

Laudo de derecho

Expediente N° 016-2018/MARCPERU/ADM/JTM

Caso Arbitral: ALBIS S.A- SEGURO SOCIAL DE SALUD - RED ASISTENCIAL ALMENARA

Árbitro Único

Carlos Luis Benjamín Ruska Maguña

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

DEMANDANTE:

ALBIS S.A. (en adelante, ALBIS, DEMANDANTE o CONTRATISTA)

DEMANDADO:

SEGURO SOCIAL DE SALUD - ESSALUD (en adelante, ESSALUD, DEMANDADO o ENTIDAD).

003

TIPO DE ARBITRAJE:

AD HOC, NACIONAL Y DE DERECHO

ÁRBITRO ÚNICO:

CARLOS LUIS BENJAMÍN RUSKA MAGUÑA

SECRETARIA ARBITRAL:

JOSÉ CARLOS TABOADA MIER /MARC PERÚ

Resolución N° 20

Lima, veintiséis de diciembre
de dos mil diecinueve.-

I. DECLARACIÓN

1. El Árbitro Único declara haber revisado todos y cada uno de los medios probatorios presentados por las partes y admitidos dentro de este arbitraje, analizándolos y adjudicándoles el valor probatorio que les corresponde, aun cuando en el laudo no se haga mención expresa a alguno o algunos de ellos o al valor probatorio que le ha sido asignado.
2. En consecuencia, habiéndose cumplido con los presupuestos procesales y no existiendo vicio alguno que afecte la validez del presente proceso arbitral, el cual se ha desarrollado cumpliendo todas sus etapas, el Árbitro Único emite el Laudo de Derecho correspondiente.

II. ANTECEDENTES

II.1 EL CONTRATO Y EL CONVENIO ARBITRAL

3. El 22 de marzo de 2016, ALBIS y ESSALUD, suscribieron el Contrato N° 090-2016 (en adelante, CONTRATO) como consecuencia del otorgamiento de la Buena Pro ocurrida el 4 de marzo de 2016 a favor de ALBIS, para el

Laudo de derecho

Expediente N° 016-2018/MARCPERU/ADM/JTM

Caso Arbitral: ALBIS S.A.- SEGURO SOCIAL DE SALUD – RED ASISTENCIAL ALMENARA

Árbitro Único

Carlos Luis Benjamín Ruska Maguina

abastecimiento de Reactivos de Citometría de Flujo para el HNGAI con Equipo Cesión en Uso [ítem 1], a la Red Asistencial Almenara, por un valor ascendente a la suma total de S/. 2 622 670,70 (Dos Millones Seiscientos Veinte y Dos Mil Seiscientos Setenta con 70/100 Soles), en el mero de la Licitación Pública N° 1506L00541 convocada el 21 de diciembre de 2015.

4. En la Cláusula Décimo Sexta del CONTRATO consta el convenio arbitral celebrado entre las partes. En aplicación de lo dispuesto en el artículo 216º del Reglamento de la Ley de Contrataciones aplicable, el arbitraje es **AD HOC, NACIONAL y de DERECHO**.

II.2 CONSTITUCIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

5. Surgidas las controversias entre las partes, la Dirección de Arbitraje del Organismo Supervisor de las Contrataciones con el Estado procedió a designar como Árbitro Único al abogado **CARLOS LUIS BENJAMÍN RUSKA MAGUIÑA**.

II.3 SEDE DEL TRIBUNAL ARBITRAL

6. Se estableció como lugar del arbitraje la ciudad de Lima y como sede del Tribunal Arbitral las oficinas de Marc Perú, Asociación para la Prevención y Solución de Conflictos (en adelante, MARC PERÚ), ubicadas en la Calle Ramón Ribeyro N° 672, Dpto. 305, Lima, Perú.

II.4 NORMATIVIDAD APLICABLE AL PROCESO ARBITRAL

7. Al presente proceso, se aplica la Ley de Contrataciones del Estado aprobada por el Decreto Legislativo N° 1017 modificada por la Ley N° 29873 (en adelante, LCE), y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF modificado por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF (en adelante, RLCE), el Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que Norma el Arbitraje (en adelante, LEY DE ARBITRAJE).

II.5 PRINCIPALES ACTUACIONES PROCESALES

8. El 11 de mayo del 2018, se fijaron las reglas del proceso, mediante el acta de instalación.
9. Mediante la Resolución N° 1, se tuvo por apersonado al proceso, en representación de ESSALUD, al abogado Jorge Giancarlo Dionicio Bazán y se fijó como domicilio procesal de ESSALUD en Casilla N° 1311 del Ilustre Colegio de Abogados de Lima.
10. El 26 de junio de 2018 la secretaría arbitral puso en conocimiento de ESSALUD la demanda presentada por la empresa ALBIS, para que en el

Lauto de derecho

Expediente N° 016-2018/MARCPERU/ADM/JTM

Caso Arbitral: ALBIS S.A.- SEGURO SOCIAL DE SALUD - RED ASISTENCIAL ALMENARA

Árbitro Único

Carlos Luis Benjamín Ruska Maguñia

plazo de quince (15) días hábiles, la conteste y de ser el caso, formule reconvenCIÓN.

11. Mediante la Resolución N° 3, se tuvo por deducida la excepción de caducidad, se corrió traslado de esta al DEMANDANTE, se tuvo por contestada la demanda y por ofrecidos los medios de prueba que se adjuntaron. Asimismo, se requirió a ambas partes que presenten un escrito en el que identifique sus medios probatorios, de conformidad con lo dispuesto en la regla 26 literal (b) contenida en el Acta de Instalación.
12. Mediante las Resoluciones N° 3 y N° 4, el DEMANDANTE acredito el pago de del primer anticipo de los honorarios del Árbitro Único y la Secretaría Arbitral a su cargo y en subrogación, respectivamente. 004
13. Mediante la Resolución N° 5, ESSALUD amplió su contestación de demanda, la cual se tuvo presente y se corrió traslado al DEMANDANTE por el plazo de quince (15) días hábiles, para que exprese lo conveniente a su derecho. Asimismo, el DEMANDANTE absolvio la excepción de caducidad deducida por ESSALUD y se dejó constancia que ninguna de las partes había cumplido con presentar un escrito en el que se identifiquen los medios probatorios aportados en sus escritos postulatorios, de conformidad con lo dispuesto en la regla 26 literal (a y b) contenida en el Acta de Instalación.
14. Mediante la Resolución N° 6, el DEMANDANTE absolvio la ampliación de la contestación de la demanda y el Árbitro Único determinó los puntos controvertidos del proceso, así como admitir los medios probatorios, citando a una Audiencia con el objeto de que las partes informen sobre la excepción de caducidad deducida por ESSALUD y sustenten los hechos y aspectos técnicos de la controversia.
15. Mediante Resolución N° 8, se requirió a ESSALUD para que en el plazo de cinco (5) días hábiles, presente la Orden de Compra N° 4502911464 y el documento a través del cual se notificase al DEMANDANTE, lo cual había sido admitido como un medio probatorio en la Resolución N° 6.
16. Mediante la Resolución N° 9 y 11, ambas partes se pronunciaron sobre la pertinencia de la Orden de Compra N° 4502911464 como medio probatorio del proceso.
17. Mediante la Resolución N° 11, se declaró concluida la etapa de actuación de pruebas y se otorgó a las partes un plazo de diez (10) días hábiles para que presentasen sus alegatos escritos y, de solicitarlo alguna de ellas, se citaría a una Audiencia de Informes Orales.

Lauto de derecho

Expediente N° 016-2018/MARCPERU/ADM/JTM

Caso Arbitral: ALBIS S.A.-SEGURO SOCIAL DE SALUD - RED ASISTENCIAL ALMENARA

Árbitro Único

Carlos Luis Benjamín Ruska Maguña

18. Mediante la Resolución N° 12, se tuvo por presentados los alegatos escritos de las partes y se citó a una Audiencia de Informes Orales en la sede del Árbitro Único, la cual fue reprogramada con la Resolución N° 13 y la Resolución N° 14 y se llevó a cabo a las 10:30 horas del día 28 de agosto del año 2019
19. Mediante Resolución N° 15, se declaró no ha lugar el pedido de suspensión del proceso formulado por ALBIS en la Audiencia de Informes Orales del 28 de agosto de 2019, ante la negativa de ESSALUD manifestada en el escrito del 5 de setiembre de 2019 y se declaró el cierre de las actuaciones arbitrales y se fijó el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles, prorrogables, a sola decisión del Árbitro Único, por un plazo de treinta (30) días hábiles. El plazo para laudar será computado desde el día hábil siguiente de efectuada la última notificación de la presente Resolución N° 15.

