

**Tribunal Arbitral**

Miguel Angel Santa Cruz Vital (Presidente)  
Sergio Antonio Calderón Rossi (Árbitro)  
Luis Álvaro Zúñiga León (Árbitro)

**LAUDO ARBITRAL DE DERECHO DICTADO EN EL ARBITRAJE SEGUIDO POR LA EMPRESA HANAI S.R.L. CONTRA EL SEGURO SOCIAL DE SALUD - ESSALUD, ANTE EL TRIBUNAL ARBITRAL CONFORMADO POR EL ABOGADO MIGUEL ÁNGEL SANTA CRUZ VITAL, EN CALIDAD DE PRESIDENTE Y LOS ABOGADOS, SERGIO ANTONIO CALDERÓN ROSSI Y LUIS ÁLVARO ZÚÑIGA LEÓN, EN CALIDAD DE ÁRBITROS.**

Resolución N° 33  
Lima, 17 de abril de 2019

**VISTOS:**

**I. LAS PARTES, EL CONTRATO Y LA EXISTENCIA DE UN CONVENIO ARBITRAL**

1. El 21 de mayo de 2014, la empresa HANAI S.R.L. (en adelante, HANAI o DEMANDANTE) y el Seguro Social de Salud - EsSalud (en adelante ESSALUD o DEMANDADO), suscribieron el Contrato N° 4600043735, para el suministro de medicamentos para las Redes Asistenciales de EsSalud por un período de doce (12) meses (en adelante, CONTRATO), por el monto de S/200 495.83 (Doscientos mil cuatrocientos noventa y cinco con 83/100 Soles).
2. De acuerdo a la cláusula trigésima tercera del CONTRATO, las partes decidieron que cualquier conflicto surgido desde su celebración se resolvería mediante arbitraje ad hoc, nacional y de Derecho.

**II. INSTALACIÓN DEL ARBITRAJE**

3. Con fecha 7 de diciembre de 2016 se llevó a cabo la Audiencia de Instalación, oportunidad en la que el Tribunal Arbitral declaró haber sido debidamente designado, de conformidad al convenio arbitral y a lo dispuesto en el Decreto Legislativo N° 1071, ratificando su aceptación al cargo y señalando que no tenía ninguna incompatibilidad ni compromiso alguno con las partes.
4. Considerando la fecha de convocatoria del proceso de selección, de la cual se deriva el CONTRATO, se estableció que la norma aplicable es la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo N° 1017 y modificada por Ley N° 29873 (en adelante, LEY) y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF y modificado por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF (en adelante, REGLAMENTO). Así como las disposiciones aplicables al

**Laudo de derecho**

Expediente N° 067-2016/MARCPERU/ADM/EPL

Caso Arbitral: HANAI S.R.L. - SEGURO SOCIAL DE SALUD ESSALUD

**Tribunal Arbitral**

Miguel Angel Santa Cruz Vital (Presidente)

Sergio Antonio Calderón Rossi (Árbitro)

Luis Álvaro Zúñiga León (Árbitro)

derecho público y al derecho privado, como también la aplicación del Decreto Legislativo N° 1071 (en adelante, LEY DE ARBITRAJE), que se realizará de manera supletoria y siempre que no se oponga a lo establecido en la LEY y el REGLAMENTO.

**III. DE LA DEMANDA ARBITRAL**

5. Con fecha 29 de diciembre de 2016, el DEMANDANTE presentó el escrito de sumilla "Demanda Arbitral" exponiendo lo siguiente:

**III.1 Pretensiones**

- **Primera pretensión principal.-** Que se declare, de conformidad con el artículo 169° y 170° del REGLAMENTO que ESSALUD cumpla con devolver a HANAI, como efecto jurídico de la Resolución del CONTRATO que a la fecha ha quedado consentida por ESSALUD, las siguientes cartas fianzas:
  - Carta Fianza N° 0011-0362-9800166957-15 por S/. 228,298.25.
  - Carta Fianza N° 0011-0362-9800166892-14 por S/. 20,049.58
- **Segunda pretensión principal.-** Que los gastos arbitrales sean cubiertos por ESSALUD en su integridad.

**III.2 Fundamentos de hecho**

6. Respecto al CONTRATO, el DEMANDANTE refiere que el mismo consistía en el suministro del producto Hidroxietil Almidón 6% x 500 ml. (marca Tetrahes 6% x 500ml) por el valor ascendente a S/ 200,495.80 (Doscientos mil cuatrocientos noventa y cinco con 80/100 Soles).

**III.2.1 De la ejecución contractual**

7. El DEMANDANTE sostiene que según el cuadro de distribución, anexo al CONTRATO, las entregas debieron realizarse por el periodo de doce (12) meses, de acuerdo al siguiente detalle:

**Laudo de derecho**

Expediente N° 067-2016/MARCPERU/ADM/EPL

Caso Arbitral: HANAI S.R.L. - SEGURO SOCIAL DE SALUD ESSALUD

**Tribunal Arbitral**

Miguel Angel Santa Cruz Vital (Presidente)

Sergio Antonio Calderón Rossi (Árbitro)

Luis Álvaro Zúñiga León (Árbitro)

Nombre de la red	jul 15	ago 15	sep 15	oct 15	nov 15	dic 15	ene 16	feb 16	mar 16	abr 16	may 16	jun 16	jul 16	Total
Sabogal				50	50	50	50	50	50	50	50	50	50	500
CAS Sabogal	50	50	50	50	50	50	50	50	50	50	50	50	50	650
Almenara			500	500	500	500	500	500	500	500	500	500	500	5,500
RAA				10	10	10			10	10	10	10	10	80
INCOR					40	40			23	40	40	40	40	263
Total	50	50	550	610	650	650	600	600	633	650	650	650	650	6,993

**III.2.3 De la ampliación de plazo**

8. Respecto al origen del producto farmacéutico ofertado durante el Proceso de Selección, HANAI indica que, de acuerdo con el artículo 95º del REGLAMENTO, en el marco de la licitación pública por subasta inversa presencial N° 003-2014-ESSALUD/GCL, ofertó el medicamento importado de la India Hidroxietil Almidón 6 % x 500ml (01000112), fabricado por el Laboratorio Claris Inyectables Limited con domicilio en el indicado país.
9. Ahora bien, el DEMANDANTE indica que durante la ejecución del CONTRATO ha observado el "deber de diligencia contractual". Es decir, que ha tenido el cuidado que exige la relación jurídica contractual derivada del CONTRATO, desplegando una intensa actividad para el cumplimiento de las obligaciones legales, reglamentarias y contractuales derivadas del citado contrato. Así, el DEMANDANTE alega que, de acuerdo con el artículo 1314º del Código Civil<sup>1</sup> que quien actúa con diligencia ordinaria no es imputable por la inejecución de una obligación.
10. Conforme a lo anterior, el DEMANDANTE indica que ordenó al Banco Continental la emisión de una Carta de Crédito N° 0850531110159968 por su propia cuenta, comprometiéndose pagar al beneficiario Claris Lifesciences Limited, a través de un banco corresponsal en la India, contra la presentación de ciertos documentos que certifiquen la venta, embarque, calidad, cantidad y demás condiciones de los productos farmacéuticos. En ese orden, HANAI manifiesta que el pago

<sup>1</sup> Código Civil. Artículo 1314º.- Inimputabilidad de la inejecución de obligaciones. Quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

adelantado mediante carta de crédito a favor de su proveedor extranjero prueba fehacientemente que ha cumplido con el "deber de diligencia contractual" para ejecutar a cabalidad el objeto del CONTRATO.

11. HANAI explica que, ante la circunstancia que le impedía la entrega de la prestación en su oportunidad, solicitó la ampliación de plazo acreditando que los atrasos no le eran imputables, toda vez que su proveedor extranjero le comunicó la imposibilidad de despachar los productos en breve plazo, circunstancia que, de acuerdo al DEMANDANTE, se encuentra probada fehacientemente.
12. Sin embargo, el DEMANDANTE precisa que ESSALUD con su Carta N° 337-CEABE-ESSALUD-2016 declaró improcedente su petición de ampliación del plazo contractual, pese a las circunstancias debidamente comprobadas (comunicación de su proveedor extranjero y la carta de crédito-pago adelantado al indicado proveedor extranjero), sin declararla aprobada o no aprobada como impone el artículo 175º del REGLAMENTO.
13. HANAI señala que el REGLAMENTO establece que la Entidad debe pronunciarse; debiendo ser este pronunciamiento aprobando o no la ampliación de plazo solicitada, no declarándola improcedente, que implica denuncia sobre la invalidez de la solicitud cuyo defecto es insubsanable.
14. En atención a lo antes señalado, el DEMANDANTE refiere que la indefensión es la situación en la que queda una parte de la relación jurídica cuando se le impide el ejercicio de un derecho de naturaleza procesal, anulando o restringiendo, total o parcialmente, sus oportunidades de defensa. En el caso, HANAI señala que, ante la improcedencia de su petición, no tiene oportunidad alguna de cumplir con la prestación por causa no imputable a ella, generándose un evento extraordinario, imprevisible e irresistible que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.
15. El DEMANDANTE manifiesta que el artículo 1315º del Código Civil determina que "Caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso". De lo citado, el DEMANDANTE desglosa que es extraordinario porque no resulta común que una contratación con pago adelantado realizado a través de una carta de crédito no cumpla con su finalidad; imprevisible, por cuanto está acreditado que se

**Laudo de derecho**

Expediente N° 067-2016/MARCPERU/ADM/EPL

Casa Arbitral: HANAI S.R.L. - SEGURO SOCIAL DE SALUD ESSALUD

**Tribunal Arbitral**

Miguel Angel Santa Cruz Vital (Presidente)

Sergio Antonio Calderón Rossi (Árbitro)

Luis Álvaro Zúñiga León (Árbitro)

desplego toda actividad para realizar la compra del producto farmacéutico en la India pagando por adelantado el objeto de importación; e irresistible por cuanto debido a la improcedencia de la ampliación de plazo resulta total y absolutamente imposible de cumplir en el plazo regular establecido la entrega de la prestación o, en todo caso, la perdida se convertiría en excesiva onerosidad del cumplimiento de la prestación.

16. Reitera el DEMANDANTE que con Carta N° 024-H-GV.16 de fecha 1 de febrero de 2016 solicitó la Ampliación de Plazo por seis (6) meses por causas de fuerza mayor, debido a que su proveedor extranjero Claris Injectables Limited, por razones no atribuibles a ella (desabastecimiento), se retrasó en la entrega del ítem 16 - Hidroxietil Almidon 6 % x 500ml (marca Tetrahes 6 %).

17. El DEMANDANTE indica que, con la finalidad de acreditar las causas de fuerza mayor, adjuntó a la solicitud de ampliación de plazo la siguiente documentación:

- Registro Sanitario N° E-22886 – forma farmacéutica extranjera Tetrahes 6 %.
- Cartas de crédito del BBVA Continental de fecha 12 de octubre de 2015, mediante los cuales se realizó el pago a Claris por la compra de 7,500 unidades del Tetrahes 6 %.
- Factura proforma de fecha 8 de septiembre de 2015 del producto Tetrahes 6 %
- Comunicaciones (correos) de coordinación con el distribuidor Claris Injectables Limited, mediante los cuales solicitó la entrega del Tetrahes 6 %.
- Carta de fecha 1 de enero de 2016, remitida por Claris Injectables Limited, mediante la cual se le comunicó el retraso del envío de los productos farmacéuticos.
- Propuesta técnica dentro de la cual se oferta el producto importado.

**III.2.4 De la denegatoria de ampliación de plazo**

18. En palabras de HANAI, el DEMANDADO no aprecia, ni interpreta ni valora la carta de crédito emitida como pago adelantado del producto farmacéutico y declaró improcedente la ampliación de plazo sosteniendo que "[...] no se verifica que su representada haya actuado con la diligencia ordinaria exigida, pues no acredita que ante la falta de atención por parte de su fabricante haya buscado alguna alternativa que le permita dar cumplimiento al contrato suscrito con el Seguro Social de Salud".

Tribunal Arbitral

Miguel Angel Santa Cruz Vital (Presidente)  
Sergio Antonio Calderón Rossi (Árbitro)  
Luis Álvaro Zúñiga León (Árbitro)

19. Refiere el DEMANDANTE que existe absoluta ausencia de motivación en la comunicación de improcedencia y que, por cuanto bajo motivación aparente, soslaya la carta de crédito y la documentación que acredita el cumplimiento de HANAI en su deber de diligencia y diligencia ordinaria para el cumplimiento de la ejecución del CONTRATO objeto de resolución contractual.
20. El DEMANDANTE precisa que la improcedencia de la ampliación de plazo solicitada le generó una situación jurídica de indefensión, pues configuró el evento extraordinario, imprevisible e irresistible que impidió definitivamente el cumplimiento de la obligación contractual. Siendo así que no le quedó otra conducta que resolver el CONTRATO por causa de fuerza mayor.

### III.2.5 De la resolución del CONTRATO

21. El DEMANDANTE manifiesta que, de conformidad con el artículo 44º de la LEY concordante con el artículo 167º del REGLAMENTO, mediante carta notarial N° 52154, notificada a ESSALUD con fecha 3 de marzo de 2016, se resolvió el CONTRATO sin responsabilidad de ninguna de las partes, por causa de fuerza mayor que imposibilitaba de manera definitiva la continuación del mismo.
22. Indica además esta parte que la resolución dejó sin efecto un contrato válido por causal sobreviniente al momento de su celebración, cuyos efectos se retrotraen al momento en que se produce la causal que la motiva, es decir, hasta el incumplimiento del contrato.
23. Precisa el DEMANDANTE que el artículo 44º de la LEY faculta a cualquiera de las partes a resolver el contrato sin responsabilidad de ninguna de ellas, en caso fortuito o fuerza mayor que imposibilita de manera definitiva la continuación del contrato.
24. Asimismo, HANAI indica que el REGLAMENTO aclara que cualquiera de las partes podrá 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.

### III.2.6 De la solicitud de devolución de garantías como efecto de la resolución del CONTRATO

**Laudo de derecho**

Expediente N° 067-2016/MARCPERU/ADM/EPL

Caso Arbitral: HANAI S.R.L. - SEGURO SOCIAL DE SALUD ESSALUD

**Tribunal Arbitral**

Miguel Angel Santa Cruz Vital (Presidente)

Sergio Antonio Calderón Rossi (Árbitro)

Luis Álvaro Zúñiga León (Árbitro)

25. El DEMANDANTE señala que mediante comunicación de fecha 6 de abril de 2016, solicitó a ESSALUD que, al haber caducado el plazo para que ésta sometiera a controversia la resolución del CONTRATO (plazo vencido el 28 de marzo de 2016), se efectúe en el plazo de dos (2) días hábiles la devolución de las cartas fianzas entregadas como garantía de fiel cumplimiento<sup>2</sup>, y garantía por el precio diferencial de la propuesta<sup>3</sup>. Ambas ascendentes a la suma de S/ 248,347.83 (Doscientos cuarenta y ocho mil trescientos cuarenta y siete con 83/100 Soles).

