entidad reembolse al contratista el monto indebidamente deducido, pretensión cuyo monto deberá ser determinado en la liquidación a efectuar en ejecución del laudo que la amparase, de ser el caso.”

B. Posición del Tribunal Arbitral.-

1) De la penalidad aplicada.-

- 
- a. Tal como puede apreciarse, los puntos controvertidos quinto y sexto dependen del cuarto, el cual hace referencia a la aplicación de una penalidad realizada por la entidad en razón de un atraso en la recepción de un equipo.
 - b. Uno de los principales argumentos del demandante, es que en realidad la entidad habría otorgado ampliación de plazo para la entrega, instalación y prueba operativa de los equipos contratados. Aunque, para el caso específico de la Orden de Compra 4502138393, la ampliación de plazo fue menor a lo solicitado, es decir hasta el 25 de noviembre de 2014 y no hasta el 12 de enero de 2016. Dicha orden de compra es aquella que es objeto de controversia.
 - c. En cuanto a las penalidades, las partes acordaron su pertinencia en la Cláusula Duodécima del Contrato, precisando que son aplicables para el retraso injustificado y proporcional al número de días del mismo. Al respecto, debe notarse que no todo retraso es *per se* injustificado, máxime si han pactado una forma de justificar el mismo, en el último párrafo del citado artículo, aunque de manera genérica.
 - d. Ahora bien, una causa importante de justificación en el retraso en la entrega de un bien es, por ejemplo, la falta al deber de colaboración por parte del acreedor, también conocido como “mora del acreedor” prevista en el artículo 1338° del Código Civil, la cual es indemnizable conforme al artículo 1339° del mismo cuerpo normativo.
- 

- e. En el caso concreto, este colegiado aprecia que la conducta de la Entidad ha influido en la demora para el cumplimiento de la presentación, así tenemos, que la Entidad, al momento de imponer la penalidad, no ha tenido en consideración el cambio el lugar de destino del Esterilizador, lo cual influyó en la demora imputada al Contratista, precisándose que, sobre este extremo, la Entidad no ha emitido pronunciamiento negando lo señalado.
- f. En este sentido, de acuerdo con los argumentos del demandante, su retraso justamente se habría debido al retraso de la entidad y/o la falta de colaboración de la entidad para que éste pudiera cumplir con su prestación. En dicho extremo, la entidad considera que responde esencialmente que el plazo máximo era el 25 de noviembre y que citó lo indicado por el Jefe de la Oficina de Administración referido a que el retraso se debió al proveedor (contratista).
- g. Dicho de otro modo, la Entidad no responde específicamente a los hechos imputados por el contratista, sino que se limita a citar una afirmación sin mayor sustento expresada por el Jefe de la Oficina de Administración, por lo que no estaría existiendo una oposición o negación de los hechos que se le imputan, máxime si existe alegaciones de demora en el caso de las demás órdenes de compra. Por el contrario, el resto de su defensa es principalmente de tipo legal, sobre las formalidades que debería seguir un procedimiento de ampliación de plazo contractual.
- h. Bajo esa línea, la demandada no ha presentado argumentos ni documentos adicionales que permitan generar convicción a este Tribunal de que efectivamente no incumplió con su deber de colaboración en la entrega de los equipos y el acto de recepción.
- i. En dicho orden de ideas, tomando en cuenta que los actos administrativos de las entidades públicas requieren cumplir con los requisitos de validez en el contenido, objeto y la motivación, según el artículo 3° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, la falta de

consideración de estos hechos en la decisión de no ampliar el plazo a la referida orden de compra, provoca un vicio en la validez del referido acto.

- j. Por lo expuesto, corresponde declarar FUNDADA la pretensión asociada al cuarto punto controvertido; en consecuencia, se declara que no procede la penalidad estipulada en el contrato, por no haberse acreditado que el retraso en cuestión no estuvo justificado.