II.6 POSICIÓN DE LAS PARTES

DE LA DEMANDA PRESENTADA POR ALBIS

20. Con fecha 29 de mayo del 2018, ALBIS presentó su demanda arbitral con las siguientes pretensiones:

PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Que el Árbitro Único declare que el plazo de ejecución del Contrato venció el 13 de junio de 2017.

SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Que el Árbitro Único declare nula, inválida e ineficaz la decisión contenida en la Carta Notarial N° 18-OAD-RAA-ESSALUD-2017 a través de la cual el ESSALUD resuelve el Contrato N° 090-2016 por contener un imposible jurídico.

TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Que el Árbitro Único declare inválida o ineficaz la Orden de Compra N° 4502811364 correspondiente a la quinta entrega por contener bienes que no son materia del Contrato.

PRIMERA PRETENSIÓN ACCESORIA A LA TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Que el Árbitro Único ordene a ESSALUD que se abstenga de aplicar a ALBIS penalidades por supuesto retraso injustificado en el cumplimiento de la Orden de Compra N° 4502811364.

CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Que el Árbitro Único ordene al ESSALUD asumir el íntegro de los

gastos arbitrales, costas y costos que el presente proceso irrogue.

21. Para justificar su postura, dicha parte manifestó que, de conformidad con el artículo 142º del Reglamento de la LCE y el artículo 1362º del Código Civil, el CONTRATO que ALBIS y ESSALUD suscribieron era de obligatorio cumplimiento, en tanto contiene prestaciones recíprocas y obligaciones que cada una de ellas debe cumplir, siendo las obligaciones de la ENTIDAD de naturaleza esencial cuando su cumplimiento es indispensable para que el CONTRATO alcance su finalidad.
22. Asimismo, dicha parte afirmó que las Bases Integradas y la oferta ganadora forman parte integrante del CONTRATO, conforme lo señalada la cláusula sexta, por lo que esos documentos son también de cumplimiento obligatorio para las partes contratantes.
23. El DEMANDANTE señala que, en la cláusula quinta se estableció que el plazo de ejecución contractual era de doce (12) meses de acuerdo al cronograma contenido en esa misma cláusula.
24. En dicho cronograma, afirma que se había señalado, a continuación de cada columna, los ítems, códigos SAP cantidades e indicación, en cada mes, de los bienes que debía entregar ALBIS. Sostiene que esto puede ser verificado al revisar la cláusula quinta del CONTRATO, así como en las páginas 21 a la 34 de las Bases Integradas.
25. Para el CONTRATISTA, el referido cronograma no era referencial sino definitivo, por consiguiente, ambas partes estaban obligadas a cumplirlo de la siguiente forma: i) por parte de la ENTIDAD: emitir las órdenes de compra de forma mensual y, ii) por parte de ALBIS: proveer los bienes dentro de los plazos establecidos a partir de la recepción de la respectiva orden de compra.
26. Así las cosas, sostiene que, al amparo de la normativa aplicable y el marco contractual, las órdenes de compra tenían que ser mensuales. De esta forma, para ALBIS fue común intención de las partes que la ejecución de las prestaciones sea mensual en doce (12) meses consecutivos.
27. En adición a lo señalado, afirma que la emisión de Órdenes de Compra por parte del ESSALUD, de acuerdo al Cronograma Mensual establecido en el Contrato, constituye una Obligación Esencial a cargo de la ENTIDAD, por lo que esta debía emitir las Órdenes de Compra en tiempo oportuno de acuerdo al cronograma. De otra forma, según ALBIS, era imposible alcanzar la finalidad de la contratación efectuada por el ESSALUD.

005

Árbitro Único

Carlos Luis Benjamín Ruska Maguña

28. Para sostener que existía una obligación esencial, el DEMANDANTE se basa en las Conclusiones de la Opinión N° 027-2014/DTN, afirmando que una obligación es esencial cuando es indispensable para alcanzar la finalidad del contrato. Así pues, dicha parte sostiene que la calificación de una obligación como esencial o no esencial no requiere estar denominada como tal ni en el contrato ni en las Bases, ya que la calificación está dada en función a que su cumplimiento sea indispensable para alcanzar la finalidad del contrato.
29. A partir de lo señalado, ALBIS sostiene que, para que el CONTRATO cumpla su finalidad, era indispensable que la ENTIDAD cumpla con una obligación de naturaleza esencial como era emitir mensualmente las Órdenes de Compra, dentro del plazo de ejecución contractual que era de doce (12) meses consecutivos y finalizaba el 13 de junio de 2017.
30. ALBIS, amparándose en el artículo 151º del RLCE y la cláusula quinta del CONTRATO, señala que era necesaria la emisión de la Orden de Compra correspondiente por parte de la ENTIDAD a efectos de que ALBIS proceda con la entrega del bien. De esta forma, argumenta que, siendo que la primera Orden de Compra se emitió el 13 de junio de 2016 el plazo de ejecución contractual se inició el 14 de junio del año 2016.
31. Dicha parte afirma, además, que el CONTRATO se ejecutó de conformidad con lo señalado en el cuadro adjuntado en las páginas 8 y 9 de la demanda arbitral –numeral 3.21-.
32. Sin perjuicio de ello, sostiene que, desde el inicio de la ejecución, la ENTIDAD incumplió con el cronograma mensual establecido en el CONTRATO y que el CONTRATISTA, de buena fe, continuó con la ejecución contractual en aras de conservar la relación comercial y colaborar con la ENTIDAD en la consecución de sus fines. Sin embargo, dicha parte argumenta que la situación se volvió insostenible por los perjuicios que se estaba ocasionando al no respetarse el cronograma mensual acordado por las partes, especialmente por el tiempo de vigencia mínima de los productos que ALBIS se comprometió cumplir en su propuesta técnica, siendo esta vigencia de seis (6) meses desde la entrega de los productos.
33. Sobre este último punto, afirma que los bienes objeto del CONTRATO tienen distintos plazos de expiración o caducidad desde su manufactura, los cuales oscilan entre menos de un año a más. Así, sostiene que en su propuesta técnica señaló una vigencia mayor a seis meses, considerando que el cronograma era mensual.
34. ALBIS afirma que se provisionaba con el stock de bienes necesarios importándolos. Para ello, consideraba la programación de entregas

mensuales que debía realizar de acuerdo al cronograma a efectos de no incurrir en retrasos en las entregas.

35. En atención a ello, manifiesta que, al no cumplir ESSALUD con el cronograma, demorándose cinco o siete meses entre la emisión de una orden de compra a otra, estos se veían obligados a devolver los bienes que mantenían en stock Beckton Dickinson, incurriendo en costos adicionales.
36. Así las cosas, sostiene que, desde el 31 de marzo de 2017, ALBIS no volvió a recibir una nueva Orden de Compra de acuerdo al cronograma mensual establecido en el CONTRATO. De esta forma, señala que, considerando el tiempo transcurrido [aproximadamente cinco (5) meses desde el último requerimiento] y considerando también que los bienes debían tener un plazo de vigencia mínimo de acuerdo con la propuesta técnica, el 16 de agosto de 2017, ALBIS remite a ESSALUD la Carta N° 20170816-JVI-ALBIS en la que señala que, desde la cuarta entrega a ESSALUD no había emitido una nueva Orden de Compra.
37. En la comunicación referida, solicitó que ESSALUD emitiera la Orden de Compra correspondiente a la quinta entrega, requiriendo a su vez que se amplíe el plazo de entrega a sesenta (60) días, en razón a que los bienes disponibles para la quinta entrega, programada para el mes de mayo de 2017, habían perdido vida útil lo que obligó a ALBIS a devolverlos.
38. Afirma que el motivo por el cual se solicitaron sesenta (60) días calendario fue en razón a que el fabricante, ante el retraso incurrido por el ESSALUD y el perjuicio económico generado, requería la orden de compra para proceder con el embarque de los bienes para luego importarlos en el país, demorando todo este trámite cincuenta (50) días calendario aproximadamente.
39. El CONTRATISTA señala, además, que la Carta N° 20170816-JVI-ALBIS no fue respondida por ESSALUD, por lo que el 12 de setiembre de 2017 remitió la Carta N° 20170912-JVI-ALBIS, a través de la cual reiteró lo expuesto en la primera de las nombradas, solicitando que se le remita el nuevo cronograma de entregas, insistiendo que, para la quinta entrega, se le otorgara el plazo de sesenta (60) días calendario por las razones explicadas en la comunicación, solicitando también que para la sexta hasta la duodécima entregas se le indiquen a ALBIS las fechas estimadas en que se emitirán las Órdenes de Compra para programar la importación y entrega oportuna de los bienes. Dicha parte informa que la carta no obtuvo respuesta por parte de ESSALUD.
40. Sostiene ALBIS que, mediante correo electrónico de fecha 2 de octubre de 2017, ESSALUD remitió la Orden de Compra N° 4502911364

006

correspondiente supuestamente a la quinta entrega, señalando como plazo de entrega el 23 de octubre de 2017.