### **III.2.7 Del consentimiento de la resolución contractual por parte de ESSALUD**

26. HANAI señala que, en principio, el consentimiento implica entre otros aspectos la aceptación de un hecho o de una situación por una de las partes. El DEMANDANTE precisa que, de acuerdo con la LEY y su REGLAMENTO, el plazo que tiene la otra parte para presentar alguna objeción a la resolución de contrato es de quince (15) días hábiles, plazo dentro del cual podrá someter a conciliación o arbitraje las controversias relacionadas con la resolución contractual; en caso la parte interesada no inicie ningún procedimiento dentro de dicho plazo, recién a partir de ese momento se tendrá por consentida la resolución de contrato.
27. HANAI afirma que en el presente caso el DEMANDADO no ejerció su derecho a objetar la resolución del CONTRATO dentro del plazo establecido en la ley. Por lo que esta quedó consentida y habiendo caducado su derecho a determinar controversia sobre la resolución contractual, quedó pendiente la devolución por parte de ESSALUD de las garantías (cartas fianzas) determinadas en la cláusula décimo octava del CONTRATO.
28. Al respecto, agrega el DEMANDANTE, que OSCE y el Tribunal de Contrataciones del Estado se han pronunciado sobre la caducidad de la parte que no somete a conciliación o arbitraje la controversia que se deriva de la ejecución del Contrato. A partir de ello para HANAI es indiscutible que la resolución del CONTRATO quedó consentida, por lo que deben devolverse las garantías otorgadas.

<sup>2</sup> Carta Fianza N° 0011-0362-9800166957-15 por S/. 228,298.25.

<sup>3</sup> Carta Fianza N° 0011-0362-9800166892-14 por S/. 20.049.58.

#### IV. DE LA CONTESTACIÓN A LA DEMANDA Y RECONVENCION

29. Con fecha 21 de febrero de 2017, ESSALUD presentó el escrito N° 01, "Contestación de la demanda", solicitando que se declare improcedente o, en su caso, infundada la demanda interpuesta en su contra.

##### IV.1 CONTESTACIÓN DE DEMANDA

###### IV.1.1 Antecedentes

30. El DEMANDADO señala que el objeto de contratación fue el suministro periódico de 13 956 Hidroxietil Almidon 6% 500ml, el cual debía ser entregado por HANAI a las Redes Asistenciales de ESSALUD por un período de 12 meses, conforme a las especificaciones técnicas (cláusulas segunda y tercera del CONTRATO)
31. Precisa el DEMANDADO que en la cláusula quinta del CONTRATO se estableció el plazo de la ejecución de la prestación. Asimismo, que en la Cláusula Décimo Segunda se estableció el cronograma de entrega de la siguiente forma:
- Primera entrega: El plazo a considerarse para la primera entrega es de sesenta (60) días calendarios, contados a partir del día siguiente de la firma del CONTRATO.
  - Siguientes entregas: Debiéndose realizar durante las terceras semanas de cada mes a partir del siguiente mes de la primera entrega, excepto para la entrega correspondiente al mes en que EsSalud tiene programado el Inventario Anual, cuya fecha de entrega prevista será la primera semana de dicho mes.
32. ESSALUD manifiesta que con fecha 9 de julio de 2015, las partes suscribieron una adenda señalando en el cuarto párrafo de la cláusula preliminar que: [...], las partes acuerdan suscribir la Adenda al Contrato "Hidroxietil almidón 6% x 500ml", con el objeto de modificar el Cuadro de Distribución, de acuerdo a las necesidades del usuario y al existir prestaciones pendientes de ejecución a cargo de EL CONTRATISTA, para estos efectos se amplía el plazo de ejecución contractual conforme al detalle de la cláusula primera.

**Lauto de derecho**

Expediente N° 067-2016/MARCPERU/ADM/EPL

Caso Arbitral: HANAI S.R.L. - SEGURO SOCIAL DE SALUD ESSALUD

**Tribunal Arbitral**

Miguel Angel Santa Cruz Vital (Presidente)

Sergio Antonio Calderón Rossi (Árbitro)

Luis Álvaro Zúñiga León (Árbitro)

33. A su vez, ESSALUD sostiene que el 3 de febrero de 2016, HANAI le remitió las cartas N° 022-H-GV-16, N° 023H-GV-16, N° 024-H-GV-16, N° 025-H-GV-16, mediante las cuales solicitó ampliación de plazo, mencionando que el fabricante de los productos (Claris Injectables Limited) acusó un problema de desabastecimiento reportado por los proveedores de materia prima, lo cual no le permitía cumplir con el cronograma de entrega pactado.
34. Al respecto, ESSALUD sostiene haber denegado las ampliaciones de plazo presentadas por el DEMANDANTE mediante la carta N° 335-CEABE-ESSALUD-2016, teniendo en cuenta que no había cumplido con las condiciones que señala el artículo 41º de la LEY y 175º de su REGLAMENTO. Siendo que no se justificaba el retraso en la entrega de los bienes, y teniendo en cuenta el desfase de fechas entre la suscripción del CONTRATO y la convocatoria del proceso.
35. De lo anterior, ESSALUD señala que la denegatoria a la ampliación de plazo no fue cuestionada por HANAI, por lo que esta habría quedado consentida. Ante dicha situación, refiere el DEMANDADO que el DEMANDANTE, con fecha 3 de marzo de 2016, le remitió una carta notarial manifestando su pretensión de resolver el CONTRATO materia de litis por causal de fuerza mayor.
36. Finalmente, que con fecha 28 de marzo de 2016, procedió a solicitar inicio de arbitraje a HANAI.

**IV.1.2 Respecto a la Primera Pretensión Principal**

37. Sobre el pedido de devolución de cartas fianza por haber dejado consentir la resolución del CONTRATO formulada por HANAI, ESSALUD asegura que lo mencionado por el DEMANDANTE es totalmente falso por los motivos que se desarrollarán a continuación.
38. El 3 de marzo de 2016, ESSALUD asegura que recibió la carta notarial con la que el DEMANDANTE resolvía el CONTRATO, por lo que contaba con un plazo de quince (15) días hábiles para proceder a solicitar conciliación u arbitraje, es decir, hasta el 28 de marzo de 2016.
39. Al respecto, ESSALUD menciona que procedió a notificar la Carta N° 745-GCAJ-ESSALUD-2016, con la que solicitaba inicio de arbitraje. Sin embargo, el DEMANDADO sostiene que el practicante que se apersonó a notificar al domicilio

**Laudo de derecho**

Expediente N° 067-2016/MARCPERU/ADM/EPL

Caso Arbitral: HANAI S.R.L. - SEGURO SOCIAL DE SALUD ESSALUD

**Tribunal Arbitral**

Miguel Angel Santa Cruz Vital (Presidente)

Sergio Antonio Calderón Rossi (Árbitro)

Luis Álvaro Zúñiga León (Árbitro)

del DEMANDANTE informó que no quisieron recepcionar la carta, por lo que retornó a las instalaciones de ESSALUD. En ese sentido, la DEMANDADA indica que la abogada, Aracelly Soria Eguía se apersonó a las 18:20 horas nuevamente al domicilio del DEMANDANTE, sin que alguna persona atendiera a la puerta, por lo que se procedió a levantar un Acta de Notificación, que se encuentra certificada por el Notario Donato Carpio Vélez y determina que la solicitud de arbitraje se dejó bajo puerta.

40. Por lo tanto, ESSALUD afirma que el DEMANDANTE se encontraría notificado adecuadamente y no se habría permitido consentir la resolución del CONTRATO.
41. De lo anterior, el DEMANDADO sostiene que HANAI siempre actuó de mala fe dado que aquella no fue la única vez que no quiso recepcionar las cartas notificadas por ESSALUD. Agrega que ello se repitió el 7 de abril de 2016, de manera que el 12 de abril de ese año el DEMANDADO se volvió a constituir a las 11:30 a. m. en la dirección del DEMANDANTE, siendo que personal al interior del local se negó a recepcionar la Carta N° 792-GAJ-GCAJ-ESSALUD-2016, cuyo asunto era "Comunicamos aceptación a la designación de Árbitro, del Abogado Luis Álvaro Zuñiga León". Ante este escenario, el DEMANDADO indica que se procedió a la toma de fotos, las que evidenciarían la actitud que siempre tuvo HANAI, esta es, la de no querer recepcionar ningún documento, tal como consta en el acta de notificación certificada por el notario Donato Carpio Vélez.
42. A decir de ESSALUD, ante las evidencias que adjunta, concluye que el DEMANDANTE actuó de mala fe, teniendo como único objetivo que se consienta la resolución del CONTRATO, puesto que el DEMANDADO ya había denegado la ampliación de plazo, solicitándole que cumpla con sus obligaciones bajo apercibimiento de resolver.
43. De esta manera, ESSALUD considera que corresponde declarar infundada la pretensión formulada por la empresa HANAI, puesto que la Resolución del CONTRATO no ha quedado consentida al encontrarse debidamente notificada dentro del plazo.

#### **IV.1.2 Respecto a la Segunda Pretensión Principal**

44. El DEMANDADO sostiene que corresponde al DEMANDANTE asumir las costas y costos del presente proceso, puesto que considera evidente la mala fe con la

Tribunal Arbitral

Miguel Angel Santa Cruz Vital (Presidente)  
Sergio Antonio Calderón Rossi (Árbitro)  
Luis Álvaro Zúñiga León (Árbitro)

cual ha venido actuando a fin de que quede consentida la Resolución del CONTRATO que plantea.

## IV.2 RECONVENCIÓN

45. Con fecha 21 de febrero de 2017, ESSALUD igualmente presentó un escrito en el que formuló reconvención, presentando para tales fines sus fundamentos tanto de hecho como de derecho.

### IV.2.1 Pretensiones

- **Primera pretensión principal.**- Que se ordene a HANAI pagar a ESSALUD, de acuerdo a lo establecido en el artículo 165º del REGLAMENTO, por concepto de penalidades al haber incumplido con las prestaciones a las cuales se encontraba obligado.
- **Segunda pretensión principal.**- Que se declare la invalidez o ineficacia de la Resolución de Contrato realizada mediante carta notarial de fecha 3 de marzo de 2016, con la cual HANAI resuelve el CONTRATO.
- **Tercera pretensión principal.**- Que HANAI indemnice a ESSALUD por los daños y perjuicios que ha ocasionado con su conducta negligente.

#### IV.2.1 Respecto a la Primera Pretensión Principal de la Reconvención

46. El DEMANDADO manifiesta haber requerido a HANAI, con carta notarial, a fin de que cumpla con las prestaciones a las que se había obligado. Sin embargo, afirma que la DEMANDANTE nunca llegó a cumplir con dicho requerimiento.

47. Por otro lado, menciona el DEMANDADO que HANAI solicitó ampliación de plazo, la misma que fue denegada. Ante dicha situación, ESSALUD deja constancia que la DEMANDANTE no solicitó el inicio de proceso arbitral ni de conciliación dentro de los quince días que otorga el REGLAMENTO y la LEY, por lo que la resolución que denegaba la solicitud de ampliación de plazo habría quedado consentida y correspondería hacer efectiva la aplicación de penalidades de acuerdo a lo estipulado en el artículo 165º del REGLAMENTO.

**Laudo de derecho**

Expediente N° 067-2016/MARCPERU/ADM/EPL

Caso Arbitral: HANAI S.R.L. - SEGURO SOCIAL DE SALUD ESSALUD

**Tribunal Arbitral**

Miguel Angel Santa Cruz Vital (Presidente)

Sergio Antonio Calderón Rossi (Árbitro)

Luis Álvaro Zúñiga León (Árbitro)

48. Para ESSALUD es importante señalar que, a pesar de que posteriormente HANAI resolvió el CONTRATO —lo cual el DEMANDADO afirma que no quedó consentido—, aquello no lo exceptúa de dejar de pagar penalidades por el atraso en el cual incurrió, más aún si dejó consentir la Resolución que denegaba la ampliación de plazo.

#### **IV.2.1 Respecto a la Segunda Pretensión Principal de la Reconvención**

49. Conforme sostiene en su contestación de demanda, ESSALUD precisa no haber dejado consentir la carta notarial con la cual el DEMANDANTE resuelve el CONTRATO. Asimismo, señala que el sustento que contiene dicha carta no se ajusta a derecho, puesto que no se ha generado un caso de fuerza mayor o caso fortuito.
50. De lo indicado en el numeral anterior, el DEMANDADO refiere que HANAI, desde el 11 de abril de 2014, fecha en la que ESSALUD convocó el proceso de selección, licitación pública por subasta inversa presencial para la "Contratación de suministro de bienes de medicamentos para las Redes Asistenciales de EsSalud, por un periodo de doce (12) meses", ya tenía conocimiento de la cantidad de medicamentos y las condiciones bajo las cuales se requería la atención de éstas. En tal sentido, ESSALUD entiende que, bajo el deber de diligencia contractual, HANAI tenía que tomar las respectivas previsiones del caso.
51. Asimismo, señala el DEMANDADO que en el CONTRATO se estableció en su cláusula quinta el plazo de la ejecución de la prestación, suscribiéndose lo siguiente: "*El plazo de ejecución del presente contrato es de doce (12) meses, el mismo que se computa desde el día siguiente de suscrito el contrato*".
52. A su vez, sostiene ESSALUD que en la cláusula décimo segunda del CONTRATO se estableció el cronograma de entrega. Pese a ello, para el DEMANDADO, HANAI no fue diligente, perjudicando a ESSALUD, puesto que el CONTRATO que debía culminar el 21 de mayo de 2015 no cumplió con su finalidad, a pesar de que ESSALUD —"por la necesidad que tenía"— procedió a suscribir una adenda de modificación del Cuadro de Distribución el 9 de julio de 2015, dado que existían prestaciones pendientes de ejecución a cargo del DEMANDANTE, tal como consta en la adenda de forma expresa.

**Laudo de derecho**

Expediente N° 067-2016/MARCPERU/ADM/EPL

Caso Arbitral: HANAI S.R.L. - SEGURO SOCIAL DE SALUD ESSALUD

**Tribunal Arbitral**

Miguel Angel Santa Cruz Vital (Presidente)

Sergio Antonio Calderón Rossi (Árbitro)

Luis Álvaro Zúñiga León (Árbitro)

53. Ante dicha situación, el DEMANDADO afirma que se evidencia del propio HANAI que, en septiembre de 2015, solicitó a Claris (su distribuidor) que remitiera la cantidad de 7500 unidades del medicamento materia de Litis. Asimismo, que el DEMANDANTE menciona que dicho distribuidor, con fecha 1 de enero de 2016, le informó que no podía cumplir con mandar dichos medicamentos.
54. Es así como ESSALUD solicita al Tribunal Arbitral que evalúe la oportunidad en la cual HANAI pretende solicitar que su distribuidor lo abastezca con los medicamentos que eran objeto de prestación, cuando éste tuvo más de un año para hacer las coordinaciones correspondientes; pudiéndolo también hacer — agrega el DEMANDADO— antes de la suscripción de la adenda, es decir, antes del 9 de julio de 2015, puesto que ESSALUD deseaba que se le siga abasteciendo de dicho medicamento a pesar del retraso en el cual ya se encontraba incurriendo HANAI.
55. Es así como, a decir de ESSALUD, conforme a su exposición ha quedado evidenciado que HANAI no ha cumplido con el deber de diligencia del CONTRATO, siendo que su comportamiento ha generado el incumplimiento de la prestación y no un caso de fuerza mayor como pretende hacer ver.
56. A su vez, ESSALUD hace un análisis de los caracteres del caso fortuito o fuerza mayor con el propósito de exponer su punto de vista, de acuerdo a lo siguiente:
- Irresistible. - El DEMANDADO señala que esta característica se traduce en una imposibilidad absoluta de cumplimiento. Que es necesario distinguir entre la simple dificultad y la imposibilidad. Por lo que, en el presente caso, ante la negligencia en la que incurrió por la oportunidad que requería los medicamentos, HANAI pudo haber tomado otras acciones, más aun si en el mercado existen otras empresas que proveen dicho medicamento.
  - Imprevisible. - Según ESSALUD, el caso fortuito o la fuerza mayor debe ser imprevisible y que la sociedad exige que el deudor tome todas las precauciones que puedan evitar el incumplimiento. El DEMANDADO asegura que en el presente caso HANAI no tomó ninguna precaución: no fue diligente sino todo lo contrario, pues pretendía requerir a última hora a su distribuidor que lo provea de los medicamentos materia de controversia. Siendo que es evidente que no concurre este requisito en los motivos expuestos por HANAI no se configura un hecho de caso fortuito ni de fuerza mayor.