2) De los efectos de la inaplicación de la penalidad.-

- a. Como consecuencia de ello, existen dos pretensiones derivadas de la presente pretensión principal: 1) Una pretensión accesoria y 2) una pretensión subordinada a dicha pretensión accesoria. Ambas gozan de una relación de mutua exclusión, con la precisión de que si la primera se declara fundada, la segunda resulta automáticamente insubsistente, mientras que si la primera se declara infundada, corresponde evaluar si la segunda es o no es fundada.
- b. En este caso, se comenzará por la pretensión accesoria a la pretensión principal, referida al lucro cesante derivado de la pérdida por diferencia de cambio como consecuencia de la privación de los S/. 25,500 soles, para lo cual primero se debe revisar los alcances de dicho concepto dañoso y su precisión ó diferencia frente a otros, según la doctrina jurídica.
- c. De acuerdo con ESPINOZA, *"los elementos constitutivos de la responsabilidad civil, tanto la derivada del incumplimiento de las obligaciones, como la denominada extracontractual o aquiliana son la imputabilidad, la ilicitud ó antijuricidad, el factor de atribución, el nexo causal y el daño"*⁶, aunque no necesariamente todos se encuentren en cada caso concretos, o por lo menos, se observen en dicho orden.
- d. Considerando que en el punto controvertido anterior ya se demostró la existencia de una conducta antijurídica (la penalidad indebidamente aplicada),

⁶ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Derecho de la Responsabilidad Civil. Editorial Rhodas, Lima, 2013. p. 89

corresponde determinar, por lo menos la existencia de un daño y, verificar el nexo causal.

- e. En efecto, respecto al análisis de la imputabilidad y el factor de atribución, los mismos quedan acreditados por cuanto ambas partes son plenamente capaces de imputación y el factor de atribución es eminentemente objetivo.
- f. Sobre la determinación del daño, DE TRAZEGNIES⁷ afirma que el principio aplicable es el de *restitutio in integrum*, es decir que la víctima debe ser resarcida por todo el daño que se le ha causado, también conocido como reparación plena o integral, según ORGAZ⁸.
- g. Ahora bien, en el presente caso, se está haciendo mención a un daño por *lucrum cessans* (lucro cesante), derivado en el número de días que se le privó indebidamente al demandante de una suma de dinero, que en términos de DE TRAZEGNIES representa "*aquello que ha sido o será dejado de ganar a causa del acto dañino*"⁹.
- h. Si bien esta definición parece bastante clara, y que *in claris non fit interpretatio*, lo cierto es que suele existir una confusión entre los operadores del Derecho, respecto de la diferencia entre daño emergente y lucro cesante. Asimismo, algunos operadores del Derecho confunden el lucro cesante y suma debida, o saldo pendiente de pago.
- i. En el mismo sentido, DE TRAZEGNIES precisa que "*mientras en el daño emergente hay empobrecimiento, en el lucro cesante hay un impedimento a que me enriquezca legítimamente*"¹⁰, y agrega, citando a ADRIANO DE CUPIS, que "*el daño emergente afecta un bien o un interés actual, que ya corresponde a la persona en*

⁷ DE TRAZEGNIES, Fernando. La Responsabilidad Extracontractual. Fondo Editorial PUCP, Lima, 2005. P. 16.

⁸ ORGAZ, Alfredo. El daño resarcible. Actos Ilícitos. 3ra Ed. Ediciones de Palma. Buenos Aires, 1967. p. 120.

⁹ DE TRAZEGNIES, Fernando. La Responsabilidad Extracontractual. Fondo Editorial PUCP, Lima, 2005. P. 37.