41. Para ALBIS, al 2 de octubre de 2017, el plazo de ejecución del CONTRATO había vencido –venció el 13 de junio de 2017- por haber transcurrido los doce (12) meses establecidos en el CONTRATO, es decir, dentro del plazo de ejecución del CONTRATO, ESSALUD sólo emitió cuatro (4) Órdenes de Compra de las doce (12) Órdenes de Compra que debió emitir mensualmente de acuerdo al cronograma establecido en la cláusula quinta del CONTRATO.
42. Dicha parte afirma que, incluso de considerarse que hubo una ampliación de plazo por sesenta (60) días por el silencio del ESSALUD ante nuestras Cartas N° 20170816-JVI-ALBIS de agosto de 2017 y N° 20170912-JVI-ALBIS de setiembre de 2017, el plazo de ejecución del CONTRATO habría vencido el 13 de agosto de 2017, por lo que la emisión de la Orden de Compra relacionada con la quinta entrega, entregada a ALBIS mediante correo electrónico del 2 de octubre de 2017, se realizó de manera extemporánea.
43. Para mayor ilustración ALBIS recalca que ESSALUD a través de su Carta N° 2141-OA-OADM-RAA-ESSALUD-2017 del 17 de octubre de 2017, pretendió desconocer que sabía sobre la relación de ALBIS con su proveedor, especialmente en cuanto al abastecimiento de los bienes considerando fundamentalmente el tiempo de vigencia o expira.
44. A tal efecto, dicha parte manifiesta que, en la propuesta técnica [Anexo N° 9 de la propuesta sobre Compromiso de Vigencia Mínima], se señaló que el proveedor había informado que los reactivos llegaban al Perú con un tiempo de vida aproximado de seis (6) meses, lo cual fue informado con la carta que emitiera dicho proveedor el 28 de diciembre de 2015 e incluso materia de consulta en el proceso de selección.
45. Por lo señalado, para ALBIS, ESSALUD conocía el plazo de vigencia de los productos, los cuales se importan al exterior a través de un trámite que demora aproximadamente cincuenta (50) días, siendo que la entrega la debía hacer ALBIS dentro de los catorce (14) días de recibida la Orden de Compra. La empresa afirma que, era su obligación adoptar acciones diligentes y proveernos de los bienes con la suficiente antelación, a fin de evitar la aplicación de penalidades, teniendo como base el cronograma que ambas partes acordaron en el CONTRATO, el cual el DEMANDANTE firma que no fue respetado por ESSALUD, lo cual afirma que lo perjudicó gravemente.

46. Respecto de la segunda pretensión principal, ALBIS afirma que el plazo de ejecución venció el 13 de junio de 2017 o, de considerarse la ampliación de plazo tácita, el 13 de agosto de 2017.
47. Sin perjuicio de ello, señala que ESSALUD, con la Carta Notarial N° 15-OADM-RAA-ESSALUD-2017 de fecha 3 de noviembre de 2017, comunicó a ALBIS a que en el plazo de tres (3) días hábiles entregue los bienes contenidos en la Orden de Compra N° 4502911464, bajo apercibimiento de proceder con la resolución del CONTRATO por causal imputable a ALBIS. Dicha parte manifiesta que dicha Orden de Compra nunca le fue notificada.
48. Ante ello, con la Carta Notarial N° 18-OADM-RAA-ESSALUD-2017 de fecha 14 de noviembre de 2017, ESSALUD procede a resolver parcialmente el CONTRATO por incumplimiento en la entrega de los bienes contenidos en la Orden de Compra N° 4502911464, que según ALBIS nunca fue notificada.
49. ALBIS afirma que la Carta Notarial N° 18-OADM-RAA-ESSALUD-2017 de fecha 14 de noviembre de 2017, a través de la cual el ESSALUD procede con la resolución contractual, constituye un acto jurídico inválido e ineficaz porque no se podría resolver un CONTRATO cuyo plazo de ejecución contractual había vencido largamente por negligencia de ESSALUD, al no cumplir con su obligación esencial de emitir las órdenes de compra dentro del plazo de ejecución contractual, plazo que era de cumplimiento obligatorio para ambas partes.
50. Adicionalmente, afirma que no podría existir un incumplimiento de la obligación sobre una orden de compra que no le fue notificada.
51. Respecto de la tercera pretensión principal, ALBIS manifiesta que, cada entrega mensual, estaba constituida por un lote o paquete de bienes, con diversas características, siendo todos reactivos de citometría de flujos.
52. Es decir, de acuerdo al cronograma, ALBIS debía entregar un lote o paquete de bienes, que constituye una unidad indisoluble e indivisible al no estar prevista, ni en el CONTRATO ni en la normativa de contratación estatal, la entrega parcial de los bienes que componen una determinada entrega constituida por un lote o paquete. En otras palabras, según ALBIS, cada lote o paquete es una prestación parcial pero unitaria respecto de todo el CONTRATO en general.
53. Así, sostiene que el 2 de octubre de 2017, luego de más de medio año contado desde la emisión de la Orden de Compra N° 4502798484, ESSALUD notifica la Orden de Compra N° 4502911364 relacionada con la

quinta entrega, la cual incluía, dentro del lote o paquete, un producto identificado con el número 030106305 indicando que ALBIS debía atender el CD anticuerpo monoclonal marcado con AmCyam, cuando de acuerdo al CONTRATO, para ese número o código se debía atender CF-Monoclonal anti-humano CD33, Fluorocromo PerCP o RPE-TEXAS RED o ROE-TEXAS RED-X, es decir, se incluyó un producto distinto que no fue ofertado por ALBIS ni fue objeto del CONTRATO, lo cual el CONTRATISTA afirma que hizo saber a ESSALUD a través de una Carta Notarial del 5 de octubre de 2017.

54. Sostiene que dicha carta fue contestada por el ESSALUD mediante Carta N° 2141 OA-OADM-RAA-ESSALUD-2017 de fecha 17 de octubre de 2017, en la que, haciendo caso omiso a la observación que ALBIS efectuó a través de Carta Notarial del 5 de octubre de 2017, no se pronunció al respecto ni procedió a corregir la Orden de Compra N° 4502911364.
55. De esta manera, el CONTRATISTA afirma que la Orden de Compra N° 4502911364 relacionada con la quinta entrega constituye una prestación parcial inválida por contener bienes que no son objeto del CONTRATO.
56. En ese sentido, relacionado con la pretensión accesoria a la presente pretensión principal de ALBIS, considera que no corresponde que ESSALUD pretenda aplicar penalidades por retrasos injustificados respecto a las prestaciones que no eran parte del CONTRATO.
57. Respecto de la Cuarta Pretensión Principal, ALBIS afirma que, en tanto ellos se han visto obligados a recurrir al proceso arbitral como consecuencia de la conducta negligente y abusiva de ESSALUD, corresponde que este último asuma el íntegro de los gastos arbitrales, más sus costos de defensa.

DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA PRESENTADA POR ESSALUD EL 24 DE JUNIO DEL 2018.