- Exterior.- El acontecimiento debe ser exterior, según ESSALUD. Es decir, debe producirse fuera de la esfera de responsabilidad del deudor. Sin embargo, indica ESSALUD que en el presente caso se ha demostrado en demasía que se produjeron casos imprevisibles en el interior de HANAI a consecuencia del descuido y desidia de la misma empresa, los mismos que no pueden configurar como caso fortuito.
57. En tal sentido, ESSALUD señala que para que HANAI resuelva el CONTRATO por caso fortuito o fuerza mayor debió demostrar que el hecho —además de ser extraordinario, imprevisible e irresistible— determinaba la imposibilidad de continuar con la ejecución de las prestaciones a su cargo. Por tanto, al no haber probado HANAI lo antes expuesto, no podría resolver el CONTRATO amparándose en la figura del caso fortuito o fuerza mayor y, en consecuencia, es inválida la resolución de contrato efectuado por HANAI a ESSALUD, realizada mediante carta 3 de marzo de 2016.
58. Es así como ESSALUD sostiene que corresponde que se declare fundada su pretensión, al ser evidente que no existe caso fortuito ni fuerza mayor en el presente caso, sino descuido y falta de diligencia de HANAI.

#### IV.2.2 Respecto a la Tercera Pretensión Principal de la Reconvención

- SM*
- 59. El DEMANDADO menciona que al no haber cumplido HANAI con la entrega de los medicamentos, ocasionó a ESSALUD un perjuicio económico, dado que ha realizado todo un procedimiento para adquirir 13,956.00 unidades de Tetrahes de 6 % con la finalidad de abastecer a nivel nacional a todas las Redes Asistenciales de ESSALUD, y teniendo en cuenta que las compras por grandes volúmenes siempre se dan a precios más bajos, con mejoras en las condiciones de venta y otros beneficios adicionales.
  - 60. Sin embargo, expresa ESSALUD, al no cumplir el DEMANDANTE con el CONTRATO puso en riesgo de desabastecimiento a algunas Redes Asistenciales, las mismas que tuvieron que proceder a realizar compras directas o procesos menores, trayendo como consecuencia la compra de medicamentos a precios más elevados de los que HANAI había ofrecido, generándose así un gasto mucho mayor a lo previsto.
- BB*

**Laudo de derecho**

Expediente N° 067-2016/MARCPERU/ADM/EPL

Caso Arbitral: HANAI S.R.L. - SEGURO SOCIAL DE SALUD ESSALUD

**Tribunal Arbitral**

Miguel Angel Santa Cruz Vital (Presidente)

Sergio Antonio Calderón Rossi (Árbitro)

Luis Álvaro Zúñiga León (Árbitro)

61. De acuerdo a lo argumentado es que ESSALUD solicita que el DEMANDANTE lo indemnice por los daños y perjuicios ocasionados.

**IV.2.3 Del desistimiento de la tercera pretensión reconvenida**

62. Con fecha 17 de abril de 2017, mediante escrito de sumilla "Desistimiento de Pretensión", ESSALUD hizo de conocimiento ante el Tribunal Arbitral que se desiste de presentar la pericia de parte ofrecida, a fin de acreditar los daños y perjuicios que le habría ocasionado HANAI, así como se desistía de la tercera pretensión principal de su escrito de reconvención.
63. Mediante Resolución N° 10 de fecha 13 de junio de 2017, el Tribunal Arbitral declaró improcedente el desistimiento de la tercera pretensión principal de la reconvención por parte del DEMANDADO, debido a que el funcionario quien suscribió el desistimiento no tenía facultades para ello; sin embargo, se dejó a salvo el derecho de plantear su solicitud conforme a ley. En la misma Resolución, se otorgó un plazo de quince (15) días a ESSALUD, a fin que presente la pericia de parte.

**V. DE LA CONTESTACIÓN DE HANAI A LA RECONVENCIÓN**

64. Con fecha 22 de marzo de 2017 y mediante escrito N° 02, el DEMANDANTE contestó la reconvención y dedujo excepción de caducidad contra la segunda pretensión planteada por ESSALUD.

**V.1 CONTESTACIÓN A LA RECONVENCIÓN**

**V.1.1 Respecto a la Primera Pretensión Principal**

65. El artículo 165º del REGLAMENTO establece la penalidad por mora en la ejecución de la prestación, sin embargo, precisa el DEMANDANTE que la penalidad se produce siempre y cuando se trate de un retraso injustificado. A diferencia de ello, para HANAI, los retrasos que ocurrieron en el suministro de bienes fueron totalmente justificados y comunicados en su oportunidad a ESSALUD.
66. De acuerdo al cuadro de distribución anexo al CONTRATO, el DEMANDANTE señala que debió realizar las entregas por el período de julio de 2015 a julio de 2016, pero que el proveedor Claris Inyectables Limited comunicó la imposibilidad

**Laudo de derecho**

Expediente N° 067-2016/MARCPERU/ADM/EPL

Caso Arbitral: HANAI S.R.L. - SEGURO SOCIAL DE SALUD ESSALUD

**Tribunal Arbitral**

Miguel Angel Santa Cruz Vital (Presidente)

Sergio Antonio Calderón Rossi (Árbitro)

Luis Álvaro Zúñiga León (Árbitro)

de despachar los productos en el breve plazo, a pesar que HANAI había realizado el pago de los productos por adelantado, mediante la Carta de Crédito 0850531110159968 del Banco BBVA, a favor del mencionado proveedor, con la condición de irrevocable.

67. HANAI manifiesta que debido al problema presentado con su proveedor, mediante Carta 024-H-GV.16, de fecha 1 de febrero de 2016, solicitó la ampliación de plazo por 6 meses a ESSALUD por atrasos ajenos a la voluntad de HANAI, sustentando el pedido con la comunicación del proveedor de la India y la Carta de Crédito de pago adelantado a dicho proveedor. Sin embargo, refiere el DEMANDANTE que a pesar del sustento del pedido de ampliación de plazo, éste fue declarado improcedente por ESSALUD, con una motivación aparente pues no toma en cuenta la documentación que presentó —asegura HANAI—, la cual acredita el cumplimiento del deber de diligencia para la ejecución del CONTRATO.
68. HANAI sostiene que en todo momento actuó observando el "deber de diligencia contractual", poniendo el cuidado que exige la relación jurídica derivada del CONTRATO, con la finalidad de cumplir con las obligaciones legales, reglamentarias y contractuales a las que se había comprometido en dicho contrato. Agrega el DEMANDANTE que lo sucedido con el proveedor de la India se enmarca dentro de lo que se conoce como "caso fortuito o fuerza mayor" establecido en el artículo 1315º del Código Civil, es decir, que se debe a una causa no imputable al contratista.
69. A criterio de HANAI es un hecho extraordinario porque no es común que una contratación con pago adelantado al proveedor mediante una Carta de Crédito no cumpla con su finalidad; imprevisible, porque a pesar de que HANAI realizó las operaciones comerciales necesarias para cumplir con el suministro de los productos a ESSALUD, no había forma que pudiera anticiparse al incumplimiento del proveedor extranjero; y, por último, irresistible porque debido a la improcedencia de la ampliación de plazo solicitada a ESSALUD, resultaba imposible que HANAI pudiera cumplir con entregar los productos en el plazo original.
70. Por lo tanto, a decir del DEMANDANTE, el retraso en el que incurrió no fue injustificado, por lo que no corresponde la aplicación de penalidades.

**Laudo de derecho**

Expediente N° 067-2016/MARCPERU/ADM/EPL

Caso Arbitral: HANAI S.R.L. - SEGURO SOCIAL DE SALUD ESSALUD

**Tribunal Arbitral**

Miguel Angel Santa Cruz Vital (Presidente)

Sergio Antonio Calderón Rossi (Árbitro)

Luis Álvaro Zúñiga León (Árbitro)

71. HANAI señala que, inclusive mandó a abrir una Carta de Crédito Comercial para el pago irrevocable del producto farmacéutico materia de importación. Lamentablemente, explica el DEMANDANTE, por razones ajenas a su voluntad, su proveedor extranjero incumplió invocando razones que presumía atendibles, toda vez que contrató con un proveedor con quien permanentemente realizaba la misma operación comercial, lo cual hacía que tenga confianza en dicha empresa extranjera. En palabras de HANAI, esa sola operación bancaria sustenta objetivamente que la no entrega del producto farmacéutico contratado de ninguna manera podía imputársele; que de lo contrario no se le habría ocurrido transferir fondos o recursos al extranjero para justificar un incumplimiento contractual.
72. El DEMANDANTE precisa que, en este sentido, y no obstante haber solicitado la ampliación de plazo por las razones justificadas y ante la indefensión afrontada por HANAI, se generó una causa de fuerza mayor que impidió el cumplimiento de la obligación contractual. De allí que, conforme a la LEY, resolvió el CONTRATO.
73. En cuanto a la imposibilidad de imponer penalidad, HANAI alega que el CONTRATO está resuelto de pleno derecho, por lo que ESSALUD no puede pretender imponer penalidad alguna cuando la relación jurídica contractual no existe o está extinguida. Es así como el DEMANDANTE solicita al Tribunal Arbitral que declare improcedente esta pretensión.

**V.1.2 Respecto a la Segunda Pretensión Principal**

74. El DEMANDANTE indica que, ante las circunstancias descritas al fundamentar la pretensión anterior, mediante carta notarial 52154 notificada a ESSALUD el 3 de marzo de 2016, comunicó la resolución del contrato, al amparo del artículo 44º de la LEY, "Resolución de los contratos", y concordante con el artículo 167º de su reglamento, "Efectos de la resolución".
75. Por lo que, a decir del DEMANDANTE, la resolución contractual anotada en el numeral anterior quedó consentida al haber transcurrido el plazo de caducidad de 15 días hábiles, establecido en el numeral 52.2 del artículo 52 de la LEY, concordante con el artículo 170º de su REGLAMENTO, sin que ESSALUD ejerciera su derecho a impugnar la resolución del CONTRATO.

**Laudo de derecho**

Expediente N° 067-2016/MARCPERU/ADM/EPL

Caso Arbitral: HANAI S.R.L. - SEGURO SOCIAL DE SALUD ESSALUD

**Tribunal Arbitral**

Miguel Angel Santa Cruz Vital (Presidente)

Sergio Antonio Calderón Rossi (Árbitro)

Luis Álvaro Zúñiga León (Árbitro)

76. HANAI manifiesta que ESSALUD, en su contestación de la demanda, señala que su representante, abogada Aracelly Soria Eguía, se apersonó en el domicilio del HANAI el día 28 de marzo de 2016 a las 18:20 horas, para notificar la Carta 745-GCAJ-ESSALUD-2016, mediante la cual solicitaba el inicio de arbitraje. Señala además que en ese momento nadie le abrió la puerta, por lo que la abogada Soria levantó un acta de notificación en la que señala que se dejó bajo la puerta la carta indicada, por lo que HANAI se encontraría notificado adecuadamente y no se habría dejado consentida la resolución del CONTRATO.
77. Al respecto, HANAI refiere que la supuesta notificación indicada por ESSALUD no tiene ninguna validez jurídica en el proceso arbitral:
- Que HANAI nunca recibió la indicada comunicación, supuestamente dejada bajo puerta.
  - La prueba que confirma su afirmación es que se habría "dejado bajo puerta" a las 18:20, fuera del horario laboral, no obstante que por mandato de la Ley toda comunicación se realiza en día y hora hábil; de ninguna manera en horas que ni los funcionarios públicos cumplen o ejercen competencia. Hecho que para HANAI implica la determinación de responsabilidad del personal que fragua una situación ajena a la realidad.
  - HANAI indica que el Acta de Notificación que adjunta el DEMANDADO no certifica ocurrencia de hechos conforme a Ley, pues solo cuenta con la legalización de la firma de la doctora Aracelly Soria Eguía. El Acta de Notificación, a decir del DEMANDANTE, no está certificada por un notario. Precisa que el notario solamente certifica la firma, más no el contenido del documento, como figura textualmente en el sello del notario impreso en el acta. Agrega HANAI que "lo más sorprendente es que la legalización de la firma aludida se realizó el mismo 28.03.2016, en la Notaría Donato Carpio Vélez, ubicada en Santa Beatriz, cuyo horario de atención es de lunes a viernes de 9:00 am a 6:00 pm".
78. El DEMANDANTE concluye y asegura no haber recibido la Carta N° 743-GCAJ-ESSALUD-2016 aludida por ESSALUD el día 28 de marzo de 2016; ni tampoco en fecha posterior.

**Lauto de derecho**

Expediente N° 067-2016/MARCPERU/ADM/EPL

Caso Arbitral: HANAI S.R.L. - SEGURO SOCIAL DE SALUD ESSALUD

**Tribunal Arbitral**

Miguel Angel Santa Cruz Vital (Presidente)

Sergio Antonio Calderón Rossi (Árbitro)

Luis Álvaro Zúñiga León (Árbitro)

79. En este sentido, HANAI señala que la indicada comunicación no tiene efecto jurídico alguno que desvirtúe la validez de la Resolución de pleno derecho del CONTRATO a que se contrae la pretensión. Por lo tanto, al haber quedado consentida la resolución del CONTRATO comunicada con la carta notarial N° 52154, notificada y recibida el 3 de marzo de 2016, esta pretensión de ESSALUD carece de fundamento.

#### **V.1.3 Respecto a la Tercera Pretensión Principal**

80. En palabras de HANAI, la indemnización solicitada por ESSALUD a través de esta pretensión no corresponde, debido a que los daños y perjuicios señalados no fueron probados por dicha Entidad. Agrega el DEMANDANTE que en el artículo 44º de la LEY se determina que "Cuando se resuelva el contrato, por causas imputables a alguna de las partes, se deberá resarcir los daños y perjuicios ocasionados"; es decir, que los daños y perjuicios están definidos por la LEY con el carácter de accesorias a una determinada situación jurídica y nunca como una espontaneidad subjetiva.
81. El DEMANDANTE sostiene que la propia LEY estipula en qué casos se responde por los daños y perjuicios irrogados sin que ella se derive de conducta supuestamente negligente. Es decir, que la causa y el efecto que pretende utilizar el DEMANDADO resultan ajenos a la imputabilidad de un hecho regulado dentro del proceso de contratación, de modo tal que desde todo punto de vista resulta improcedente.
82. Refiere el DEMANDANTE que la resolución del CONTRATO, no fue por causas imputables a HANAI, sino que se debió a razones de fuerza mayor, o en todo caso a causas imputables a ESSALUD al no autorizar, sin una verdadera motivación, la ampliación de plazo solicitada por el DEMANDANTE que llevó a éste en indefensión, derivándose en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, por lo que a su criterio, no procede esta pretensión.