¹⁰ DE TRAZEGNIES, Fernando. Ibidem.

el instante del daño; en cambio, el lucro cesante afecta un bien o interés que todavía no es de la persona al momento del daño”¹¹

- j. Sin perjuicio de lo anterior, DE TRAZEGNIES insiste que, en cualquier caso, la condición esencial es que *“el daño debe ser cierto: no son reparables las ganancias hipotéticas, sino aquellas que se producirán con toda certidumbre, que inevitablemente se dejarán de percibir como consecuencia del año dañino.”¹²*, aunque ello, no siempre es una tarea sencilla.
- k. Con respecto al *quantum* indemnizatorio, los US\$ 1,429.68 equivalente a S/. 4,849.47 (a la fecha de presentación de la contestación) responden al valor de la pérdida por diferencia de cambio, de los S/. 25,500 retenidos como penalidad, entre la fecha que dicha suma debió ser pagada (fecha de pago de la orden de compra correspondiente) y la fecha de presentación de la contestación de la demanda.
- l. Sobre el particular, resulta extraño para el TRIBUNAL, que el demandante se encuentre demandando sumas de dinero en moneda extranjera y no en moneda nacional, máxime si el contrato suscrito es en nuevos soles y que el Código Civil dispone la inexigibilidad de pago en moneda distinta a la del contrato.
- m. Sin perjuicio de lo anterior, en caso en el contrato se pacte en moneda extranjera, es posible aplicar la protección a cualquier pérdida por diferencia de cambio, mediante la Teoría Valorista (Artículo 1235° del Código Civil); no obstante, dicho artículo no resulta aplicable en este caso, debido a la falta de pacto.
- n. No obstante, el artículo 1236° del mismo cuerpo normativo sugiere que en caso se determine la restitución del valor de una prestación (en este caso, una

¹¹ DE TRAZEGNIES, Fernando. Ibidem. En este punto, el autor precisa que no necesariamente la temporalidad, pasado-presente-futuro sirve para indicar cuál daño es de tipo emergente y cuál otro es un lucro cesante.

¹² DE TRAZEGNIES, Fernando. Ibidem.

penalidad indebida), entonces sí se puede calcular el que tenga el día de pago, salvo disposición legal distinta o pacto en contrario.

- o. Ahora bien, una cuestión fundamental es saber si realmente es pertinente realizar conversiones de tipo de cambio por una suma ya pactada en soles como mecanismo para preservar el valor del dinero, cuyos efectos cancelatorios son exclusivamente en moneda nacional; o bien, por el contrario, indexaciones por precios, según los índices de reajustes del Banco Central de Reserva.
- p. A criterio de este TRIBUNAL, si la suma retenida (o descontada) fue en soles, la restitución debe hacerse en dicha moneda nacional y, en caso corresponda, una valorización aplicable a dicha moneda, esto es, una indexación según los índices previstos por el Banco Central de Reserva.
- q. No corresponde, entonces, la restitución del importe en otra moneda, ni la restitución complementaria de la pérdida por diferencia de cambio, por cuanto dicho importe (S/. 25,500) no fue retenido en moneda extranjera sino en moneda nacional.
- r. Además de ello, en caso hubiere procedido dicha restitución, ésta se trataría de un daño emergente y no de un lucro cesante; a menos que el contratista se dedique a las actividades financieras o similares, en las cuales el tipo de cambio pueda ser un elemento relevante.
- s. Si bien existe un costo de oportunidad de no contar con el dinero, este no tiene por qué necesariamente computarse en términos de una moneda extranjera, sino, como perfectamente lo permite el Código Civil, puede valorarse en términos de la moneda nacional más un índice de reajuste.
- t. A mayor abundamiento, el contratista debió haber precisado con claridad qué hubiera podido hacer el contratista (acreedor) con dicha suma de dinero, y tuvo que dejar de hacerlo por culpa de dicho retraso en el pago; así como,

cómo esto afectó realmente su procedimiento de importación de los bienes, considerando que dicho importe asciende solamente al 10% del valor de uno de los equipos objeto de controversia, por lo que no necesariamente afecta la estructura de costos del proceso de importación.

- u. De ello, no existiendo argumento valorista de contradicción en este extremo expresados por el contratista, por lo que NO CORRESPONDE DECLARAR FUNDADA la pretensión accesoria a la segunda pretensión principal.