ESSALUD DEDUCE EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD:

58. El DEMANDADO afirma que, de lo expuesto en la demanda, no existe controversia en que la ENTIDAD procedió a resolver el CONTRATO, mediante Carta N° 18-OADM-RAA-ESSALUD-2017, la misma que fue recibida por el CONTRATISTA el día 15 de noviembre de 2017.
59. Por ello, sostiene que, al amparo del artículo 52º de la LCE, desde el día siguiente de recibida la Carta antes mencionada, la empresa DEMANDANTE tenía el plazo de quince (15) días hábiles para solicitar a la ENTIDAD el inicio de una conciliación y/o arbitraje, en razón de la resolución parcial del contrato por parte de ESSALUD en el presente caso.

La ENTIDAD sostiene que este plazo venció el martes 5 de diciembre de 2017.

60. Por otro lado, afirma que la solicitud de arbitraje fue presentada el 14 de diciembre de 2017, por lo que dicho pedido es extemporáneo por haber sido presentado 9 días después de haber vencido el plazo para hacerlo. En ese sentido, las pretensiones solicitadas por el DEMANDANTE han caducado.
61. Respecto de la contestación de demanda, dicha parte sostiene que el 29 de setiembre del 2017, la Orden de Compra N° 4502911364 fue emitida a favor de la empresa ALBIS para la entrega de los bienes objeto del CONTRATO.
62. El 6 de noviembre del 2017 mediante Carta Notarial N° 15-OADM-RAA-ESSALUD-2017, la ENTIDAD requirió a la empresa ALBIS para que en un plazo de tres días hábiles cumpla con su obligación de entregar los bienes materia de la Orden de Compra N° 4502911364, derivada del CONTRATO, no habiendo cumplido dentro del plazo concedido.
63. Sostiene que, el 9 de noviembre del 2017, la empresa ALBIS comunicó su solicitud de reformular un nuevo cronograma de entregas y considerar que se respeten las fechas y su periodicidad y progresividad para emitir las órdenes.
64. El 15 de noviembre del 2017, con la Carta Notarial N° 18-OADM-RAAESSALUD-2017, la ENTIDAD comunicó a ALBIS su decisión de resolver el CONTRATO al no cumplir con su obligación de entregar los bienes materia de la Orden de Compra N° 4502911364.
65. El 14 de diciembre de 2017, ALBIS S.A comunica a ESSALUD, mediante Carta s/n de la misma fecha, su decisión de someter a arbitraje las controversias expuestas en el presente arbitraje, es decir, 9 días después de haber vencido el plazo para, legalmente, hacerlo.
66. Sobre las pretensiones del demandante, ESSALUD indicó que se debe tener en cuenta que el primer párrafo del artículo 149º del RLCE.

008

CONTESTACIÓN A LA EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD PRESENTADA POR ALBIS

67. ALBIS señaló sobre este particular que, se ratificaba en los argumentos que presentó en la demanda arbitral, en cuanto a la imposibilidad de cumplir con las prestaciones que sirvieron para la resolución parcial del contrato por parte de ESSALUD.

68. A consideración de ALBIS, en tanto el plazo de ejecución contractual

venció el 13 de junio de 2017 o, de considerarse la ampliación del plazo tácita, el 13 de agosto de 2017, en noviembre del 2017 era imposible resolver un contrato cuya ejecución había culminado con antelación.

69. ALBIS señala que la resolución contractual efectuada por ESSALUD en noviembre de 2017 se sustentó en el supuesto incumplimiento por parte de ALBIS de no atender a la Orden de Compra N° 4502911464 que nunca fue notificada.
70. Para ALBIS, el plazo de caducidad se aplica cuando la resolución del contrato tiene algo de fundamento, equivocado o no, pero fundamento respecto de algunas de las causales establecidas en el artículo 168º del reglamento. El fundamento de la causal establecida en el numeral 1 del artículo 168 del Reglamento no es que sea equivocado o incorrecto, según Albis, sino que simplemente no existe.
71. El DEMANDANTE afirma que el fundamento de ESSALUD para resolver el contrato se basa en el supuesto incumplimiento de una orden de compra inexistente, resolución que no constituye el ejercicio regular de un derecho, sino que constituye a todas luces una situación de abuso de derecho, situación que para ALBIS no se puede amparar, aún en el caso que el plazo de caducidad hubiese vencido.
72. ALBIS sostiene que el abuso del derecho se presenta por la resolución contractual efectuada por ESSALUD, sin sustento, en tanto la Orden de Compra N° 4502911464 nunca les fue notificada. Afirma que el incurrir en una conducta abusiva implica la ejecución de un acto injusto y, por lo tanto, caracterizado como ilícito.
73. En consecuencia, solicita que se declare infundada la excepción de caducidad propuesta por el ESSALUD.

AMPLIACIÓN DE CONTESTACIÓN DE DEMANDA PRESENTADA POR ESSALUD

74. ESSALUD el 3 de setiembre de 2018, amplía su contestación de demanda en los términos expuestos.
75. Sostiene que, al momento de la emisión de la Orden de Compra N° 4502811364, el contrato N° 090-2016 estaba vigente, es decir, que ambas partes debían cumplir con sus obligaciones establecidas.
76. Señala que, la ENTIDAD emitió un correo electrónico, de fecha 2 de octubre de 2017, dirigido a ALBIS, en respuesta a las Cartas N° 20170816-JVI-ALBIS y N° 20170912-JVI-ALBIS, enviándoles la Orden de Compra N° 4502811364, a efecto que se cumplan con las obligaciones contenidas en la misma.

77. Dicha parte afirma que la Orden de Compra N° 4502811364 fue enviada a los correos electrónicos señalados en la propuesta técnica y cartas remitidas por ALBIS el 2 de octubre de 2017. Sostiene que en dicha Orden se detallaba lo que el CONTRATISTA debía hacer y, en todo caso, realizar de acuerdo a lo indicado, así como dar respuesta a las Cartas N° 20170816-JVI-ALBIS y N° 20170912-JVI-ALBIS; sin embargo, manifiesta que las obligaciones no fueron cumplidas.
78. Respecto de los cuestionamientos referidos a que ALBIS no tenía conocimiento de la Orden de Compra N° 4502811364, ESSALUD afirma que dicha empresa sí tenía conocimiento, más aún si es que, con la Carta de fecha 5 de octubre de 2017, la empresa solicitó una ampliación de plazo para su ejecución. 009
79. Respecto al vencimiento del plazo de ejecución al 13 de junio de 2017, ESSALUD precisa que el CONTRATISTA, mediante las Cartas N° 20170816-JVI-ALBIS (12 de setiembre de 2017) y N° 20170912-JVI-ALBIS (16 de agosto de 2017), no advierte que el plazo de ejecución ha terminado; pues continúa realizando coordinaciones para la emisión de las siguientes órdenes de compra.
80. Respecto de la segunda pretensión principal, ESSALUD sostiene que la decisión de resolver el CONTRATO contiene un imposible jurídico, toda vez que ante el incumplimiento por parte de ALBIS de sus obligaciones contenidas en el CONTRATO se procedió a su resolución contractual de acuerdo al procedimiento establecido en la LCE.
81. Con el correo electrónico de fecha 2 de octubre de 2017, ESSALUD afirma que notificó al CONTRATISTA la Orden de Compra N° 4502811364, por lo que de conformidad con los artículos 40° inciso c) y 44° de la LCE, los artículos 168° y 169° del RLCE, se encontraba facultado a resolver el CONTRATO en caso existiera un incumplimiento del CONTRATISTA.
82. Teniendo en cuenta lo antes mencionado, la ENTIDAD señala que, con la Carta N° 15-OADM-RAA-ESSALUD-2017, notificada vía conducto notarial el 06.11.2017, se requirió al CONTRATISTA para que cumpla con la prestación contenida en la Orden de Compra N° 4502811364, otorgándosele tres días, bajo apercibimiento de resolver el contrato.
83. Sostiene que, debido a que no tuvo respuesta sobre el mencionado cumplimiento, ESSALUD, con la Carta N° 18-OADM-RAA-ESSALUD-2017, notificada vía conducto notarial el 15 de noviembre de 2017, procede a ~~resolver, parcialmente, el CONTRATO, dando cumplimiento al procedimiento establecido en el artículo 169° del RLCE.~~
84. Respecto de la tercera pretensión principal y su accesoria, de acuerdo a

lo antes mencionado, para ESSALUD ha quedado corroborado que la Orden de Compra ha sido, válidamente notificada; pues, emitió un correo electrónico, de fecha 2 de octubre de 2017, dirigido a ALBIS, enviándoles la Orden de Compra N° 4502811364, a efecto que se cumplan con las obligaciones contenidas en la misma.