#### **V.2 EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD**

83. En el primer Otrosí Digo de su escrito N° 2, de fecha 22 de marzo de 2017, el DEMANDANTE dedujo excepción de caducidad contra la segunda pretensión principal de ESSALUD, en la que solicita que se declare la invalidez o ineficacia de la Resolución del CONTRATO. El DEMANDANTE menciona que ESSALUD no sometió

**Laudo de derecho**

Expediente N° 067-2016/MARCPERU/ADM/EPL

Caso Arbitral: HANAI S.R.L. - SEGURO SOCIAL DE SALUD ESSALUD

**Tribunal Arbitral**

Miguel Angel Santa Cruz Vital (Presidente)

Sergio Antonio Calderón Rossi (Árbitro)

Luis Álvaro Zúñiga León (Árbitro)

la controversia a conciliación y/o arbitraje dentro de los quince (15) días hábiles siguientes de comunicada la resolución del CONTRATO (plazo venció el 28 de marzo de 2016), por lo que la resolución contractual quedó consentida.

**VI. DE LA CONTESTACIÓN DE ESSALUD A LA EXCEPCIÓN DEDUCIDA POR HANAI**

84. Mediante escrito del 24 de abril de 2017, ESSALUD absolvió el traslado de la excepción de caducidad.
85. ESSALUD indica que, a fin de notificar la solicitud de inicio de arbitraje, un practicante de su institución se apersonó al domicilio del DEMANDANTE con la Carta N° 743-GCAJ-ESSALUD2016, pero no quisieron recepcionarle la carta. Posteriormente, la abogada de ESSALUD retornó a las instalaciones de HANAI sin que alguna persona abriera la puerta, por lo que levantó un acta de notificación certificada por el notario Donato Carpio Vélez. En esta acta, se determina que el documento fue dejado bajo puerta.
86. A partir de ello, para el DEMANDADO, HANAI fue debidamente notificada y dentro del plazo, y no se habría dejado consentir la Resolución del CONTRATO, más aún cuando el DEMANDANTE tomó conocimiento del objeto de la carta y se negó a recibirla, actuando de mala fe.
87. El DEMANDADO asegura que HANAI siempre actuó de mala fe puesto que en más de una ocasión no quiso recepcionar las cartas notificadas por ESSALUD (como fue el caso de la fecha 7 de abril de 2016), por lo que el 12 de abril de 2016 volvió a constituirse a las 11:30 a.m. en la dirección del DEMANDANTE, siendo que un joven que informó ser trabajador de HANAI se negó a recepcionar la Carta N° 792-GAJ-GCAJ-ESSALUD-2016. En ese sentido, ESSALUD precisa que procedió a tomar fotos que evidencien la actitud de HANAI de no querer recepcionar ningún documento, tal como consta en el acta de notificación, también certificada por el notario Donato Carpio Vélez.
88. Menciona el DEMANDADO que la mala fe de una persona no puede generar derechos o extinguir los derechos de otro.
89. ESSALUD sostiene que al demostrarse el actuar con mala fe del DEMANDANTE no solo con ESSALUD sino también con otras entidades, tal como se desprende de la Resolución N° 2584-2014-TC-S4 (30 de setiembre de 2014), mediante la cual el

**Laudo de derecho**

Expediente N° 067-2016/MARCPERU/ADM/EPL

Caso Arbitral: HANAI S.R.L. - SEGURO SOCIAL DE SALUD ESSALUD

**Tribunal Arbitral**

Miguel Angel Santa Cruz Vital (Presidente)

Sergio Antonio Calderón Rossi (Árbitro)

Luis Álvaro Zúñiga León (Árbitro)

Tribunal de Contrataciones del Estado sanciona a HANAI por un periodo de treinta y seis (36) meses de inhabilitación temporal en su derecho de participar en procesos de selección y contratar con el Estado, por la comisión de la infracción tipificada en el literal j) del numeral 51.1 del artículo 51 de la LEY.

90. Es por los motivos expuestos que el DEMANDADO manifiesta que no se debe dar por consentida la resolución del CONTRATO, más aun cuando se trata de una entidad pública que brinda prestaciones del servicio de salud con el aporte de los asegurados y el Estado, en salvaguarda del derecho a la seguridad social regulado en el artículo 10º de la Constitución Política; que necesita de diversos medicamentos, entre otros, que coadyuven a la prestación eficiente de este servicio, por lo que estando esta prestación alineada a los objetivos trazados en la norma que regula las Contrataciones del Estado, ESSALUD señala que se procedió a suscribir contrato con HANAI en pro del interés público.
91. ESSALUD sostiene que el rasgo característico de este tipo de contrataciones reside en el poder del Estado ejercido prioritariamente, a fin de garantizar la función económica social del contrato, como medio de satisfacción del interés público, siendo que el interés público prima sobre el interés de los particulares. En ese sentido, el DEMANDADO señala que, con mucha más razón, se debe tener por bien notificada la Carta N° 743-GCAJ-ESSALUD-2016, la misma que no quiso recibir el DEMANDANTE. Por lo tanto, ESSALUD solicita que se declare infundada la excepción planteada por HANAI.

**VII. DEL PROCESO ARBITRAL**

92. Con Resolución N° 9, expedida el 2 de mayo de 2017, el Tribunal Arbitral otorgó a las partes un plazo de tres (3) días hábiles a efectos que presenten sus propuestas de puntos controvertidos.
93. El 9 de mayo de 2017 el DEMANDANTE presentó su escrito N° 03, con el cual propuso los puntos controvertidos a ser fijados en el presente proceso arbitral. No obstante, el DEMANDADO no cumplió con presentar su propuesta de puntos controvertidos.



**Laudo de derecho**

Expediente N° 067-2016/MARCPERU/ADM/EPL

Caso Arbitral: HANAI S.R.L. - SEGURO SOCIAL DE SALUD ESSALUD

**Tribunal Arbitral**

Miguel Angel Santa Cruz Vital (Presidente)

Sergio Antonio Calderón Rossi (Árbitro)

Luis Álvaro Zúñiga León (Árbitro)

## **VII.1 DE LA DETERMINACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS**

94. Con Resolución N° 12, de fecha 13 de junio de 2017, el Tribunal Arbitral estableció los puntos controvertidos citados a continuación:

### **De la DEMANDA:**

**Primer punto controvertido.**- Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare de conformidad a los artículos 169º y 170º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (en adelante, REGLAMENTO), que ESSALUD devuelva a favor del DEMANDANTE, como efecto jurídico de la Resolución del Contrato N° 4600043735 (en adelante, CONTRATO) que habría quedado consentida, las siguientes cartas fianzas:

- Carta Fianza N° 0011-0362-9800166957-15 por S/ 228,298.25
- Carta Fianza N° 0011-0362-9800166892-14 por S/ 20,049.58

### **De la RECONVENCIÓN:**

**Segundo punto controvertido.**- Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene al DEMANDANTE pagar a favor de ESSALUD, por concepto de penalidades de acuerdo a lo establecido en el artículo 165º del REGLAMENTO, por cuanto habría incumplido con las prestaciones a las cuales se encontraba obligada.

**Tercero punto controvertido.**- Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare la invalidez o ineficacia de la resolución de CONTRATO, efectuada por el DEMANDANTE a través de la Carta Notarial de fecha 3 de marzo de 2016.

**Cuarto punto controvertido.**- Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene al DEMANDANTE pagar a favor de ESSALUD, los daños y perjuicios que ha ocasionado con su conducta negligente.

### **Costos y costas del proceso:**

Adicionalmente, el Tribunal Arbitral señaló que iría a pronunciarse en el laudo acerca de los costos del proceso y su posible condena

**Laudo de derecho**

Expediente N° 067-2016/MARCPERU/ADM/EPL

Caso Arbitral: HANAI S.R.L. - SEGURO SOCIAL DE SALUD ESSALUD

**Tribunal Arbitral**

Miguel Angel Santa Cruz Vital (Presidente)

Sergio Antonio Calderón Rossi (Árbitro)

Luis Álvaro Zúñiga León (Árbitro)

95. A su vez, en la Resolución N° 12, se precisó que los medios de prueba incorporados a los actuados, de acuerdo a lo dispuesto en la regla 28 del acta de la Audiencia de Instalación, eran los siguientes:

**Del DEMANDANTE:**

1. Los medios probatorios documentales ofrecidos en el rubro "IV. Medios Probatorios ofrecidos", del escrito N° 1 "Demanda arbitral" de fecha 29 de diciembre del año 2016, con las precisiones indicadas a través del Segundo considerando de la Resolución N° 1 de fecha 27 de enero de 2017.
2. Los medios probatorios documentales ofrecidos en el Segundo Otrosí Digo del escrito N° 2 "Contesta la Reconvención y deduce excepción de caducidad" de fecha 22 de marzo del año 2017.

En relación al documento detallado en el numeral 1 (Informe de la Oficina de Recurso Humanos que se deberá requerir a la Entidad, o de la oficina que corresponda, en que se detalle el honorario laboral de la Dra. Aracelly Soria Eguía) se otorgó a ESSALUD un plazo de diez (10) días hábiles a fin de que cumpla con su presentación.

**De ESSALUD:**

1. Los medios probatorios ofrecidos por en el acápite "42. Medios Probatorios y Anexos" del escrito N° 1 "Contestación de demanda" de fecha 21 de febrero de 2017.
2. Los medios probatorios ofrecidos por en el acápite "44. Medios Probatorios y Anexos" del escrito N° 2 "Reconvención" de fecha 21 de febrero de 2017.
3. La documentación acompañada por ESSALUD a su escrito "Absolvemos Excepción" de fecha 24 de abril de 2017.

96. De otro lado, declararon infundada la tacha formulada por el DEMANDANTE contra los medios de prueba ofrecido por ESSALUD en el acápite "42. Medios

**Laudo de derecho**

Expediente N° 067-2016/MARCPERU/ADM/EPL  
Caso Arbitral: HANAI S.R.L. - SEGURO SOCIAL DE SALUD ESSALUD

**Tribunal Arbitral**

Miguel Angel Santa Cruz Vital (Presidente)  
Sergio Antonio Calderón Rossi (Árbitro)  
Luis Álvaro Zúñiga León (Árbitro)

Probatorios y Anexos" del escrito N° 1 "Contestación de demanda" de fecha 21 de febrero de 2017, sin perjuicio del análisis que realice en su oportunidad.

97. De otro lado, respecto a la pericia ofrecida por el DEMANDADO, el colegiado otorgó un plazo para su presentación.

**VII.2 Tramitación posterior y alegatos**

98. De acuerdo a lo programado, el 28 de junio de 2017 se llevó a cabo la Audiencia Especial de Sustentación de Hechos y Aspectos Técnicos. En la misma, los representantes de ambas partes tuvieron el uso de palabra, exponiendo así los hechos y aspectos técnicos que sustenten sus posiciones.
99. Con fecha 18 de julio de 2017, el DEMANDANTE presentó el escrito N° 06, "Acumulación de pretensiones". No obstante, mediante Resolución N° 17 de fecha 14 de diciembre de 2017, el Tribunal Arbitral declaró improcedente el pedido de acumulación de pretensiones solicitado por HANAI, debido a que las pretensiones que buscaba acumular surgieron de contratos distintos al que dio origen a la presente controversia.
100. Por otro lado, con Resolución N° 15 de fecha 25 de septiembre de 2017, el Tribunal Arbitral tuvo por desistido a ESSALUD, del medio probatorio consistente en una pericia de parte, ofrecido en su escrito N° 2 con sumilla "Reconvención" de fecha 21 de febrero del año 2017, cuyo plazo para su presentación se decretó mediante el tercer artículo resolutivo de la Resolución N° 4, y se reiteró con las Resoluciones N° 5 y N° 10.
101. Es con Resolución N° 20 de fecha 1 de febrero de 2018 que se dejó constancia que ESSALUD no había cumplido con la exhibición solicitada, esto es, la presentación de un informe de la Oficina de Recursos Humanos, u oficina que corresponda, en el que se detalle el horario laboral de la doctora Aracelly Soria Eguía.

Asimismo, se dejó constancia que los medios de prueba presentados por las partes, luego de la expedición de la Resolución N° 12, se encontraban

**Laudo de derecho**

Expediente N° 067-2016/MARCPERU/ADM/EPL

Caso Arbitral: HANAI S.R.L. - SEGURO SOCIAL DE SALUD ESSALUD

**Tribunal Arbitral**

Miguel Angel Santa Cruz Vital (Presidente)

Sergio Antonio Calderón Rossi (Árbitro)

Luis Álvaro Zúñiga León (Árbitro)

incorporados al expediente, de conformidad a la regla 28 de Acta de Instalación.  
Así las cosas, se declaró concluida la etapa de pruebas.

102. De acuerdo al plazo otorgado, tanto ESSALUD como HANAI presentaron sus alegatos con fecha 16 y 22 de febrero de 2018, respectivamente. Los mismos que fueron tramitados a través de la Resolución N° 22.
103. Posteriormente, con fecha 24 de octubre de 2018, se realizó la Audiencia de Informes Orales. A la misma que acudieron los representantes de ambas partes, a quienes el Tribunal les otorgó el uso de la palabra a fin de que informen oralmente sobre la controversia.
104. Finalmente, mediante Resolución N° 30 de fecha 18 de enero de 2019, el Tribunal estableció el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles, prorrogables por treinta (30) días hábiles adicionales. En ese sentido, con Resolución N° 32 del 28 de febrero de 2019 se dispuso ampliar el plazo para emitir el laudo, precisándose que el mismo vencería el 17 de abril de 2019.

### **VIII. CONSIDERANDO**

#### **VIII.1 Cuestiones preliminares**

105. Antes de analizar la materia controvertida, corresponde confirmar lo siguiente:

- (i) El Tribunal Arbitral se constituyó de acuerdo al convenio arbitral celebrado por las partes.
- (ii) En ningún momento se impugnó o reclamó contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación.
- (iii) El DEMANDANTE presentó su escrito de demanda dentro del plazo dispuesto en las reglas del proceso y también tuvo oportunidad de contestar la reconvención formulada por ESSALUD.
- (iv) ESSALUD fue debidamente emplazada con la demanda y contestó dentro del plazo establecido, así como planteó reconvención.