3) Intereses legales por el importe retenido por concepto de penalidad.-

- a. En primer lugar, es necesario indicar que la entidad no ha precisado *in extenso* su posición sobre el particular, sin perjuicio de ello, se puede apreciar que dicha parte se ampara esencialmente en que la penalidad fue aplicada en forma debida.
- b. Ahora bien, si bien se ha rechazado el argumento relacionado con la indemnización por pérdida por diferencia de cambio, es necesario traer a colación que otro mecanismo para preservar el valor del pago de sumas de dinero es mediante la aplicación de intereses a dicho importe, el cual también es un efecto de las obligaciones, contenido en el artículo 1242° y siguientes del Código Civil.
- c. En particular, el artículo 1246° indica que *"si no se ha convenido el interés moratorio, el deudor sólo está obligado a pagar por causa de mora el interés compensatorio pactado, y en su defecto, el interés legal"*. Empero, debe precisarse que dicho artículo es aplicable en caso de mora del deudor.
- d. Dicho de otro modo, la obligación de devolución de la penalidad, si bien implica una restitución, no está sujeta a un plazo fuera del cual éste devenga en moratorio, asimismo, tampoco se tiene previsto en este caso, la intimación en mora, del artículo 1333° del Código Civil.



26



- e. Sin embargo, lo anterior no impide que exista una indemnización por la demora en la devolución de dicho importe, por lo cual sí resultaría aplicable el artículo 1246° del Código Civil, así como el artículo 1324° del mismo cuerpo normativo aplicable a la inejecución de obligaciones dinerarias.
- f. Y a mayor abundamiento, el artículo 48° de la Ley de Contrataciones del Estado y 181° de su Reglamento, prevé justamente el pago de intereses en caso de retrasos en el pago a cargo de la Entidad. Este sería entonces el mecanismo correcto.
- g. Sin perjuicio de lo anterior, resulta importante determinar si efectivamente existió una demora en el pago y, de ser así, si es que fue provocado por un caso fortuito o fuerza mayor, las cuales son las únicas razones por las cuales la entidad no podría estar obligada al pago de intereses.
- h. En cuanto a la demora en el pago, la entidad reconoce en su escrito de demanda que efectivamente existió, pero ello se debió a las ampliaciones de plazo otorgadas al contratista, por lo que considera que no se deben aplicar los intereses del artículo 177° y 181° del Reglamento de la Ley Contrataciones del Estado, amparados en el artículo 48° de la Ley de Contrataciones del Estado.
- i. No obstante, una lectura atenta a los referidos artículos permite afirmar que la regla general es la aplicación de los intereses en casos de retrasos en el pago, y que sólo por excepción, en casos de fuerza mayor o caso fortuito, no procederían dichos intereses, situaciones que deben ser debidamente indicadas y sustentadas, algo que no ha sido expresado en este caso.
- j. En otras palabras, la norma antes descrita permite perfectamente que las partes convengan, por ejemplo mediante una ampliación de plazo, que el pago se realice posteriormente a lo inicialmente pactado, pero ello no es razón suficiente para que no se apliquen los intereses por esa demora; salvo que se constituya fuerza mayor o caso fortuito debidamente comprobados.

- k. Así las cosas, este colegiado considera que la entidad no ha demostrado que haya existido una fuerza mayor o caso fortuito que haya generado que se retrase el pago, en particular, en los retrasos en las actas de recepción.
- l. En cuanto a la causalidad, debe recordarse que si bien un retraso en el acta de recepción no es precisamente un retraso en el pago, ello no quiere decir que no provoque o no tenga consecuencias directas en el pago, máxime si las entidades se encuentran sujetas a un plazo máximo para la recepción de 10 (diez) días y 15 (quince) días adicionales para realizar el pago, según lo prevé el artículo 181° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
- m. En conclusión, debe declararse FUNDADA la devolución de la suma de S/. 25,500.
- n. Ahora bien, respecto a los intereses, corresponde determinar si los montos reclamados devengan los correspondientes intereses; y, de ser así, la tasa aplicable y el momento a partir del cual deben ser calculados.
- o. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 1324° del Código Civil, las obligaciones dinerarias devengan el interés legal que fija el Banco Central de Reserva desde que el deudor incurre en mora.