85. ESSALUD afirma que los productos detallados en dicha Orden de Compra son los mismos que han sido descritos en el Contrato N° 090-2016, y han sido debidamente suscritos con fecha 22 de marzo del 2016, no advirtiéndose cuestionamiento alguno sobre la descripción de los bienes en dicho contrato, máxime aún si la empresa ALBIS según ESSALUD, al momento de recibir dicha orden, no cuestionó ni alegó que el CONTRATO hubiese culminado.
86. Respecto de la imposición de penalidad, la cual está considerada como la pretensión accesoria, señala que siguiendo la línea lógica de sus argumentos la ENTIDAD está en toda la facultad de aplicar penalidades al CONTRATISTA, derivado del incumplimiento de sus obligaciones contractuales, por lo que se debe declarar Infundada la presente pretensión.
87. Respecto de las costas y costos, sostiene que, en tanto las pretensiones de ALBIS deben ser declaradas infundadas, dicha parte debe asumir los costos del proceso conforme lo dispone el artículo 73° de la LEY DE ARBITRAJE.

ABSOLUCIÓN A LA AMPLIACIÓN DE CONTESTACIÓN DE DEMANDA PRESENTADA POR ALBIS

88. ALBIS sustenta su absolución en que, de conformidad con la Opinión N° 045-2014/DTN y los artículos 149° y 151° del RLCE, el plazo de vigencia contractual ha culminado, teniendo en cuenta la cláusula quinta del CONTRATO, la cual estableció un plazo de ejecución de 12 meses y con la emisión de órdenes de compra mensuales.
89. En ese sentido, para ALBIS, el plazo de ejecución contractual venció el 13 de junio de 2017 considerando que la primera orden de compra se emitió el 13 de junio de 2016.
90. Dicha parte afirma que, interpretar los hechos de otra forma implicaría que el CONTRATO podría ejecutarse en tres años o más a razón de cuatro órdenes de compra (o eventualmente menos) por año, condición que, no fue la pactada en el contrato, ni establecida en las Bases Integradas y que, por tanto, no se condice con el principio de buena fe y común intención de las partes.

Árbitro Único
Carlos Luis Benjamín Ruska Maguña

91. En cuanto al plazo de vigencia, para ALBIS, este también habría culminado considerando que a partir de 13 de junio de 2017 (o del 13 de agosto de 2017) no tendría obligaciones a su cargo por haber culminado en exceso el plazo de ejecución contractual y porque respecto a las cuatro Órdenes de Compra anteriores ESSALUD brindó la conformidad y procedió con el pago, cumpliéndose las condiciones establecidas en el artículo 149º del RLCE.

AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN DE HECHOS Y ASPECTOS TÉCNICOS

92. La Audiencia de Sustentación de Hechos y Aspectos Técnicos fue desarrollada el día 19 de diciembre de 2018 con la asistencia de ambas partes, según consta del acta que al efecto se levantó y, la grabación del audio que corre en los actuados.

010

AUDIENCIA DE INFORMES ORALES

93. La Audiencia de Informes Orales fue desarrollada el día 28 de agosto de 2019 con la asistencia de ambas partes, como consta del acta que al efecto se levantó, así como la grabación del audio que corre en los actuados.

PLAZO PARA LAUDAR

94. Con la Resolución N° 15, se declaró el cierre de las actuaciones arbitrales y se fijó el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles, prorrogables, a sola decisión del Árbitro Único, por un plazo de treinta (30) días hábiles. El plazo para laudar sería computado desde el día hábil siguiente de efectuada la última notificación de la presente resolución.
95. Asimismo, con la Resolución N° 19, se amplió el plazo para laudar por treinta (30) días hábiles adicionales, precisando que el plazo vencerá el 17 de enero de 2020.

CONSIDERANDO:

96. Antes de entrar a analizar la materia controvertida, resulta pertinente confirmar lo siguiente:
- El Tribunal Unipersonal se constituyó de acuerdo al convenio arbitral celebrado por las partes.
 - En ningún momento se impugnó o reclamó contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación.

Laudo de derecho

Expediente N° 016-2018/MARCPERU/ADM/JTM

Caso Arbitral: ALBIS S.A- SEGURO SOCIAL DE SALUD - RED ASISTENCIAL ALMENARA

Árbitro Único

Carlos Luis Benjamín Ruska Maguina

- (iii) El CONTRATISTA presentó su escrito de demanda dentro del plazo dispuesto en las reglas del proceso.
- (iv) La ENTIDAD fue debidamente emplazada con la demanda, la contestó y ejerció plenamente su derecho de defensa.
- (v) Las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios.
- (vi) El Árbitro Único 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 una valoración en conjunto de los mismos, de manera que la no referencia a un argumento o a una prueba no supone que no haya sido tomado en cuenta 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 Árbitro Único, 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) Sin perjuicio de lo mencionado en el acápite precedente, se debe tener en consideración lo expresado en el numeral 2.2.2 de la Opinión N° 107-2012-DTN emitida por el Organismo Supervisor de las Contrataciones Estatales, en el sentido de que la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, no regula las relaciones contractuales de las Entidades Públicas, sino las actuaciones de la función administrativa del Estado y el procedimiento administrativo común, como se desprende del Artículo II de su Título Preliminar¹, de modo tal que, ante la ausencia de regulación de algún hecho o situación en la normativa de Contrataciones del Estado que se

¹ "Artículo II.- Contenido

1. La presente Ley regula las actuaciones de la función administrativa del Estado y el procedimiento administrativo común desarrollados en las entidades.
2. Los procedimientos especiales creados y regulados como tales por ley expresa, atendiendo a la singularidad de la materia, se rigen supletoriamente por la presente Ley en aquellos aspectos no previstos y en los que no son tratados expresamente de modo distinto.
3. Las autoridades administrativas al reglamentar los procedimientos especiales, cumplirán con seguir los principios administrativos, así como los derechos y deberes de los sujetos del procedimiento, establecidos en la presente Ley."

Árbitro Único

Carlos Luis Benjamín Ruska Maguina

ocupa de la ejecución contractual, será necesario recurrir, supletoriamente, a las disposiciones del Código Civil que resulten compatibles, y no a las disposiciones de la Ley N° 27444, pues, como se ha indicado, estas resultarían incompatibles con la lógica contractual.

En el mismo sentido, en una reciente opinión de la Dirección Técnica Normativa del OSCE -Opinión N° 130-2018/DTN del 23 de agosto de 2018, se confirma, en el punto 3.3. del rubro conclusiones que, "Las disposiciones de la Ley N° 27444 y su respectivo Texto Único Ordenado, no son de aplicación supletoria las disposiciones que regulan la ejecución de los contratos celebrados bajo el ámbito de la Ley y su Reglamento."

011

- (x) En el análisis de las pretensiones, el Árbitro Único 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.
- (xi) El Árbitro Único está procediendo a emitir el laudo dentro del plazo que corresponde a las reglas de este proceso.
97. El presente Laudo Arbitral resolverá los puntos controvertidos del presente proceso, los cuales fueron determinados a partir de las pretensiones formuladas en la demanda arbitral, así como la excepción de caducidad presentada por ESSALUD.
98. Así, el Árbitro Único declara haber revisado todos y cada uno de los escritos presentados por las partes, así como los medios probatorios que resultan pertinentes para emitir el presente Laudo, analizándolos y adjudicándoles el valor probatorio que les corresponde, aun cuando en el Laudo no se haga mención expresa a alguno o algunos de ellos o al valor probatorio que le ha sido asignado.
99. En lo correspondiente a la valoración de los medios probatorios aportados por las partes, el Árbitro Único deja expresa constancia de que en el presente arbitraje se ha actuado de acuerdo con lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 43º de la LEY DE ARBITRAJE, en el que se señala que:

"El Árbitro Único tiene la facultad para determinar de manera exclusiva la admisión, pertinencia, actuación y valor de las pruebas y para ordenar en cualquier momento la presentación o la actuación de las pruebas que estime necesarios"

Árbitro Único

Carlos Luis Benjamín Ruska Maguiña

100. En consecuencia, habiéndose cumplido con los presupuestos procesales y no existiendo vicio alguno que afecte la validez del presente proceso arbitral, el cual se ha desarrollado cumpliendo todas sus etapas, el Árbitro Único emite el Laudo de Derecho correspondiente.