**Laudo de derecho**

Expediente N° 067-2016/MARCPERU/ADM/EPL

Caso Arbitral: HANAI S.R.L. - SEGURO SOCIAL DE SALUD ESSALUD

**Tribunal Arbitral**

Miguel Ángel Santa Cruz Vital (Presidente)

Sergio Antonio Calderón Rossi (Árbitro)

Luis Álvaro Zúñiga León (Árbitro)

- (v) Las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios.
- (vi) El Tribunal Arbitral deja constancia de que, en el estudio, análisis del presente arbitraje, se han tenido en cuenta todos los argumentos y las alegaciones efectuadas por las partes, así como todos los medios probatorios aportados, efectuándose un análisis y valoración en conjunto de los mismos, de manera que la no referencia a un argumento o a una prueba no supone que no haya sido tomada en cuenta o analizada para su decisión.
- (vii) Los hechos a los que se refiere el análisis del caso son los establecidos en los Antecedentes, en concordancia con la información que obra en los actuados del proceso, así como los que se mencionan en los demás acápite del presente Laudo.
- (viii) Este colegiado, conforme lo establecido en el Artículo 139º numeral 1 de la Constitución Política del Perú, ejerce función jurisdiccional y, por lo tanto, no se encuentra subordinado a ningún órgano administrativo o de cualquier otra índole, ejerciendo sus funciones con absoluta independencia, en el marco de las competencias que son propias a su naturaleza.
- (ix) En el análisis de las pretensiones, el Tribunal Arbitral se ha reservado el derecho de seguir el orden que estima más conveniente para la solución de las controversias contenidas en los puntos controvertidos del presente caso arbitral.
- (x) El colegiado está procediendo a emitir el laudo dentro del plazo que corresponde a las reglas de este proceso.

### **VIII.2 ANÁLISIS DE LAS PRETENSIONES**

106. A continuación, el Tribunal Arbitral realizará el análisis de los puntos controvertidos establecidos en este proceso, sobre la base de las pretensiones formuladas por el DEMANDANTE en su escrito de demanda, así como aquellas planteadas por ESSALUD en su escrito de reconvención.

**Lauto de derecho**

Expediente N° 067-2016/MARCPERU/ADM/EPL

Caso Arbitral: HANAI S.R.L. - SEGURO SOCIAL DE SALUD ESSALUD

**Tribunal Arbitral**

Miguel Angel Santa Cruz Vital (Presidente)

Sergio Antonio Calderón Rossi (Árbitro)

Luis Álvaro Zúñiga León (Árbitro)

107. Cabe indicar que HANAI ha deducido excepción de caducidad contra la segunda pretensión principal de la reconvención, no obstante, toda vez que esta se encuentra vinculada con los argumentos de fondo desarrollados por ambas partes será resuelta al analizar la referida pretensión.

108. Ahora bien, en el primer punto controvertido, tenemos que el DEMANDANTE solicita la devolución de las cartas fianza entregadas en su oportunidad, como efecto de la resolución del CONTRATO que, a su parecer, habría quedado consentida. A la par, tenemos que, en el tercer punto controvertido, ESSALUD observa este consentimiento y, por su parte, solicita declarar la invalidez e ineficacia de la resolución del CONTRATO. En atención a lo anterior y, a fin de mantener el orden en la resolución de las pretensiones, el Tribunal Arbitral resolverá primero el tercer punto controvertido que corresponde a la segunda pretensión de la reconvención y es el siguiente:

**"Tercero Punto Controvertido.-** Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare la invalidez o ineficacia de la resolución de CONTRATO, efectuada por el DEMANDANTE a través de la Carta Notarial de fecha 3 de marzo de 2016."

109. Sin perjuicio de desarrollar los argumentos de cada una de las partes que además han sido precisados en los Vistos, debe partirse de considerar que con fecha 21 de mayo de 2014 las partes suscribieron el CONTRATO, que tenía como objeto el suministro de medicamentos para las redes asistenciales de ESSALUD por un período de doce meses y cuyo monto fue de S/. 200,495.80 (Doscientos mil cuatrocientos noventa y cinco con 80/100 Soles). Conforme a la descripción, el medicamento era Hidroxietil Almidón 6% X 500 ML.

110. El día 9 de julio de 2015 se suscribió una Adenda al CONTRATO, cuyo propósito, tal como se recogiera en los términos del documento, fue "modificar el Cuadro de Distribución, de acuerdo a las necesidades del usuario y al existir prestaciones pendientes de ejecución a cargo de EL CONTRATISTA, para estos efectos, se amplía el plazo de ejecución contractual conforme al detalle de la cláusula primera."

111. A mayor detalle, la Adenda contenía las siguientes cláusulas:

**Laudo de derecho**

Expediente N° 067-2016/MARCPERU/ADM/EPL

Caso Arbitral: HANAI S.R.L. - SEGURO SOCIAL DE SALUD ESSALUD

**Tribunal Arbitral**

Miguel Angel Santa Cruz Vital (Presidente)

Sergio Antonio Calderón Rossi (Árbitro)

Luis Álvaro Zúñiga León (Árbitro)

**CLAUSULA PRIMERA: OBJETO**

**LA ENTIDAD** y **EL CONTRATISTA** acuerdan suscribir la Adenda al Contrato "Hidroxietil almidón 6 % x 500 ml", de la Licitación Pública N° 03-2014-ESSALUD/GCL(1499IL0031), para el suministro oportuno de los medicamentos referentes al ítem N°16 "Hidroxietil almidón 6 % x 500 ml", por existir prestaciones pendientes de ejecutar, correspondiendo modificar el Cuadro de Distribución debiendo efectuarse las entregas de acuerdo al Anexo N° 04.

**CLAUSULA SEGUNDA: DE LAS ENTREGAS**

Las entregas que efectuará **EL CONTRATISTA** a favor de **LA ENTIDAD** referente al ítem N°16 "Hidroxietil almidón 6 % x 500 ml. Se realizarán durante la tercera semana de cada mes, según el cronograma establecido. Las Órdenes de Compra a partir de la segunda entrega podrán ser recepcionadas por el contratista hasta con una anticipación mínima de veinticinco (25) días calendario con respecto al primer día de la fecha de entrega.

Sin embargo, la Gerencia Central de Logística podrá variar las fechas señaladas comunicándolo con una anticipación de cinco (05) días a **EL CONTRATISTA** previa coordinación.

**CLAUSULA TERCERA: RATIFICACION**

En todo lo que no se oponga a lo pactado en este documento se seguirán aplicando las condiciones del contrato original formalizado con fecha 21 de mayo de 2014.

No existiendo dolo ni mala fe al momento de la suscripción de la presente adenda las partes en señal de conformidad con el contenido del presente documento, lo suscriben por duplicado en la ciudad de Lima, el 09 de julio del 2015

112. De acuerdo al cuadro de distribución se tenía previsto entonces el suministro de medicamentos hasta julio del año 2016. Sin embargo, mediante Carta N° 024-H-GV-16 entregada el 1 de febrero de 2016, el DEMANDANTE solicitó ampliación de plazo, debido a que informó que su proveedor atravesaba por un problema de desabastecimiento y no podía cumplir con sus obligaciones. Como respuesta a ello, ESSALUD remitió la carta N° 337-CEABE-ESSALUD-2016 del 15 de febrero de 2016, en la que declaró improcedente el pedido formulado por HANAI.
113. Posteriormente y, a través de la Carta Notarial N° 52154 de fecha 3 de marzo de 2016, HANAI resolvió el CONTRATO. En su comunicación, el DEMANDANTE indicó que procedía a la resolución sin responsabilidad de ninguna de las partes, por causa de fuerza mayor que imposibilitaba su continuación. Es, entonces, esta resolución la que ha sido cuestionada por ESSALUD, no obstante, HANAI también ha observado el hecho que el cuestionamiento del DEMANDADO no se habría realizado dentro de los plazos de caducidad previstos en las normas de contrataciones públicas.
114. En efecto, con escrito presentado el 22 de marzo de 2017, HANAI dedujo excepción de caducidad contra la segunda pretensión de la reconvenCIÓN, que

es objeto del tercer punto controvertido en análisis. HANAI refirió que ESSALUD no sometió la controversia sobre la resolución del CONTRATO dentro del plazo de quince (15) días. Por su parte, al contestar a la excepción de caducidad, ESSALUD señaló que en el último día envió a un practicante a notificar el inicio del arbitraje. Sin embargo, al apersonarse en el domicilio del DEMANDANTE se negaron a recibir el documento, por lo que retornó a las instalaciones de ESSALUD.

115. Ante ello, el DEMANDADO indica que la abogada de su parte se apersonó nuevamente al domicilio sin que ninguna persona le abriera. Para acreditar este hecho hace referencia a un Acta de Notificación certificada por el notario Donato Carpio Vélez.
116. Al respecto, debemos partir de considerar que el artículo 52 de la LEY es el que establece los plazos de caducidad, de acuerdo a los términos siguientes:

**"Artículo 52.- Solución de controversias**

(...)

52.2 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. (...)

**Todos los plazos previstos son de caducidad"**

(El resaltado y subrayado es de los árbitros)

117. Este plazo además no ha sido cuestionado por las partes, quienes coinciden que el plazo para iniciar alguno de estos procedimientos vencía el 28 de marzo de 2016. A pesar de lo anterior, el debate se centra en si HANAI fue notificada o no con el documento en el que ESSALUD solicitaba el inicio a arbitraje.
118. Como ha manifestado ESSALUD, en autos se encuentra el Acta de Notificación del 28 de marzo de 2016, documento en el que principalmente, se describe lo siguiente:

**Lauto de derecho**

Expediente N° 067-2016/MARCPERU/ADM/EPL

Caso Arbitral: HANAI S.R.L. - SEGURO SOCIAL DE SALUD ESSALUD

**Tribunal Arbitral**

Miguel Angel Santa Cruz Vital (Presidente)

Sergio Antonio Calderón Rossi (Árbitro)

Luis Álvaro Zúñiga León (Árbitro)

Acta de Notificación

En el Jirón Cabo Gutarra N° 779, distrito de Pueblo Libre, ciudad de Lima, siendo las 18:20 horas del día 28 de marzo de 2016, la que suscribe el presente acta, se apersonó al domicilio antes indicado, correspondiente a la empresa HANAI S.R.L., para llevar a cabo la diligencia de notificación personal de los siguientes documentos:

Carta N° 742-GCAJ-ESSALUD-2016, cuyo asunto es Petición de arbitraje; se adjunta copia simple de Poder y copia simple de D.N.I., así como copia del contrato de Suministro N° 4600045104 respecto al ítem 54 derivado de la Licitación Pública N° 04-2014-ESSALUD/GCL.

Carta N° 743-GCAJ-ESSALUD-2016, cuyo asunto es Petición de arbitraje; se adjunta copia simple de Poder y copia simple de D.N.I., así como copia del contrato de Suministro N° 4600043735 respecto al ítem 16 derivado de la Licitación Pública por subasta Inversa Presencial N° 03-2014-ESSALUD/GCL.

Carta N° 744-GCAJ-ESSALUD-2016, cuyo asunto es Petición de arbitraje; se adjunta copia simple de Poder y copia simple de D.N.I., así como copia del contrato de Suministro N° 4600043452 respecto al ítem 68 derivado de la Licitación Pública N° 11-2013-ESSALUD/GCL.

Carta N° 745-GCAJ-ESSALUD-2016, cuyo asunto es Petición de arbitraje; se adjunta copia simple de Poder y copia simple de D.N.I., así como copia del contrato de Suministro N° 4600045395 respecto al ítem 39 derivado de la Licitación Pública N° 04-2014-ESSALUD/GCL.

Sin embargo, al constatarse que en el domicilio no se encuentra persona alguna con quien llevar a cabo la diligencia, se procede a dejar bajo la puerta, los documentos antes señalados y la documentación adjunta, teniéndose a la empresa por bien notificada.

119. De manera adicional se encuentra la foto de la casa y características de esta. Igualmente, obra en el expediente arbitral la carta que habría sido entregada a HANAI solicitando el inicio del arbitraje.
120. De la revisión de estos medios de prueba, tenemos entonces que, pese a lo alegado por ESSALUD, no obra algún documento que pueda dar fe de manera fehaciente que HANAI haya sido debidamente notificado con la solicitud de arbitraje.
121. ESSALUD ha manifestado que un practicante se dirigió a este domicilio, pero no quisieron recibirle la comunicación, acto que no está probado en autos. Luego, el DEMANDANDO indica que a las 18:20 horas del mismo día -28 de marzo de 2016- la abogada de la Entidad se apersonó al domicilio, sin embargo, al no haber alguna persona dejó el documento bajo puerta.
122. Estos términos han sido asentados en el Acta de Notificación que ha sido transcrita en numerales anteriores, no obstante, esta declaración únicamente refiere al

Lauto de derecho

Expediente N° 067-2016/MARCPERU/ADM/EPL

Caso Arbitral: HANAI S.R.L. - SEGURO SOCIAL DE SALUD ESSALUD

Tribunal Arbitral

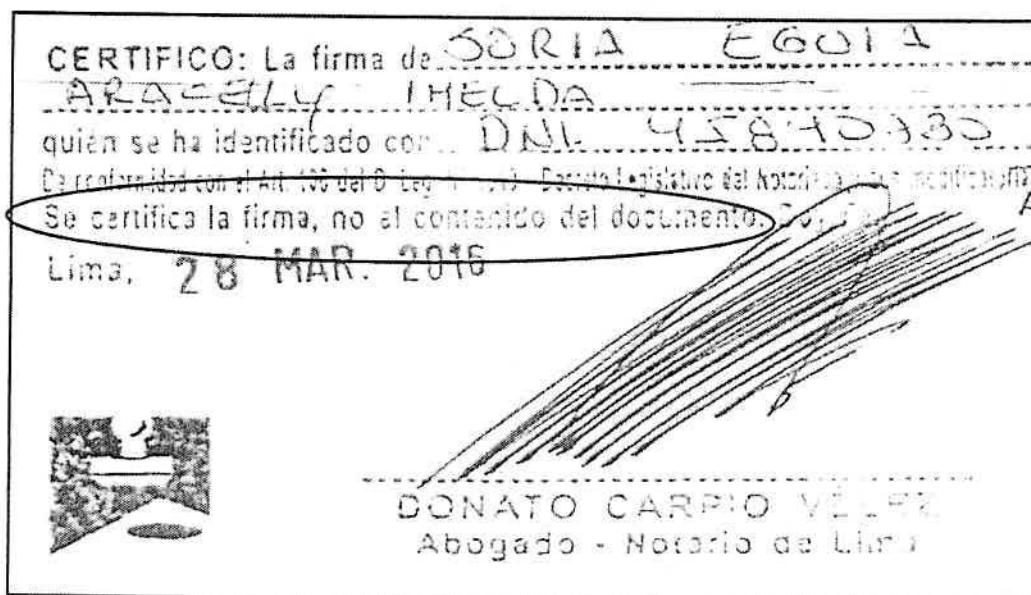
Miguel Angel Santa Cruz Vital (Presidente)

Sergio Antonio Calderón Rossi (Árbitro)

Luis Álvaro Zúñiga León (Árbitro)

dicho de la abogada de ESSALUD, sin que se pueda acreditar de manera cierta que el documento en efecto fue notificado.