“Artículo 1324°.- Las obligaciones de dar sumas de dinero devengan el interés legal que fija el Banco Central de Reserva del Perú, desde el día en que el deudor incurra en mora, sin necesidad de que el acreedor pruebe haber sufrido daño alguno. Si antes de la mora se debían intereses mayores, ellos continuarán devengándose después del día de la mora, con la calidad de intereses moratorios.

Si se hubiese estipulado la indemnización del daño ulterior, corresponde al acreedor que demuestre haberlo sufrido el respectivo resarcimiento”.

- p. En consecuencia, en opinión del Tribunal, los intereses que se devenguen por los montos materia de reclamo, califican como intereses legales moratorios, pues los mismos constituyen el resarcimiento a que tiene derecho el demandante de un importe dinerario por no tener dicho capital a tiempo.

- q. En tal sentido, los intereses moratorios constituyen una especie del género referente a los daños moratorios derivados del incumplimiento de deudas dinerarias. Ahora bien, no existiendo un pacto sobre la tasa de interés aplicable, corresponde aplicar el interés legal, los cuales deberán calcularse en ejecución de laudo, conforme a lo peticionado por el Contratista.

2.3.4. ANÁLISIS DEL PRIMER Y SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO DE LA DEMANDA.-

A. Descripción del punto controvertido.-

"Determinar si procede o no, que ESSALUD le pague a la empresa AHSECO PERÚ S.A. la suma de US\$68,716.44 Dólares Americanos, la cual ha sido determinada considerando la diferencia de cambio entre la fecha en que la entidad debió cancelar los cinco esterilizadores correspondientes a las órdenes de compra y la fecha en que realmente se hizo el pago, suma que a la fecha asciende a S/.233,086.20 Soles en calidad de lucro cesante por la demora injustificada en la recepción y pago de los Esterilizadores correspondientes a sus órdenes de compra N° 4502138381, N° 4502138384, N° 4502138386, N° 4502138393 y N° 4502139793, emitidas en el marco del Contrato N° 4600043418."

"En caso, se declarase infundada la pretensión indicada en el numeral precedente, determinar si corresponde o no, que ESSALUD pague a la empresa AHSECO PERÚ S.A., a más tardar dentro de los quince días calendarios siguientes a la notificación del respectivo laudo, los intereses legales correspondientes al periodo de demora en el pago de cada uno de los Esterilizadores, computados sobre el precio total de cada equipo desde la fecha en que debió realizarse esos pagos hasta la fecha en que cumplió la obligación, suma que se solicita sea liquidada en ejecución del laudo que ampare esta pretensión, de ser el caso."

B. Posición de El Tribunal Arbitral.-

- 1) La pretensión asociada a este punto controvertido recae en la obligación de compensar el valor perdido por la demora en el pago de cada uno de los bienes objeto del contrato.
- 2) Al igual que las pretensiones anteriores, el demandante solicita que se tome en consideración el tipo de cambio, describiendo las razones por las cuales considera que efectivamente debería usarse dicho método.
- 3) No obstante, lo anterior, el demandante deja claro que el objetivo es resarcir el daño generado a la contratista.
- 4) Ahora bien, de una revisión del Contrato, se puede apreciar que en el mismo, las partes habían pactado un remedio en el caso que exista una demora en el pago, como se puede apreciar a continuación:

En caso de retraso en el pago, EL CONTRATISTA tendrá derecho al pago de intereses conforme a lo establecido en el artículo 48° de la Ley de Contrataciones del Estado, contado desde la oportunidad en el que el pago debió efectuarse.