BASE LEGAL APPLICABLE

101. La cláusula décimo quinta del CONTRATO establece que, en lo no previsto por el mismo, la LCE y en el RLCE, en las directivas que emita el OSCE y demás normativa especial que resulte aplicable, serán de aplicación supletoria las disposiciones pertinentes del Código Civil vigente, cuando corresponda, y demás normas del derecho privado.

102. En tal sentido, se debe indicar que el artículo 142º de la RLCE establece, lo siguiente:

"El contrato es obligatorio para las partes y se regula por las normas de este Título. Los contratos de obras se regulan, además, por el Capítulo III de este Título. En lo no previsto en la Ley y el presente Reglamento, son de aplicación supletoria las normas de derecho público y, sólo en ausencia de éstas, las de derecho privado". (El resaltado es nuestro)

103. Adicionalmente a ello, el numeral 3 del artículo 52º de la LCE establece lo siguiente:

"El arbitraje será de derecho y resuelto por árbitro único o tribunal arbitral mediante la aplicación de la Constitución Política del Perú, de la presente ley y su reglamento, así como de las normas de derecho público y las de derecho privado; manteniendo obligatoriamente este orden de preferencia en la aplicación del derecho. Esta disposición es de orden público. El incumplimiento de lo dispuesto en este numeral es causal de anulación del laudo."

104. A partir de lo señalado, la LCE y el RLCE resultan la fuente primaria de interpretación para la presente controversia, sin embargo, el Árbitro Único puede disponer la aplicación de normas de derecho público y de derecho privado en caso considere que no existe alguna disposición específica que regule ciertas situaciones jurídicas dentro del CONTRATO.

105. En lo pertinente al presente caso, lo regulado respecto de los plazos de caducidad, así como lo pertinente a la duración del CONTRATO, debe ser interpretado a partir de todas las normas que lo regulan a fin de conocer cuáles son los derechos y obligaciones que tienen las partes en su relación jurídica.

RAZONAMIENTO Y DECISIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO RESPECTO AL PLAZO DE EJECUCIÓN CONTRACTUAL

Primer Punto Controvertido. - Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único declare que el plazo de ejecución del Contrato venció el 13 de junio de 2017

106. En primer lugar, el Árbitro Único determinará si existen razones para considerar que el CONTRATO venció el 13 de junio de 2017, conforme a lo señalado por ALBIS.

107. La razón principal para resolver dicho punto controvertido antes de la excepción de caducidad se sustenta en que, en caso se amparara que el CONTRATO venció el 13 de junio de 2017, habría que analizar qué efectos jurídicos tiene resolución del CONTRATO realizada por ESSALUD, mediante la Carta Notarial N° 18-OAD-RAA-ESSALUD-2017, en tanto las obligaciones contractuales entre las partes habrían terminado.

108. Al respecto, la cláusula quinta del CONTRATO dispuso lo siguiente:

"El plazo de ejecución del presente contrato es de doce (12) meses, para lo cual el contratista hará entrega en el plazo de 44 días calendario, para la primera entrega y 14 días calendario para las siguientes entregas; el mismo que se computa desde la recepción de la Orden de Compra y las próximas entregas se realizarán de acuerdo al siguiente cronograma." (El resaltado es nuestro)

109. No resulta un hecho controvertido por las partes la existencia de un plazo de duración dentro del CONTRATO. Tal es así que ambas pactaron, dentro de una de las cláusulas contractuales, un tiempo determinado dentro del cual se deberían ejecutar las prestaciones recíprocas entre las partes.

110. Cabe señalar que el objeto contractual consistía en que ALBIS entregara a ESSALUD los Reactivos de Citometría de Flujo para el HNGAI con equipo de Cesión en Uso, de acuerdo a las bases del CONTRATO. Para efectos de la ejecución de las prestaciones se debía tener en consideración lo siguiente:

i. Existencia de un plazo contractual, así como una cantidad de entregables.

Conforme ha sido argumentado por las partes, el plazo inicialmente acordado fue de doce (12) meses, el cual, según lo manifestado por ALBIS, habría iniciado el 14 de junio de 2016, en tanto la primera orden de compra habría sido emitida el 13

de junio del mismo año por lo que habría vencido el 13 de junio de 2017, lo cual se encuentra en controversia.

Adicionalmente a ello, de conformidad con lo señalado por las partes y lo inferido del numeral 1.9 de las Condiciones Especiales del Proceso de Selección de las Bases Integradas, la cantidad de entregables que deberían ser cumplidos por las partes era de doce (12), los cuales, inicialmente, deberían de ser periódicas.

ii. Plazos para entrega de productos

Dentro de la propia cláusula quinta del CONTRATO, las partes pactaron que existían plazos para la entrega de los productos, los cuales eran los siguientes:

1. Plazo para la primera entrega **44 días calendario**
2. Plazo para la segunda entrega **14 días calendario**

Así las cosas, las partes acordaron, de acuerdo al requerimiento de las Bases Integradas y la oferta realizada por ALBIS que, los plazos para la entrega de los productos eran los señalados anteriormente.

Se precisa que, de los documentos presentados por las partes, el plazo que se había dispuesto en las Bases Integradas era de 45 días calendario para la primera entrega y de 15 días calendario para las siguientes entregas, por lo que se infiere que el cambio a 44 días calendario y 14 días calendario pactado en el CONTRATO responde a la oferta presentada por ALBIS dentro de la Licitación Pública.

Resulta importante señalar que, existía un plazo de cumplimiento de obligaciones pactado en el CONTRATO, por lo que cualquier modificación a sus cláusulas debió respetar el marco jurídico acordado.

iii. Requisitos para la entrega de los productos

Un aspecto importante dentro del CONTRATO son los requisitos que se acordaron para que se pudiera ejecutar la prestación a cargo de ALBIS. Conforme se ha citado anteriormente, la cláusula décimo quinta estableció que el plazo para la entrega de los bienes se computaría desde la recepción de la Orden de Compra y conforme al cronograma señalado.

Árbitro Único

Carlos Luis Benjamín Ruska Maguña

De la revisión de dicha cláusula se observa que existían dos requisitos copulativos para el cumplimiento de las obligaciones:

1. La remisión de la Orden de Compra por parte de ESSALUD
2. El cumplimiento del calendario

Es importante señalar que, de una lectura sistemática de dicha cláusula, desde remitida la Orden de Compra, ALBIS tenía un plazo de 14 días calendario para cumplir con la entrega de los bienes requeridos, salvo el primer entregable.

013

El control del cumplimiento del calendario se encontraba bajo control de ESSALUD ya que, para que ALBIS cumpla con alguna de las obligaciones acordada, se tenía que remitir la Orden de Compra pertinente. En tanto no se remitiera la Orden de Compra, ALBIS no se encontraba en la posibilidad de cumplir con las prestaciones a su cargo, lo que le permitía, si es que así lo hubiese considerado, iniciar las acciones legales por la demora de ESSALUD.

111. Habiendo expuesto lo anterior, cabe señalar que el Árbitro Único concuerda con el hecho de que los plazos de los contratos de duración determinada no son infinitos, en tanto existe un compromiso de las partes para que se puedan cumplir las obligaciones de ambas dentro de lo acordado; sin embargo, si durante la ejecución de estos contratos se detectaran situaciones que impiden el común cumplimiento de los cronogramas o sus cláusulas, las partes tienen la plena libertad de utilizar los mecanismos que el propio contrato dispone para exigir el cumplimiento de las prestaciones, cargas y contraprestaciones pertinentes.
112. Conforme se puede apreciar del párrafo 3.21. la demanda, ALBIS reconoce que la ejecución de las primeras cuatro órdenes de compra se procedió conforme a lo siguiente:

Entrega	Nº de Orden de Compra	Fecha de Emisión de Orden de Compra	Nº Guías de Remisión	
Primera	4502611375	13 de junio de 2016	1002-0005015 1002-0005120 1002-0005139 1002-0005437 1002-0005440 1002-0005441	19 de julio de 2016

Árbitro Único

Carlos Luis Benjamín Ruska Maguña

Segunda	4502643766	3 de agosto de 2016	1150-1553949	11 de agosto de 2016
Tercera	4502760528	9 de marzo de 2017	1190-0000125	13 de marzo de 2017
Cuarta	4502798484	31 de marzo de 2017	0022-003523 FF03-0001967 FF03-0001979	12 de abril de 2017

113. ALBIS reconoce el cumplimiento de parte de ESSALUD, respecto de las Órdenes de Compra de los primeros cuatro entregables.