123. Un tema a considerar a su vez es que, si bien interviene el doctor Donato Carpio Vélez, Notario Público de Lima, su participación se circumscribe únicamente a certificar la firma de la abogada, mas no para dar fe del contenido del acta, es decir, no da fe de la supuesta entrega de la solicitud de arbitraje formulada por ESSALUD contra HANAI. A saber:



124. En ese sentido, para este Tribunal Arbitral no resulta concluyente que HANAI haya sido notificada con la solicitud de arbitraje de ESSALUD dentro del plazo establecido en la LEY, por lo que la excepción de caducidad deducida por el DEMANDANTE es **FUNDADA**.
125. En el mismo sentido, al no haberse cuestionado la resolución del CONTRATO dentro del plazo de caducidad, esta ha quedado consentida. Para ello, debe recordarse que el artículo 170 del REGLAMENTO establece:

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

(El resaltado y subrayado es de los árbitros)

126. Establecido ello, ESSALUD no puede cuestionar la invalidez o ineficacia de la resolución de CONTRATO, efectuada por el DEMANDANTE a través de la Carta Notarial de fecha 3 de marzo de 2016, por lo que la segunda pretensión principal de la reconvención planteada por ESSALUD<sup>4</sup>, deviene en **INFUNDADA**.
127. A continuación, se desarrollará el segundo punto controvertido que recoge los términos de la Primera Pretensión Principal de la reconvención y es la siguiente:

**Segundo Punto Controvertido.-** Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene al DEMANDANTE pagar a favor de ESSALUD, por concepto de penalidades de acuerdo a lo establecido en el artículo 165º del REGLAMENTO, por cuanto habría incumplido con las prestaciones a las cuales se encontraba obligada.

- 
128. ESSALUD sostuvo que habría requerido el cumplimiento de obligaciones, pero HANAI no llegó a cumplir. Agrega que el DEMANDANTE no cuestionó la resolución que declaró improcedente el pedido de ampliación de plazo dentro de los quince días que señala el REGLAMENTO, así como deja constancia que la resolución del CONTRATO no exceptúa del pago de penalidades por parte de HANAI, dejando constancia que el monto de su pretensión asciende a S/. 20,496.00 Soles<sup>5</sup>. Por su parte, el DEMANDANTE señala que no incurrió en un retraso injustificado, sino que se debió a un hecho de caso fortuito o fuerza mayor.
  129. En anterior punto controvertido, los árbitros han establecido que la resolución del CONTRATO ha quedado consentida, pese a ello y, sin ánimos de cuestionar la resolución del CONTRATO, el colegiado sí considera importante destacar que tal como se ha hecho referencia el DEMANDANTE solicitó una ampliación de plazo, que fuera denegada por ESSALUD mediante comunicación del 15 de febrero de 2016. Frente a ello, el DEMANDANTE no recurrió a los mecanismos de solución de

<sup>4</sup> A saber: Que se declare la invalidez o ineficacia de la Resolución de Contrato realizada mediante Carta Notarial de fecha 03 de marzo de 2016, con la cual proceden a resolver el Contrato.

<sup>5</sup> Conforme al escrito con sumilla "Amplia Contestación de Demanda y Adjunta Documentos", ingresado el 14 de julio del año 2017 por el DEMANDANTE.

controversias dispuestos en el REGLAMENTO, y por tanto incurrió en retraso en la ejecución de sus prestaciones.

130. Siendo ello así, corresponde evaluar si estamos frente a un retraso injustificado, supuesto en el cual se aplicarían las penalidades que se reclaman. Estos términos son recogidos en la Vigésimo Segunda Cláusula del CONTRATO cuando establece lo siguiente:

**CLÁUSULA VIGÉSIMO SEGUNDA: PENALIDADES**

Si EL CONTRATISTA incurre en retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, LA ENTIDAD le aplicará una penalidad por cada día de atraso, hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del ítem, en concordancia con el artículo 165º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado

En todos los casos, la penalidad se aplicará automáticamente y se calculará de acuerdo a la siguiente fórmula:

$$\text{Penalidad Diaria} = \frac{0.10 \times \text{Monto total de la prestación parcial del ítem}}{F \times \text{Plazo en días}}$$

Donde:

F = 0.40

Plazo en días = Plazo de la prestación parcial

Esta penalidad será deducida de los pagos a cuenta, del pago final o en la liquidación final; o si fuese necesario se cobrará del monto resultante de la ejecución de las garantías de Fiel Cumplimiento o por el monto diferencial de la propuesta (de ser el caso).

Cuando se llegue a cubrir el monto máximo de la penalidad, LA ENTIDAD podrá resolver el contrato por incumplimiento.

La justificación por el retraso se sujeta a lo dispuesto por la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, el Código Civil y demás normas aplicables, según corresponda.

131. HANAI ha expresado que no se trata de retraso injustificado, toda vez que ocurrió un hecho de caso fortuito. Para ello, refiere que se cumplen con las características de un hecho de esta naturaleza.
132. El artículo 1315º del Código Civil define al caso fortuito o fuerza mayor en los términos siguientes: "[C]aso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un **evento extraordinario, imprevisible e irresistible**, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso." (El subrayado y agregado es de los árbitros).

**Laudo de derecho**

Expediente N° 067-2016/MARCPERU/ADM/EPL

Caso Arbitral: HANAI S.R.L. - SEGURO SOCIAL DE SALUD ESSALUD

**Tribunal Arbitral**

Miguel Angel Santa Cruz Vital (Presidente)

Sergio Antonio Calderón Rossi (Árbitro)

Luis Álvaro Zúñiga León (Árbitro)

133. Definido ello así, corresponderá entonces determinar si la falta de ejecución de las prestaciones se enmarca dentro de un hecho de esta naturaleza, es decir, es un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, por cuanto se requiere verificar la concurrencia de todos estos elementos para calificarlo como tal.

**Extraordinario:** Calificamos como extraordinario un evento cuando este escapa a la esfera de lo común. Fernando de Trazegnies adopta un criterio basado en la tipicidad para distinguir entre un evento ordinario o extraordinario. Así, un evento sería extraordinario en tanto constituya un hecho atípico para una determinada actividad. De esta manera, "... [El incendio originado por el estallido de una] bomba en el cine sería un hecho extraordinario (atípico); por el contrario, un incendio originado por el descuido de un espectador [...], no lo sería"<sup>6</sup>.

En el caso de autos, HANAI sostiene que es un evento extraordinario, toda vez que no es usual que una contratación con pago adelantado al proveedor con una carta de crédito no cumpla con la finalidad. Pese a lo indicado, como hemos definido la palabra extraordinario difiere de algo natural y, en un contrato de esta naturaleza bien podría ocurrir que las medicinas, objeto de contratación puedan estar agotadas por un tiempo o no puedan adquirirse a un determinado momento, por lo que para este Tribunal Arbitral la ocurrencia del retraso desde este punto de vista no califica como extraordinario.

**Imprevisibilidad:** De la Puente y Lavalle, citando a Albaladejo, la define como "la imposibilidad de representarse razonablemente el acontecimiento, es decir, según un criterio de lógica común, como evento verificable entre la celebración y la ejecución del contrato."<sup>7</sup> Para HANAI, es imprevisible porque "a pesar que el Contratista realizó las operaciones comerciales necesarias para cumplir con el suministro de los productos a la Entidad, no había forma que pudiera anticiparse al incumplimiento del proveedor extranjero."

Este colegiado contempla que la imprevisibilidad va más allá de lo argumentado por HANAI y no sólo está en el hecho de anticiparse al incumplimiento del proveedor, el cual eventualmente también puede pasar, debido a que como toda relación comercial está sujeta a riesgos; sino que también habrá que observar que resulta previsible que el medicamento bien no pueda llegar a

<sup>6</sup> DE TRAZEGNIES, Fernando. La Responsabilidad Extracontractual. Tomo I. 4ta ed. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1995, p. 319.

<sup>7</sup> DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El Contrato en General. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil. Palestra Editores: Lima, 2001. Tomo II, p. 599.

**Laudo de derecho**

Expediente N° 067-2016/MARCPERU/ADM/EPL

Caso Arbitral: HANAI S.R.L. - SEGURO SOCIAL DE SALUD ESSALUD

**Tribunal Arbitral**

Miguel Angel Santa Cruz Vital (Presidente)

Sergio Antonio Calderón Rossi (Árbitro)

Luis Álvaro Zúñiga León (Árbitro)

tiempo o pueda tardar debido a la distancia y en atención a que disponía de este único proveedor. Por tanto, este hecho tampoco puede ser calificado de imprevisible.

**Irresistibilidad:** Sobre este concepto, Revoredo considera que de acuerdo al artículo 1315 del Código Civil, debe entenderse como "... la imposibilidad de cumplimiento. La dificultad de cumplimiento no exonera al deudor, aún cuando la prestación se haya convertido en más onerosa de lo previsto. Tampoco interesa la situación personal del deudor; la ausencia de medios económicos para cumplir la obligación no tiene fuerza liberatoria."<sup>8</sup>

Según lo expuesto por el DEMANDANTE, ello ocurre "... debido a la improcedencia de la ampliación de plazo solicitada a la Entidad, resulta imposible que el Contratista pueda cumplir con entregar los productos en el plazo original". El Tribunal Arbitral comparte la afirmación de HANAI en el sentido que no podía cumplir con la obligación no sólo por la improcedencia de su solicitud de ampliación de plazo, sino que como ha sido señalado durante el proceso disponía de un único proveedor que era el autorizado para proporcionar el medicamento, lo que imposibilitaba ejecutar la prestación conforme lo pactado.

134. En ese orden de ideas, tenemos que existió un retraso por parte de HANAI, que no puede ser definido como un hecho de fuerza mayor, al no calificar como un hecho extraordinario ni imprevisible. En atención a lo indicado en el numeral anterior, puede concluirse que existió un retraso injustificado de parte de HANAI. Con ello, es que corresponde que ESSALUD aplique las penalidades que se hayan devengado desde la demora en la prestación hasta la resolución del CONTRATO.
135. Por tanto, se declara **FUNDADA** la Primera Pretensión de ESSALUD, debiendo aplicarse las penalidades que correspondan.
136. De lo antes expuesto, el Tribunal Arbitral considera conveniente resolver la primera pretensión de la demanda, que ha sido recogida en el primer punto controvertido, como se precisa a continuación:

**Primer Punto Controvertido.-** Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare de conformidad a los artículos 169º y 170º del Reglamento

<sup>8</sup> REVOREDO DE DEBAKEY, Delia. Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios. Lima, 1985. Parte III, P. 441.

**Laudo de derecho**

Expediente N° 067-2016/MARCPERU/ADM/EPL

Caso Arbitral: HANAI S.R.L. - SEGURO SOCIAL DE SALUD ESSALUD

**Tribunal Arbitral**

Miguel Angel Santa Cruz Vital (Presidente)

Sergio Antonio Calderón Rossi (Árbitro)

Luis Álvaro Zúñiga León (Árbitro)

de la Ley de Contrataciones del Estado (en adelante, REGLAMENTO), que ESSALUD devuelva a favor del DEMANDANTE, como efecto jurídico de la Resolución del Contrato N° 4600043735 (en adelante, CONTRATO) que habría quedado consentida, las siguientes cartas fianzas:

- Carta Fianza N° 0011-0362-9800166957-15 por S/. 228,298.25
- Carta Fianza N° 0011-0362-9800166892-14 por S/. 20,049.58

137. HANAI solicita la devolución de las cartas fianza entregadas en el marco de la suscripción del CONTRATO, como resultado de la resolución de éste. Nótese que en la Décimo Octava cláusula del CONTRATO, se acordó la entrega de las referidas garantías en los términos siguientes:

**CLÁUSULA DÉCIMO OCTAVA: GARANTÍAS (CARTAS FIANZAS)**

EL CONTRATISTA entrega a la suscripción del contrato la respectiva garantía solidaria, irrevocable, incondicional y de realización automática a sólo requerimiento, a favor de LA ENTIDAD, por los conceptos, importes y vigencias siguientes:

- De fiel cumplimiento del contrato<sup>2</sup>: S/. 20,049.58 (Veinte Mil Cuarenta y Nueve con 58/100 Nuevos Soles) a través de la Carta Fianza N° 0011-0362-9800166892-14 emitida por el BBVA Continental. Cantidad que es equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato original, la misma que deberá mantenerse vigente hasta la conformidad de la recepción de la prestación.
- Garantía por el monto diferencial de la propuesta<sup>3</sup>: S/. 228,298.25 (Doscientos Veintiocho Mil Doscientos Noventa y Ocho con 25/100 Nuevos Soles) a través de la Carta Fianza N° 0011-0362-9800166957-15 emitida por el BBVA Continental, la misma que deberá mantenerse vigente hasta la conformidad de la recepción de la prestación.

138. Al respecto, debe recordarse que el artículo 149 del REGLAMENTO, prescribe que "El contrato tiene vigencia desde el día siguiente de la suscripción del documento que lo contiene o, en su caso, desde la recepción de la orden de compra o de servicio."; por su parte, en su segundo párrafo, dispone que "Tratándose de la adquisición de bienes y servicios, el contrato rige hasta que el funcionario competente dé la conformidad de la recepción de la prestación a cargo del contratista y se efectúe el pago." (El subrayado es agregado).
139. Por su parte, el primer párrafo del artículo 42 de la LEY señala que, "Los contratos de bienes y servicios culminan con la conformidad de recepción de la última prestación pactada y el pago correspondiente"; mientras que, el primer párrafo del artículo 177 del REGLAMENTO señala que "Luego de haberse dado la conformidad a la prestación se genera el derecho al pago del contratista.

**Laudo de derecho**

Expediente N° 067-2016/MARCPERU/ADM/EPL

Caso Arbitral: HANAI S.R.L. - SEGURO SOCIAL DE SALUD ESSALUD

**Tribunal Arbitral**

Miguel Angel Santa Cruz Vital (Presidente)

Sergio Antonio Calderón Rossi (Árbitro)

Luis Álvaro Zúñiga León (Árbitro)

Efectuado el pago culmina el contrato y se cierra el expediente de contratación respectivo." (El subrayado es agregado).

140. Ahora bien, sobre el pedido del DEMANDANTE tenemos que, conforme a las normas de contrataciones, para la suscripción del contrato, el postor ganador de la Buena Pro debe presentar, una garantía de fiel cumplimiento y una garantía por el monto diferencial de la propuesta, las cuales deberán tener vigencia hasta la emisión de la conformidad de la prestación por parte de la Entidad.
141. En ese orden de ideas, una vez que ESSALUD haya emitido la conformidad de la prestación se genera el derecho de pago de HANAI al igual que el deber de efectuar la devolución de las garantías de fiel cumplimiento y por el monto diferencial de las propuestas que se hubiesen presentado.
142. En el caso de la carta fianza de fiel cumplimiento y la carta fianza por el monto diferencial de la propuesta, el propósito es justamente garantizar la ejecución de la prestación este colegiado considera que aún no procede la devolución debido a que se ha determinado el pago de penalidades como consecuencia del retraso en que incurrió HANAI hasta antes de resolver el CONTRATO, por lo que se declara **INFUNDADA** esta pretensión.
143. Finalmente, ESSALUD solicita el pago de daños y perjuicios de acuerdo a los siguientes términos:

*MM*  
**Cuarto Punto Controvertido.**- Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene al DEMANDANTE pagar a favor de ESSALUD, los daños y perjuicios que ha ocasionado con su conducta negligente.