- 5) En ese sentido, tal como se puede apreciar de una revisión de la cláusula cuarta antes señalada, en caso exista un atraso en el pago, las partes han pactado el pago de intereses, motivo por el cual, el Tribunal Arbitral no puede amparar su pretensión pues, además de ir en contra de lo pactado entre las partes, implicaría un doble pago. Motivo por el cual, no se puede amparar la pretensión asociada al tipo de cambio y si la relacionada con el pago de intereses.
- 6) Ahora bien, respecto al cálculo de los intereses, se deberá estar a lo resuelto en el punto precedente, en el cual se señala que los intereses que se devenguen por los montos materia de reclamo, califican como intereses legales moratorios, pues los mismos constituyen el resarcimiento a que tiene derecho el demandante de un importe dinerario por no tener dicho capital a tiempo.

- 7) Por lo expuesto, corresponde declarar INFUNDADA la pretensión asociada a la aplicación del tipo de cambio, y FUNDADA la aplicación de intereses legales por los días de retraso en el pago de las obligaciones antes descritas, los cuales deberán calcularse en ejecución de laudo.

2.3.5. ANÁLISIS DEL SEXTO PUNTO CONTROVERTIDO DE LA DEMANDA.-

A. Descripción del punto controvertido.-

“Determinar si corresponde o no, declarar que el plazo de garantía de sesenta meses pactado para los cinco esterilizadores correspondientes al Contrato N° 4600043418, se disminuya el respectivo lapso de demora en la recepción formal del equipo, conforme al cuadro de detalle que se encuentra en la demanda como Anexo 1 - B.”

B. Posición de El Tribunal Arbitral.-

- 1) Si bien en la excepción de caducidad, la cual es una defensa de forma sin poder llegar al fondo del asunto, se determinó que ambas partes quisieron tratar el presente punto controvertido y manifestaron lo conveniente a su derecho, ello no quiere decir que éste sea automáticamente procedente y susceptible de ser declarado fundado o infundado por el Tribunal Arbitral.
- 2) En efecto, al entrar al fondo del asunto, lo que las partes discuten es sobre si se puede modificar el contrato dentro de los términos solicitados por el demandante: Mientras que la demandada dice que no es posible, el demandante alega que sí. Sin embargo, este TRIBUNAL debe hacer algunas precisiones.
- 3) Ahora bien, conviene precisar que el plazo de los sesenta (60) meses por concepto de garantía es uno que tiene una fecha de término determinable y no determinada, esto es, que dicha fecha depende de la fecha de recepción. Así, en principio, si la recepción se retrasa, también debería retrasarse la fecha de término de la garantía.

- 4) No obstante ello, es necesario tener presente que esta fórmula contractual presupone que la fecha de entrega y la fecha de recepción son las mismas o están muy cercanas las unas con las otras, lo cual no es el caso.
- 5) Entonces surge la pregunta si el Tribunal Arbitral puede modificar el contrato tomando en cuenta que la cláusula referida indica expresamente que las partes acordaron que la fecha de inicio de cómputo del plazo de garantía sería la fecha de recepción del equipo, señalada en el Acta de Recepción, Instalación y Prueba Operativa del Equipo.
- 6) Al respecto, un aspecto fundamental que el Tribunal Arbitral tiene en consideración es que, no sólo la recepción formal de los bienes dependían de la Entidad, sino que dicha parte se demoró injustificadamente para recibir los mismos.
- 7) En ese sentido, si el Tribunal Arbitral ampararía la defensa de la Entidad sobre este punto controvertido, se puede llegar a la situación absurda de que la Entidad se niegue de recibir los bienes durante varios años, con lo cual, el plazo de garantía nunca iniciaría, lo cual constituye un ejercicio abusivo del derecho.
- 8) Al respecto, el artículo 103° de la Constitución Política del Estado señala que:

"(...) La Ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos. (...)