114. Sin perjuicio de ello, hay dos hechos que deben ser tomados en consideración por el Árbitro Único:

i. ESSALUD no estaba cumpliendo con remitir las Órdenes de Compra de manera mensual.

Según el argumento presentado por ALBIS en su demanda, las prestaciones tenían que ser cumplidas de manera mensual, sin embargo, conforme se puede apreciar de la fecha de emisión de las Órdenes de Compra, no se cumplía con la periodicidad alegada por el CONTRATISTA.

ii. ALBIS cumplía la prestación en un plazo menor de los 14 días dispuestos en el CONTRATO.

Pese a que ESSALUD no estaba cumpliendo con remitir las Órdenes de Compra con el tiempo suficiente de acuerdo con los plazos dispuestos en el CONTRATO, ALBIS no tuvo inconveniente en cumplir sus prestaciones.

Tal como es señalado en el cuadro utilizado previamente, las Órdenes de Compra de junio y agosto de 2016, así como las dos de marzo de 2017, fueron cumplidas de forma previa al vencimiento de los 14 días pactados contractualmente.

115. Así las cosas, el Árbitro Único no observa un medio probatorio que acredite algún cuestionamiento a la falta de cumplimiento de la remisión de Órdenes de Compra de manera mensual, conforme alega ALBIS. En caso se asumiera como cierto el argumento de ALBIS, respecto a que la periodicidad del cumplimiento de la entrega de bienes del CONTRATO debería ser mensual, al mes de marzo de 2017 (último mes de cumplimiento de la cuarta Orden de Compra), se tendrían que haber remitido ocho (8) Órdenes de Compra para que exista el cumplimiento mensual de los bienes entregados en el CONTRATO. De la revisión de los

documentos presentados por las partes, no existe controversia en que, para el mes de marzo de 2017, solo existían cuatro (4) Órdenes de Compra cumplidas.

116. Es importante señalar que las objeciones e incumplimientos que son alegados en un proceso arbitral deben ser el reflejo del comportamiento de las partes durante la ejecución del contrato. No se puede pretender en arbitraje un derecho que no fue exigido dentro de la ejecución de un contrato o que, a partir de los propios comportamientos de las partes, no se desprende una situación de reclamo.

117. A partir de lo señalado, el Árbitro Único, al mes de marzo de 2017, no aprecia documentos que acrediten que ALBIS intimaba a ESSALUD a cumplir con la periodicidad acordada en el CONTRATO o acusaba a dicha parte de la demora en la entrega de las Órdenes de Compra, lo cual implicaba una exoneración de responsabilidad por la posible inejecución de prestaciones vencido el plazo contractual.

118. De la revisión de lo argumentado en los numerales 3.22 y siguientes de la demanda, ALBIS sostiene que, pese a conocer el incumplimiento de ESSALUD, este seguía ejecutando sus prestaciones en aras de mantener la relación contractual.

119. Ante dicha argumentación, debe señalarse que las partes son libres de reclamar los incumplimientos de las obligaciones que estas tienen dentro de una relación jurídica. Así, cada una de ellas es libre de imputar los incumplimientos en los que considere incurre su contraparte; sin embargo, si bien existe una libertad para intimar el cumplimiento, la LCE establece la consecuencia de la caducidad ante la falta de reclamo.

120. Incluso, asumiendo por un momento como ciertos los argumentos de ALBIS, respecto a que la entrega de las Órdenes de Compra era una obligación esencial, dicha parte debió intimar a ESSALUD a dicho cumplimiento, a fin de evaluar adecuadamente la situación y, ejercer los remedios jurídicos que el CONTRATO y el marco legal le otorgaban. No accionar ante los incumplimientos de ESSALUD dentro del marco de la ejecución del CONTRATO, implica aceptar la existencia de dicha situación e interiorizar las consecuencias de la misma.

121. A partir de ello, se concluye válidamente que el CONTRATO no se ejecutó de manera periódica en las cuatro (4) entregas que se reconocen realizadas en los meses de junio y agosto de 2016, así como las dos de marzo de 2017, sin la objeción de ALBIS.

RIESGO DEL CUMPLIMIENTO

122. Hay un factor importante que fue asignado dentro de las Bases Integradas e incorporado al CONTRATO y se encuentra relacionado con el riesgo de cumplimiento en la entrega de los bienes por parte de ALBIS.
123. Conforme ha sido señalado en los numerales anteriores, las Bases exigían que el ganador pudiera cumplir con las entregas (salvo la primera), en el plazo de 15 días calendario desde que se realice el requerimiento. Al momento de evaluar las condiciones del CONTRATO, se advierte que ALBIS se comprometió a la entrega de los bienes en el plazo de 14 días hábiles, por lo que este era el plazo que tenía para ejecutar sus prestaciones.
124. Esto resulta importante porque ALBIS señala que, conforme a lo manifestado en la Carta N° 20170816-JVI-ALBIS del 16 de agosto de 2017, ESSALUD debería otorgarle un plazo de sesenta (60) días calendario para poder cumplir con la entrega de la siguiente Orden de Compra, conforme al siguiente texto:

"(...) le agradeceré que indique al usuario que corresponda, que emita la orden de compra que corresponde a la atención de la quinta entrega, e indicar plazo de entrega sesenta (60) días calendario" (el resaltado es nuestro)

125. Ante dicha situación, ALBIS considera que, como ESSALUD no contestó dicha Carta, se debía respetar el plazo que estaba solicitando.
126. Conforme se ha desarrollado en los numerales anteriores, el Árbitro Único aprecia que el plazo informado por ALBIS en la carta del 16 de agosto de 2017 no se ajusta a las condiciones ofertadas o pactadas en el CONTRATO.
127. Alegar que, con la Carta presentada, se ha modificado el plazo de entrega de los bienes involucraría ir en contra del pacto establecido por las partes en el CONTRATO. Para que una parte pueda alegar que no se encuentra en una situación de incumplimiento contractual, debe demostrar que, a partir de una interpretación conforme al sentido común de los términos pactados, sus acciones se han encontrado destinadas a ejecutar el contrato en dicho sentido.
128. Al Árbitro Único no se le ha sometido un pronunciamiento, respecto de un posible incumplimiento de ESSALUD en la demora de la remisión de la Orden de Compra, por lo que no puede analizar dicha situación, ya que excedería los puntos controvertidos determinados previamente sobre la base de las pretensiones de ALBIS. Así las cosas, de la revisión de los

documentos presentados, el Árbitro Único concluye que la Carta remitida por ALBIS no resulta consecuente con la oferta presentada ni con lo pactado contractualmente con ESSALUD para el cumplimiento de su obligación.