144. Durante el proceso arbitral, ESSALUD ofreció una pericia de parte, con el propósito de sustentar los daños y perjuicios que reclama por su pretensión. Con posterioridad, esta parte se desistió del medio de prueba.
145. A ello se suma que, en el expediente arbitral, no obran documentos que puedan acreditar la existencia de los daños alegados por dicha parte, cabe indicar que con escrito de fecha 14 de julio de 2017, ESSALUD únicamente realizó un procedimiento que daría cuenta del daño sufrido, sin embargo, ello no resulta suficiente para la procedencia de esta pretensión, más aún cuando el CONTRATO ya está resuelto.

Tribunal Arbitral

Miguel Angel Santa Cruz Vital (Presidente)  
Sergio Antonio Calderón Rossi (Árbitro)  
Luis Alvaro Zúñiga León (Árbitro)

**IX. DE LOS COSTOS Y COSTAS DEL ARBITRAJE**

146. En relación a las costas y costos, los artículos 56, 69, 70 y 73 de la LEY DE ARBITRAJE, 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, y que, si el convenio no contiene pacto alguno, los árbitros se pronunciarán en el laudo sobre su condena o exoneración, teniendo en cuenta el resultado o sentido del mismo. Si no hubiera condena, cada parte cubrirá sus gastos y los que sean comunes en iguales proporciones.
147. Al respecto, los costos incluyen, pero no se limitan, a las retribuciones de los árbitros y de los abogados de las partes; y, en su caso, la retribución a la institución arbitral o secretaría arbitral.
148. En este sentido, el Tribunal Arbitral ha apreciado durante la prosecución del proceso que ambas partes han actuado, finalmente, basadas en la existencia de razones para litigar que a su criterio resultan atendibles y, que por ello, han litigado honestamente y convencidas de sus posiciones ante la controversia. Por consiguiente, considera que no corresponde condenar a ninguna de ellas al pago exclusivo de los gastos del proceso arbitral y, en consecuencia, resulta conforme que cada parte asuma la porción que les corresponde.

Por lo que el Tribunal Arbitral;

**RESUELVE:**

**PRIMERO: DECLARAR FUNDADA** la excepción de caducidad deducida por HANAI.

**SEGUNDO: DECLARAR INFUNDADA** la Primera Pretensión de HANAI, por lo que no corresponde que ESSALUD devuelva la Carta Fianza N° 0011-0362-9800166957-15 por S/. 228,298.25 y la Carta Fianza N° 0011-0362-9800166892-14 por S/. 20,049.58, las que serán devueltas a HANAI siempre que éste acredite el pago de las penalidades reconocidas a favor de ESSALUD en el tercer punto resolutivo de este laudo arbitral.

**TERCERO: DECLARAR FUNDADA** la Primera Pretensión de ESSALUD, por lo que se ordena al DEMANDANTE pagar a favor de ESSALUD, la suma de S/ 20,496.00, por concepto de penalidades correspondientes por el retraso injustificado en la prestación ocurrida hasta la resolución del CONTRATO.

**Lauto de derecho**

Expediente N° 067-2016/MARCPERU/ADM/EPL

Caso Arbitral: HANAI S.R.L. - SEGURO SOCIAL DE SALUD ESSALUD

**Tribunal Arbitral**

Miguel Angel Santa Cruz Vital (Presidente)

Sergio Antonio Calderón Rossi (Árbitro)

Luis Álvaro Zúñiga León (Árbitro)

**CUARTO: DECLARAR INFUNDADA** la Segunda Pretensión de ESSALUD, por lo que no corresponde declarar la invalidez o ineficacia de la resolución de CONTRATO, efectuada por el DEMANDANTE a través de la Carta Notarial de fecha 3 de marzo de 2016, al haber quedado consentida.

**QUINTO: DECLARAR INFUNDADA** la Tercera Pretensión de ESSALUD, en consecuencia, no debe ordenarse un pago de daños y perjuicios a favor del DEMANDADO.

**SEXTO: FIJAR** los costos correspondientes a los honorarios del Tribunal Arbitral en la cantidad neta de S/. 27,944.70 (Veintisiete mil Novecientos Cuarenta y cuatro con 70/100 Soles) incluido los impuestos. **FIJAR** igualmente los honorarios de la secretaría arbitral en la cantidad de S/. 8,919.62 (Ocho mil Novecientos Diecinueve con 62/100 Soles) incluido el IGV.

**SÉPTIMO: DISPONER** que no ha lugar a condenar a ninguna de las partes en los costos de este arbitraje; en consecuencia, cada una de ellas deberá pagar en proporciones iguales los honorarios de los árbitros y los derechos por los servicios de la secretaría arbitral; debiendo igualmente asumir directamente los costos derivados de sus respectivas defensas legales.

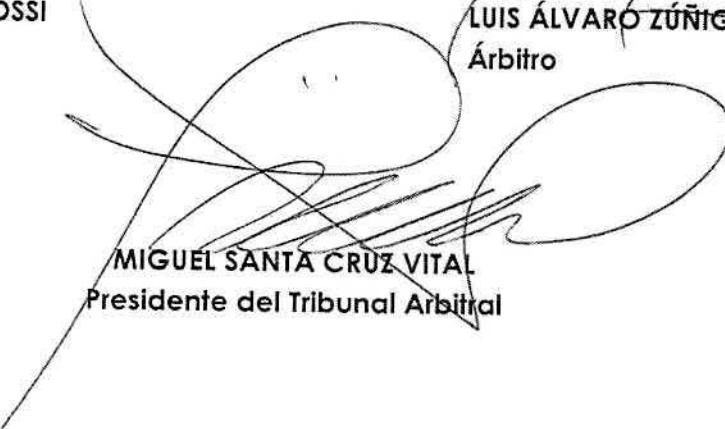
Notifíquese a las partes,



**SERGIO CALDERÓN ROSSI**  
Árbitro



**LUIS ÁLVARO ZÚÑIGA LEÓN**  
Árbitro



**MIGUEL SANTA CRUZ VITAL**  
Presidente del Tribunal Arbitral

**Exclusión e Interpretación**

**Laudo de derecho**

Expediente N° 067-2016/MARCPERU/ADM/EPL

Caso Arbitral: HANAI S.R.L. - SEGURO SOCIAL DE SALUD ESSALUD

**Tribunal Arbitral**

Miguel Angel Santa Cruz Vital (Presidente)

Sergio Antonio Calderón Rossi (Árbitro)

Luis Álvaro Zúñiga León (Árbitro)

**EXCLUSIÓN E INTERPRETACIÓN DEL LAUDO DE DERECHO DICTADO EN EL ARBITRAJE SEGUIDO POR LA EMPRESA HANAI S.R.L. CONTRA EL SEGURO SOCIAL DE SALUD - ESSALUD, ANTE EL TRIBUNAL ARBITRAL CONFORMADO POR EL ABOGADO MIGUEL ÁNGEL SANTA CRUZ VITAL, EN CALIDAD DE PRESIDENTE Y LOS ABOGADOS, SERGIO ANTONIO CALDERÓN ROSSI Y LUIS ÁLVARO ZÚÑIGA LEÓN, EN CALIDAD DE ÁRBITROS.**

**RESOLUCIÓN N° 37**

Lima, veintiséis de septiembre  
de dos mil diecinueve.-

**VISTOS:**

- i. El escrito N° 21 con sumilla "Solicito exclusión e interpretación de Laudo" presentado el 6 de mayo de 2019 por la empresa HANAI S.R.L. (en adelante, DEMANDANTE).
- ii. El escrito con sumilla "Absuelvo recursos contra el Laudo" presentado por el SEGURO SOCIAL DE SALUD (en adelante, ESSALUD).

**I. ANTECEDENTES..**

1. Con fecha 17 de abril de 2019, el Tribunal Arbitral expidió el Laudo, el mismo que fue notificado a las partes, conforme es de verse en los cargos que obran en el expediente.
2. Mediante escrito de Visto, DEMANDANTE solicita la exclusión e interpretación del Laudo.
3. En atención a lo anterior, mediante Resolución N° 34 de fecha 27 de mayo de 2019, se corrió traslado a la otra parte para que se pronuncie.
4. Se deja constancia que ESSALUD absolvio el traslado conforme al escrito de Vistos ii).
5. Mediante Resolución N° 35 del 9 de agosto de 2019, el Tribunal Arbitral dispuso resolver este pedido, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes.

*SM* *LP*  
El SOPORTE IDEAL PARA SU ARBITRAJE

**Exclusión e Interpretación**

**Laudo de derecho**

Expediente N° 067-2016/MARCPERU/ADM/EPL

Caso Arbitral: HANAI S.R.L. - SEGURO SOCIAL DE SALUD ESSALUD

**Tribunal Arbitral**

Miguel Angel Santa Cruz Vital (Presidente)

Sergio Antonio Calderón Rossi (Árbitro)

Luis Álvaro Zúñiga León (Árbitro)

6. Posteriormente, con la Resolución N° 36 del 28 de agosto de 2019, se dispuso ampliar en quince (15) días hábiles siguientes. Dicho plazo vence el 27 de septiembre de 2019.

**II. MARCO CONCEPTUAL.-**

7. Antes de iniciar el análisis de las solicitudes presentadas por el DEMANDANTE, resulta pertinente delimitar brevemente el marco conceptual que se aplicará al analizar esta solicitud y que, por tanto, sustenta la presente resolución.

8. Fundamentalmente, este marco conceptual se centrará en analizar en qué consisten los pedidos de exclusión e interpretación, conceptos que serán utilizados por el Tribunal Arbitral al evaluar aquello que ha solicitado una de las partes.

**EXCLUSIÓN.-**

9. La exclusión es una figura creada en el Decreto Legislativo N° 1071 (en adelante, LEY DE ARBITRAJE), que no tiene referencia alguna en el derecho arbitral comparado.

10. Según dispone el artículo 58(1)(d), este recurso tiene por finalidad:

**“(...) solicitar la exclusión del laudo de algún extremo que hubiera sido objeto de pronunciamiento, sin que estuviera sometido a conocimiento y decisión del tribunal arbitral o que no sea susceptible de arbitraje.”**

11. En otras palabras, sólo procederá recurrir a este recurso, cuando en el Laudo se haya resuelto sobre materia no sometida por las partes al arbitraje (extra petita) o cuando la materia que ha sido resuelta en el Laudo no puede ser legalmente sometida a arbitraje.

12. En ese sentido, Aramburú<sup>1</sup> nuevamente señala lo siguiente:

**“(...) los árbitros no pueden pronunciarse sobre aquello que no hubiere sido sometido por las partes a su conocimiento, puesto que depende de ellas la decisión de lo que quieren o no que los árbitros resuelvan. Así las cosas, es claro que un laudo que contenga materias no sometidas por las partes a decisión del**

<sup>1</sup>ARAMBURÚ YZAGA, Manuel Diego, Comentario al artículo 58 de la Ley de Arbitraje. En: Carlos Soto y Alfredo Bullard (Coordinadores), Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje. T. I, Instituto Peruano de Arbitraje, Tomo I, p. 661.

**Exclusión e Interpretación**

**Laudo de derecho**

Expediente N° 067-2016/MARCPERU/ADM/EPL

Caso Arbitral: HANAI S.R.L. - SEGURO SOCIAL DE SALUD ESSALUD

**Tribunal Arbitral**

Miguel Angel Santa Cruz Vital (Presidente)

Sergio Antonio Calderón Rossi (Árbitro)

Luis Álvaro Zúñiga León (Árbitro)

**tribunal arbitral podrá ser anulado total o parcialmente (esto último si es posible separar los excesos).**

13. Como bien dice la norma, mediante la exclusión se pretende que el tribunal arbitral excluya o retire del laudo algún extremo que ha sido resuelto por el tribunal pero que no fue sometido por las partes a su conocimiento.

**INTERPRETACIÓN.-**

14. De conformidad a lo dispuesto en el artículo 58(1)(b) de la LEY DE ARBITRAJE, corresponde a los árbitros interpretar cuando exista "algún extremo oscuro, impreciso o dudoso expresado en la parte decisoria del laudo o que influya en ella para determinar los alcances de la ejecución".

15. Como puede apreciarse, la interpretación tiene por objeto solicitar al árbitro o al tribunal arbitral que aclare: (i) aquellos extremos de la parte resolutiva de sus resoluciones que resulten oscuros o que aparezcan dudosos; o (ii) aquellos eslabones de la cadena de razonamiento que por ser oscuros o dudosos tengan un impacto determinante en el entendimiento de la parte resolutiva (aquellos que se declara u ordena hacer o dejar de hacer a las partes del arbitraje).

16. En otras palabras, lo único que procede interpretar es la parte resolutiva de un fallo (parte decisoria) y sólo como excepción la parte considerativa, en cuanto esta pudiera influir en la claridad de lo ordenado en la parte resolutiva.

17. De la misma manera, la doctrina arbitral es muy estricta al calificar las facultades de los árbitros de interpretar su laudo. Así, Craig, Park y Paulsson señalan sobre el particular:

*"El propósito de la norma es permitir la aclaración de un laudo para permitir su correcta ejecución (como, por ejemplo, si pareciera haber mandatos en conflicto en la parte operativa del laudo). Esta no puede ser usada para requerir al Tribunal que explique, o que reformule, sus razones. Esta no provee una ocasión para que el Tribunal reconsideré su decisión. Si esa fuera la base de la solicitud de la parte el Tribunal tendría fundamentos de sobra de encontrar como innecesario o*

**Exclusión e Interpretación**

**Laudo de derecho**

Expediente N° 067-2016/MARCPERU/ADM/EPL

Caso Arbitral: HANAI S.R.L. - SEGURO SOCIAL DE SALUD ESSALUD

**Tribunal Arbitral**

Miguel Angel Santa Cruz Vital (Presidente)

Sergio Antonio Calderón Rossi (Árbitro)

Luis Álvaro Zúñiga León (Árbitro)

**inapropiado el conceder la "interpretación requerida"?** (El subrayado es nuestro)

18. De manera similar, comentando las Reglas de Arbitraje de UNCITRAL que inspiran el marco legal peruano, Williams y Buchanan señalan:

**"Durante la redacción de las Reglas de Uncitral (...) se consideró reemplazar la palabra "interpretación" por "aclaración" o "explicación". Sin embargo, en la versión final de las Reglas se mantuvo el término "interpretación". La historia legislativa de las Reglas de UNCITRAL indica que el término "interpretación" tuvo la intención de referirse a la aclaración de la parte dispositiva del laudo. El Tribunal puede ser requerido para clarificar el propósito del laudo y las obligaciones y derechos resultantes para las partes, pero no para volver a visitar o reelaborar las razones del laudo"**<sup>3</sup>. (El subrayado es nuestro)

19. En la misma línea, Monroy<sup>4</sup> señala que:

**"(...) otro tema trascendente del pedido de aclaración es su límite objetivo: no puede ir más allá de la resolución que aclara, es decir, no es una vía para que la resolución termine diciendo aquello que antes de la aclaración**

<sup>2</sup> Traducción libre del siguiente texto: "The purpose of the provision is to permit clarification of an award so as to permit its correct execution (as, for instance, if there would appear to be conflicting commands in the operative sections of the award). It is not to be used to require the tribunal to explain, or to reformulate, its reasons. It does not provide an occasion for the reconsideration by the tribunal of its decision. Should this be the basis of the party's application the tribunal will be quite justified in finding it unnecessary or inappropriate to render the requested 'interpretation'". W. Laurence Craig, William W. Park & Jan Paulsson, "International Chamber of Commerce Arbitration", ob. cit., 3era. Ed., 408.