La Constitución no ampara el abuso del derecho. (Resaltado agregado)

- 9) En esa línea, Fernández Sessarego señala que:

*"Al situarse el problema del abuso del derecho dentro del marco de la situación jurídica subjetiva es recién posible comprender, a plenitud, cómo el acto abusivo significa **trascender el límite de lo lícito** para ingresar al*

ámbito de lo ilícito al haberse transgredido una fundamental norma de convivencia social, nada menos que un principio general del derecho dentro del que se aloja el genérico deber de no perjudicar el interés ajeno en el ámbito del ejercicio o del no uso de un derecho patrimonial. Se trata, por cierto, de una ilicitud sui generis, lo que permite considerar al abuso del derecho como una figura autónoma que desborda el campo de la responsabilidad para ingresar en el de la Teoría General del Derecho.”¹³
(Resaltado agregado)

10) Asimismo, este colegiado considera que:

"(...) los derechos no se pueden ejercer de cualquier forma sino que debe ejercerse con prudencia, sin causar daños injustos, respetando los fines para los que fue concebido. La visión de los derechos como algo absoluto propia de la revolución francesa o la visión meramente formal del derecho pierde vigencia y, en su lugar, se prioriza la vigencia de intereses sociales serios (...) Se pasa a asumir que el derecho es algo más que forma y responde a un fin que se debe acatar en su ejercicio (...) Como ya dijimos se asume que éste es algo más que las meras formas y que se debe considerar los fines y valores que justifican su razón de ser." (Resaltado agregado)

11) En ese sentido, sostener que corresponde declarar que la garantía aplicaría a partir de la fecha de recepción, la cual ha sido posterior a la inicialmente calculada, la cual dependía del actuar de la Entidad y que se vio modificada debido justamente por culpa del acreedor, implicaría validar un ejercicio abusivo de su posición dominante en el Contrato, situación que se encuentra proscrita en nuestro ordenamiento legal.

12) Así tenemos que, en los hechos, por cada entrega de equipo, la Entidad se demoró en la recepción de los mismos, incurriéndose en una demora de 112 a 461 días, dependiendo del equipo y el lugar donde debía efectuarse la entrega.

¹³ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *El abuso del derecho*. En: FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Tratado de Derecho Civil*. Lima: Universidad de Lima, 1990, tomo I, pp. 139-140.

- 13) En el caso concreto, para la Orden de Compra N° 4502138381, la Entidad incurrió en 335 días de atraso en la recepción del equipo, para la Orden de Compra N° 4502138384, la Entidad incurrió en 329 días de atraso en la recepción del equipo, para la Orden de Compra N° 4502138386, la Entidad incurrió en 112 días de atraso en la recepción del equipo, para la Orden de Compra N° 4502138393, la Entidad incurrió en 157 días de atraso en la recepción del equipo y para la Orden de Compra N° 4502139793, la Entidad incurrió en 461 días de atraso en la recepción del equipo.
- 14) En ese sentido, los días de atraso señalados en el párrafo anterior deberían ser reducidos del plazo de los sesenta (60) meses establecidos por concepto de garantía, con la finalidad de evitar ejercicio abusivo de la posición dominante de la Entidad en el Contrato.
- 15) Por todo lo expuesto, debe declararse FUNDADA la pretensión en este extremo.

2.3.6. COSTAS Y COSTOS DEL PROCESO-

A. Posición del Tribunal Arbitral.-

- 1) Sobre este punto, es necesario tener presente que en cuanto a las costas y costos, los artículos 56°, 69°, 70° y 73° de la Ley de Arbitraje, Decreto Legislativo N° 1071, disponen que los árbitros se pronunciarán en el Laudo sobre los costos del arbitraje, teniendo presente, de ser el caso, lo pactado en el convenio arbitral.
- 2) Por lo tanto, dispóngase que las partes asuman cada una el pago de la mitad de los gastos arbitrales decretados en este arbitraje así como los costos y costas en que incurrieron o debieron incurrir como consecuencia del presente proceso arbitral.

III. PARTE RESOLUTIVA.-

Estando a las consideraciones expuestas, dentro del plazo correspondiente, El TRIBUNAL ARBITRAL, **RESUELVE:**

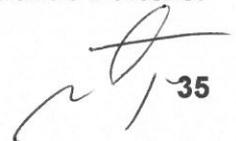
PRIMERO.- DECLARAR FUNDADA la excepción de caducidad respecto a la Orden de Compra N° 4502138386 e **INFUNDADA** en el extremo de las órdenes de compra N° 4502138381, 4502139793, 450213839, de acuerdo con lo expuesto en la parte pertinente del presente Laudo Arbitral de Derecho.

SEGUNDO.- DECLARAR INFUNDADA la excepción de incompetencia, por los fundamentos expuestos en la parte considerativas del laudo, de acuerdo con lo expuesto en la parte pertinente del presente Laudo Arbitral de Derecho.

TERCERO.- DECLARAR INFUNDADA la primera pretensión principal de la demanda, de acuerdo con los fundamentos expuestos en la parte considerativa del presente Laudo Arbitral de Derecho.

CUARTO.- DECLARAR FUNDADA la pretensión subordinada a la primera pretensión principal de la demanda, en consecuencia, corresponde que ESSALUD pague a AHSECO los intereses legales correspondientes al período de demora en el pago de cada uno de los Esterilizadores, a excepción de la Orden de Compra N° 4502138386, los cuales deberán calcularse en moneda nacional y en ejecución de laudo, conforme a lo petitionado por el Contratista.

QUINTO.- DECLARAR FUNDADA la segunda pretensión principal, en consecuencia, corresponde declarar que existió un retraso injustificado en la entrega/recepción del Esterilizador correspondiente a la Orden de Compra N° 4502138393 emitida en el marco del Contrato N° 4600043418, y como consecuencia de ello queda sin efecto la aplicación de la penalidad de S/. 25,500.00 Soles que dicha entidad dedujo en su nota de débito N° 013-0015769, suma que deberá reembolsar dentro de los quince (15) días calendarios de notificado el Laudo Arbitral de Derecho.

 35

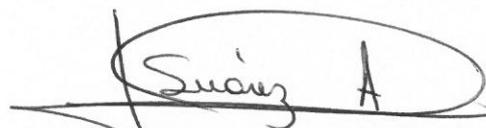


SEXTO.- DECLARAR INFUNDADA la pretensión accesoria a la segunda pretensión principal; de acuerdo con los fundamentos expuestos en la parte considerativa del presente Laudo Arbitral de Derecho.

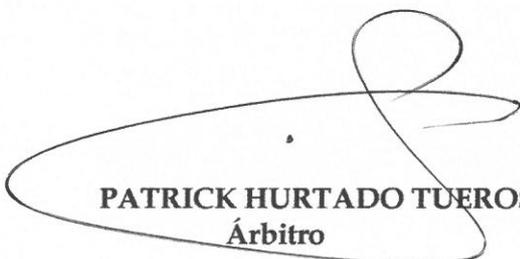
SÉTIMO.- DECLARAR FUNDADA la pretensión subordinada a la pretensión accesoria a la segunda pretensión principal; en consecuencia, páguese los intereses legales por los S/. 25,500 indebidamente retenidos por la entidad como consecuencia de la aplicación de la penalidad, los cuales deberán calcularse en ejecución de laudo, conforme a lo peticionado por el Contratista.

OCTAVO.- DECLARAR FUNDADA la tercera pretensión principal; en consecuencia, corresponde declarar que el plazo de garantía de sesenta meses pactado para los cinco esterilizadores correspondientes al Contrato N° 4600043418, se disminuya el respectivo lapso de demora en la recepción formal del equipo.

NOVENO.- DECLARAR que los costos y gastos del presente proceso arbitral serán asumidos tanto por AMERICAN HOSPITAL SCIENTIFIC EQUIPMENT COMPANY DEL PERU S.A y el SEGURO SOCIAL DEL PERÚ en partes iguales.



LORENA SUÁREZ ALVARADO
Presidente del Tribunal



PATRICK HURTADO TUEROS
Árbitro



OSCAR EDUARDO MONTOYA ARENAS
Árbitro