<sup>3</sup> Traducción libre del siguiente texto: "During the drafting of the UNCITRAL Rules, the Working Party considered replacing the word 'interpretation' with 'clarification' or 'explanation'. However in the final version of the Rules 'interpretation' was retained. The legislative history of the UNCITRAL Rules indicates that the term 'interpretation' was intended to refer to clarification of the dispositive part of the award. The tribunal can be requested to clarify 'the purpose of the award and the resultant obligations and rights of the parties' but not to revisit or elaborate upon the reasons for the award". David A.R. WILLIAMS & Amy BUCHANAN. Correction and Interpretation of Awards Under Article 33 of the Model Law. En: International Arbitration Law Review, Vol. 4, No. 4, 2001.p. 121.

<sup>4</sup> MONROY GÁLVEZ, Juan. La formación del proceso peruano. Escritos reunidos. Lima: Editorial Comunidad. 2003, p. 219.

**Exclusión e Interpretación**

**Laudo de derecho**

Expediente N° 067-2016/MARCPERU/ADM/EPL

Caso Arbitral: HANAI S.R.L. - SEGURO SOCIAL DE SALUD ESSALUD

**Tribunal Arbitral**

Miguel Angel Santa Cruz Vital (Presidente)

Sergio Antonio Calderón Rossi (Árbitro)

Luis Álvaro Zúñiga León (Árbitro)

**no aparecía esencialmente".** (El subrayado es nuestro)

20. Siendo ello así, a través de una solicitud de interpretación no se podrá pedir la alteración del contenido o fundamentos de la decisión del Tribunal Arbitral. Caso contrario, se estaría concediendo a la interpretación una naturaleza claramente impugnatoria, propia del recurso de apelación.

21. Atendiendo a lo anterior, cualquier solicitud de "interpretación" referida a los fundamentos, a la evaluación de las pruebas o al razonamiento del Laudo, en la medida que encubra en realidad un cuestionamiento al fondo de lo decidido -naturaleza análoga a la de una pretensión impugnatoria-, deberá de ser necesariamente declarada improcedente.

**III. CONSIDERANDOS.-**

**III.1. Solicitud de exclusión**

21. La DEMANDANTE solicita exclusión del laudo respecto a todas las referencias que disponen el pago de la suma ascendente a S/. 20,496.00 a favor de ESSALUD, bajo el afirmado que no era parte de la controversia determinar la cuantía de la penalidad, en consecuencia, el Tribunal Arbitral no estaba facultado para fijar una cantidad por concepto de penalidad, solo pronunciarse sobre la procedencia.

22. Al respecto, es preciso identificar las pretensiones formuladas por las partes y la determinación de los puntos controvertidos sobre las cuales el Tribunal Arbitral se pronunció de manera definitiva, a fin de analizar si existió un exceso por parte del mismo.

23. Así tenemos que en el acápite "VII.1 DE LA DETERMINACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS", se indicó el Segundo Punto Controvertido de las pretensiones de la reconvenCIÓN el siguiente:

**Segundo punto controvertido.-** Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene al DEMANDANTE pagar a favor de ESSALUD, por concepto de penalidades de acuerdo a lo establecido en el artículo 165º del REGLAMENTO, por cuanto habría incumplido con las prestaciones a las cuales se encontraba obligada.

24. Sobre el particular, el Tribunal Arbitral resolvió lo siguiente:

El SOPORTE IDEAL PARA SU ARBITRAJE

**Exclusión e Interpretación**

**Laudo de derecho**

Expediente N° 067-2016/MARCPERU/ADM/EPL

Caso Arbitral: HANAI S.R.L. - SEGURO SOCIAL DE SALUD ESSALUD

**Tribunal Arbitral**

Miguel Angel Santa Cruz Vital (Presidente)

Sergio Antonio Calderón Rossi (Árbitro)

Luis Álvaro Zúñiga León (Árbitro)

**TERCERO: DECLARAR FUNDADA** la Primera Pretensión de ESSALUD, por lo que se ordena al DEMANDANTE pagar a favor de ESSALUD, la suma de S/ 20,496.00, por concepto de penalidades correspondientes por el retraso injustificado en la prestación ocurrida hasta la resolución del CONTRATO.

25. En sentido, respecto a lo demandado por ESSALUD, el Tribunal Arbitral al resolvió declarar fundado el pedido, indicando en los considerandos 135 y 136 del Laudo que:

"135. En ese orden de ideas, tenemos que existió un retraso por parte de HANAI, que no puede ser definido como un hecho de fuerza mayor, al no calificar como un hecho extraordinario ni imprevisible. En atención a lo indicado en el numeral anterior, puede concluirse que existió un retraso injustificado de parte de HANAI. Con ello, es que corresponde que ESSALUD aplique las penalidades que se hayan devengado desde la demora en la prestación hasta la resolución del CONTRATO.

136. Por tanto, se declara **FUNDADA** la Primera Pretensión de ESSALUD, debiendo aplicarse las penalidades que correspondan."

Por lo tanto, el Tribunal Arbitral resolvió de manera concluyente lo solicitado por ESSALUD

26. Ahora bien, es importante señalar que cuando el Tribunal Arbitral señala en el considerando 135 lo siguiente: "Con ello, es que corresponde que ESSALUD aplique las penalidades que se hayan devengado desde la demora en la prestación hasta la resolución del CONTRATO.", lo hace en concordancia con lo reseñado previamente en el numeral 128 del laudo. A saber:

"128. ESSALUD sostuvo que habría requerido el cumplimiento de obligaciones, pero HANAI no llegó a cumplir. Agrega que el DEMANDANTE no cuestionó la resolución que declaró improcedente el pedido de ampliación de plazo dentro de los quince días que señala el REGLAMENTO, así como deja constancia que la resolución del CONTRATO no exceptúa del pago de penalidades por parte de HANAI, dejando constancia que el monto de su pretensión asciende a S/. 20,496.00 Soles<sup>5</sup>. Por su parte, el DEMANDANTE señala que no incurrió en un retraso injustificado, sino que se debió a un hecho de caso fortuito o fuerza mayor."

<sup>5</sup> Conforme al escrito con sumilla "Amplia Contestación de Demanda y Adjunta Documentos", ingresado el 14 de julio del año 2017 por el DEMANDANTE.

**Exclusión e Interpretación**

**Laudo de derecho**

Expediente N° 067-2016/MARCPERU/ADM/EPL

Caso Arbitral: HANAI S.R.L. - SEGURO SOCIAL DE SALUD ESSALUD

**Tribunal Arbitral**

Miguel Angel Santa Cruz Vital (Presidente)

Sergio Antonio Calderón Rossi (Árbitro)

Luis Álvaro Zúñiga León (Árbitro)

27. Por consiguiente, la determinación del monto de la penalidad ha sido establecida claramente por ESSALUD → y no por iniciativa propia del Colegiado-, por lo que no podría ser excluido del laudo, toda vez que constituye parte de un punto controvertido sobre el que necesariamente tenía que pronunciarse; y respecto al cual, las partes tuvieron la posibilidad de discutir en el transcurso del proceso.
28. Por las razones expuestas, la solicitud de exclusión de Laudo presentado por el DEMANDANTE resulta improcedente, toda vez que del análisis efectuado se desprende que el Tribunal Arbitral se ha pronunciado sobre todas las controversias sometidas a su competencia, las cuales han sido detalladas al momento de fijar los puntos controvertidos, según se desprende de la resolución N° 12 del 13 de junio de 2017.

### **III.2. Solicitud de interpretación**

29. El DEMANDANTE solicita interpretación del Laudo, respecto al Cuarto punto resolutivo del Laudo Arbitral, referido a la condena de los costos del arbitraje, referido a que el DEMANDANTE ha pagado una cantidad mayor a la del cincuenta por ciento (50%) de los honorarios de los gastos arbitrales.
30. ESSALUD con el escrito de Vistos ii), absuelve el pedido del DEMANDANTE indicando lo siguiente:

"(...) no existe ningún monto que deba pagar a favor del contratista, puesto que el Tribunal fue claro en establecer que "no ha lugar a condenar a ninguna de las partes en los cotos de este arbitraje; en consecuencia, cada una de ellas deberá pagar en proporciones iguales los honorarios de los árbitros y los derechos por los servicios de secretaría arbitral". De este modo, al no haberse condenado a nadie el pago de los cotos arbitrales; es decir, el contratista deberá asumir los gastos que haya cancelado y ESSALUD aquellos que también canceló durante el arbitraje."

31. Sobre este particular tenemos que en los puntos resolutivos Sexto y Séptimo del laudo arbitral, los árbitros resolvieron lo siguiente:

**"SEXTO: FIJAR** los costos correspondientes a los honorarios del Tribunal Arbitral en la cantidad neta de S/. 27,944.70 (Veintisiete mil Novecientos Cuarenta y cuatro con 70/100 Soles) incluido los impuestos. **FIJAR** igualmente los honorarios de la secretaría arbitral en la cantidad de S/. 8,919.62 (Ocho mil Novecientos Diecinueve con 62/100 Soles) incluido el IGV.

7  
El SOPORTE IDEAL PARA SU ARBITRAJE

**Exclusión e Interpretación**

**Laudo de derecho**

Expediente N° 067-2016/MARCPERU/ADM/EPL

Caso Arbitral: HANAI S.R.L. - SEGURO SOCIAL DE SALUD ESSALUD

**Tribunal Arbitral**

Miguel Angel Santa Cruz Vital (Presidente)

Sergio Antonio Calderón Rossi (Árbitro)

Luis Álvaro Zúñiga León (Árbitro)

**SÉPTIMO: DISPONER** que no ha lugar a condenar a ninguna de las partes en los costos de este arbitraje; en consecuencia, cada una de ellas deberá pagar en proporciones iguales los honorarios de los árbitros y los derechos por los servicios de la secretaría arbitral; debiendo igualmente asumir directamente los costos derivados de sus respectivas defensas legales."

32. Conforme a las actuaciones arbitrales se ha advertido que el DEMANDANTE ha asumido el pago del íntegro del primer anticipo de honorarios dispuesto en el acta de instalación de fecha 7 de diciembre de 2016<sup>6</sup>, así como la totalidad del pago del segundo anticipo de honorarios dispuestos en la Resolución N° 21 de fecha 1 de febrero de 2018<sup>7</sup>.
33. En consecuencia, teniendo que los dos anticipos dispuestos por este Tribunal Arbitral, debían ser asumidos por las partes en partes iguales, queda meridianamente claro que corresponderá a ESSALUD reembolsar al DEMANDANTE el cincuenta por ciento (50%) de los honorarios del Tribunal Arbitral y la Secretaría Arbitral, fijados en el SÉPTIMO punto resolutivo del Laudo Arbitral.
34. En atención al análisis efectuado, deber declararse procedente la solicitud de interpretación.

Por las razones expuestas, este Tribunal Arbitral en Derecho,

**RESUELVE:**

**PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE** el pedido de exclusión de laudo solicitado por el DEMANDANTE.

**SEGUNDO: DECLARAR PROCEDENTE** el pedido de interpretación de laudo solicitado por el DEMANDANTE, por lo que corresponderá a ESSALUD reembolsar al DEMANDANTE el cincuenta por ciento (50%) del total de los honorarios del Tribunal Arbitral y la Secretaría Arbitral, fijados en el SÉPTIMO punto resolutivo del Laudo Arbitral

**TERCERO:** La presente resolución forma parte del laudo arbitral expedido el día 17 de abril de 2019.

<sup>6</sup> Ver Resolución N° 2 del 27 de enero de 2017 y Resolución N° 7 del 2 de mayo de 2017, que tuvo por pagado el pagado al DEMANDANTE en subrogación de ESSALUD.

<sup>7</sup> Conforme a la Resolución N° 27 del 8 de agosto de 2018 y Resolución N° 29 del 4 de octubre de 2018, que tuvo por pagado el pagado al DEMANDANTE en subrogación de ESSALUD.

**Exclusión e Interpretación**

**Lauto de derecho**

Expediente N° 067-2016/MARCPERU/ADM/EPL

Caso Arbitral: HANAI S.R.L. - SEGURO SOCIAL DE SALUD ESSALUD

**Tribunal Arbitral**

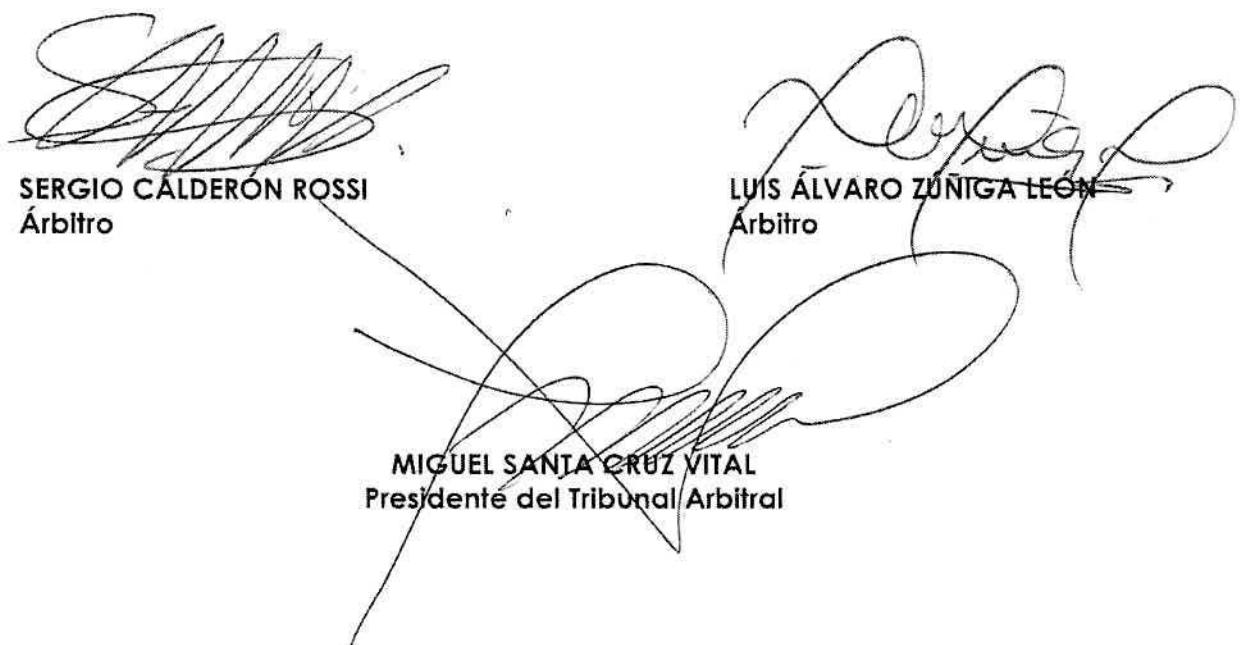
Miguel Angel Santa Cruz Vital (Presidente)

Sergio Antonio Calderón Rossi (Árbitro)

Luis Álvaro Zúñiga León (Árbitro)

**CUARTO: REMITIR** al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, copia del presente documento.

Notifíquese a las partes



SERGIO CALDERON ROSSI  
Árbitro

LUIS ÁLVARO ZÚÑIGA LEÓN  
Árbitro

MIGUEL SANTA CRUZ VITAL  
Presidente del Tribunal Arbitral