129. Sin perjuicio de ello, es pertinente señalar que el artículo 35º de la LCE ha establecido que "El contrato (...) podrá incorporar otras modificaciones expresamente establecidas en el Reglamento." (el resaltado es nuestro)

130. Ante ello, el artículo 143º del RLCE permite que las partes introduzcan modificaciones en un contrato de acuerdo a lo siguiente:

015

"Artículo 143.- Modificación en el Contrato

Durante la ejecución del contrato, en caso el contratista ofrezca bienes y/o servicios con iguales o mejores características técnicas, de calidad y de precios, la Entidad, previa evaluación, podrá modificar el contrato, siempre que tales bienes y/o servicios satisfagan su necesidad. Tales modificaciones no deberán variar en forma alguna las condiciones originales que motivaron la selección del contratista." (El resaltado es nuestro)

131. Conforme a la normativa aplicable al CONTRATO, las partes pueden arribar a modificaciones contractuales siempre que (i) estas sean iguales o mejores, desde el punto de vista técnico y (ii) no afecten las condiciones originales que motivaron la selección del contratista.
132. Desde una visión integral del CONTRATO, la principal finalidad que tenían las partes con la provisión de bienes era que estos pudieran ser utilizados por la ENTIDAD, a partir de la pronta entrega de ALBIS. La ENTIDAD, al suscribir el acuerdo, así como en lo presentado en sus bases, establecía un plazo máximo de entrega, el cual debe de ser respetado.
133. La Carta remitida el 16 de agosto de 2017 no cumplía con las condiciones establecidas en el CONTRATO inicial, por lo que corresponde analizar si es que se podría configurar una situación que haya modificado la relación obligatoria de las partes, a partir de un cambio que ofrezca mejores condiciones técnicas y no afecten las condiciones originales de selección conforme a la base del artículo 143º del RLCE citado previamente.
134. La modificación contractual que pretendía ser incorporada por ALBIS en su carta establecería un cambio en el plazo de entrega de catorce (14) días calendario a sesenta (60) días calendario, es decir, aumentaba cuatro (4) veces el plazo de entrega que se había acordado inicialmente. A partir de una posición de tercero imparcial, el aumento en

Árbitro Único

Carlos Luis Benjamín Ruska Maguina

cuatro veces del tiempo de entrega de bienes en un contrato, no puede ser entendido como una mejora en las condiciones inicialmente acordadas.

135. El Árbitro Único considera que la evaluación en conjunta de lo señalado por ALBIS no resulta ser una modificación contractual que ponga en una mejor situación a las partes.
136. Por otro lado, resulta ser un elemento esencial para la selección de un Contratista la oferta relacionada al plazo de entrega de los bienes. Si bien se reconoce que la obligación principal es la entrega de dichos bienes, estos no pueden ser entregados en el plazo que el proveedor disponga, sino que debe cumplirse con lo estipulado en el CONTRATO. Adicionalmente, de la revisión de las Bases, se aprecia que la intención de ESSALUD, al momento de realizar la licitación, era que estos bienes sean entregados en un máximo de 15 días calendario, por lo que el cambio presentado por ALBIS, incluso, supera en demasiado el plazo establecido en las Bases.
137. Ante dicha situación, el Árbitro Único no considera que nos encontramos en un supuesto de modificación contractual permitido bajo los parámetros del artículo 143º del RLCE.
138. Sin perjuicio de lo manifestado previamente, ALBIS soslaya el hecho de que, debido a que ESSALUD fue notificado correctamente de la Carta del 16 de agosto de 2017 y, sobre la base de que no se manifestó, habría aceptado dicho cambio.
139. En primer lugar, la sola notificación de un documento en una relación contractual no involucra la aceptación de su contenido. Las Entidades Públicas se encuentran en la obligación de aceptar la documentación presentada, sin embargo, lo referido al contenido de dicho documento debe ser analizado y obtener una respuesta. En todo caso, de no obtener una respuesta, habría que analizar los efectos de dicha situación.
140. El Árbitro Único no acoge el razonamiento presentado por ALBIS respecto a que la notificación del documento a ESSALUD involucra algún tipo de aceptación de su contenido y que, por tanto, modifique las condiciones contractuales.
141. En segundo lugar, se debe analizar cuál fue el comportamiento de ALBIS y ESSALUD durante dicho periodo de tiempo, con lo que se podría conocer si es que se ha llegado a alguna situación que involucra la aceptación de las condiciones presentadas.

142. ALBIS sostiene que la falta de objeción de ESSALUD involucra una aceptación de las condiciones establecidas. Al respecto, es pertinente resaltar que nos encontramos en una relación jurídica en el marco de la normativa de la LCE, en el cuál se establece una relación con privados que no involucra una situación de administrado y administración pública, sino que, por el contrario, rige bajo una situación privada de igualdad de condiciones.

143. Siendo ello así, corresponde analizar si que existe algún instrumento jurídico en nuestro ordenamiento que dote de contenido la inacción de alguna parte dentro de una relación jurídica.

144. Dentro de esta revisión, podemos señalar que el Código Civil ha establecido, respecto del silencio, lo siguiente:

"Artículo 142º.- El silencio

El silencio importa manifestación de voluntad cuando la ley o el convenio le atribuyen ese significado."

145. Como regla general de nuestro ordenamiento jurídico, el silencio no es una manifestación de voluntad que se encuentre destinada a modificar situaciones jurídicas, salvo que la ley o el convenio le hayan atribuido dicho significado. Si bien la LCE y el RLCE han establecido algunas situaciones donde el silencio de la Entidad es una manifestación de voluntad, el presente caso es uno que cambiaría las condiciones de cumplimiento pactadas, las cuales deben ser aceptadas por la Entidad. En estos supuestos, el silencio no se puede inferir como la aceptación al cambio de dichas condiciones.

146. Adicionalmente, el CONTRATO, no ha regulado una situación de tal forma, por lo que, sobre la base del marco jurídico dentro del que se desarrollan las relaciones de las partes, no se puede concluir que el no dar una respuesta o no objetar la Carta remitida por ALBIS el 16 de agosto de 2017, haya generado una modificación de las condiciones contractuales.

147. Asimismo, el Árbitro Único no aprecia que ALBIS haya demostrado alguna situación de manifestación de voluntad tácita debidamente acreditada que permita inferir que, por el comportamiento de ESSALUD, se habría generado un cambio en las condiciones contractuales, máxime si es que, conforme se apreciará de forma posterior, la ENTIDAD requería el cumplimiento de la Quinta Orden de Compra en un plazo menor al pactado contractualmente, así como lo manifestado en su Carta N° 2141 OA-OADM-RAA-ESSALUD-2017 del 17 de octubre de 2017, en la cual no aceptó el cambio del plazo para el cumplimiento de sus obligaciones.

Lauto de derecho

Expediente N° 016-2018/MARCPERU/ADM/JTM

Caso Arbitral: ALBIS S.A - SEGURO SOCIAL DE SALUD - RED ASISTENCIAL ALMENARA

Árbitro Único

Carlos Luis Benjamín Ruska Maguina

148. Sin perjuicio de lo manifestado por ESSALUD en la Carta N° 2141 OA-OADM-RAA-ESSALUD-2017 del 17 de octubre de 2017, de conformidad con el artículo 141º del Código Civil, la manifestación de voluntad es tácita "cuando la voluntad se infiere indubitablemente de una actitud o de circunstancias de comportamiento que revelan su existencia".
149. El comportamiento de ESSALUD puede considerarse tardío, sin embargo, no existe algún otro elemento probatorio que ALBIS ha presentado en estos actuados, sobre la base del cual la ENTIDAD haya realizado algún comportamiento que infiera la aceptación de las condiciones presentadas el 16 de agosto de 2017, de forma previa a la emisión de la Carta N° 2141 OA-OADM-RAA-ESSALUD-2017 del 17 de octubre de 2017.
150. Por lo antes señalado, el Árbitro Único no acoge el argumento presentado por ALBIS, en lo que refiere a que la ENTIDAD aceptó las condiciones que fueron presentadas por dicha empresa, en tanto la Carta del 16 de agosto de 2017, (i) no ha cumplido las condiciones acordadas por las partes en el CONTRATO que fueron ofertadas por el propio ALBIS, (ii) la empresa no ha demostrado que las condiciones presentadas resultan ser más beneficiosas para los objetivos contractuales y (iii) no existe comportamiento alguno de parte de ESSALUD que permite inferir una manifestación de voluntad tácita que haya modificado el CONTRATO.

MANIFESTACIÓN DE VOLUNTAD SOBRE LA VIGENCIA DEL CONTRATO

151. Es pertinente resaltar que el Árbitro Único reconoce la existencia de un acuerdo inicial para que el plazo contractual tenga una duración de doce (12) meses, por lo que se analizará si es que el comportamiento de las partes durante la ejecución de sus obligaciones guardaba estricta relación con lo alegado.
152. A partir de lo señalado por ALBIS, a partir del 14 de junio de 2018, dicha parte se encontraba en la posibilidad de señalar que la relación jurídica con ESSALUD había concluido, en tanto el plazo contractual habría finalizado.
153. Sin perjuicio de ello, se aprecia la existencia de la Carta N° 20170816-JVI-ALBIS del 16 de agosto de 2017 y la Carta N° 20170912-JVI-ALBIS, las cuales señalaban lo siguiente:

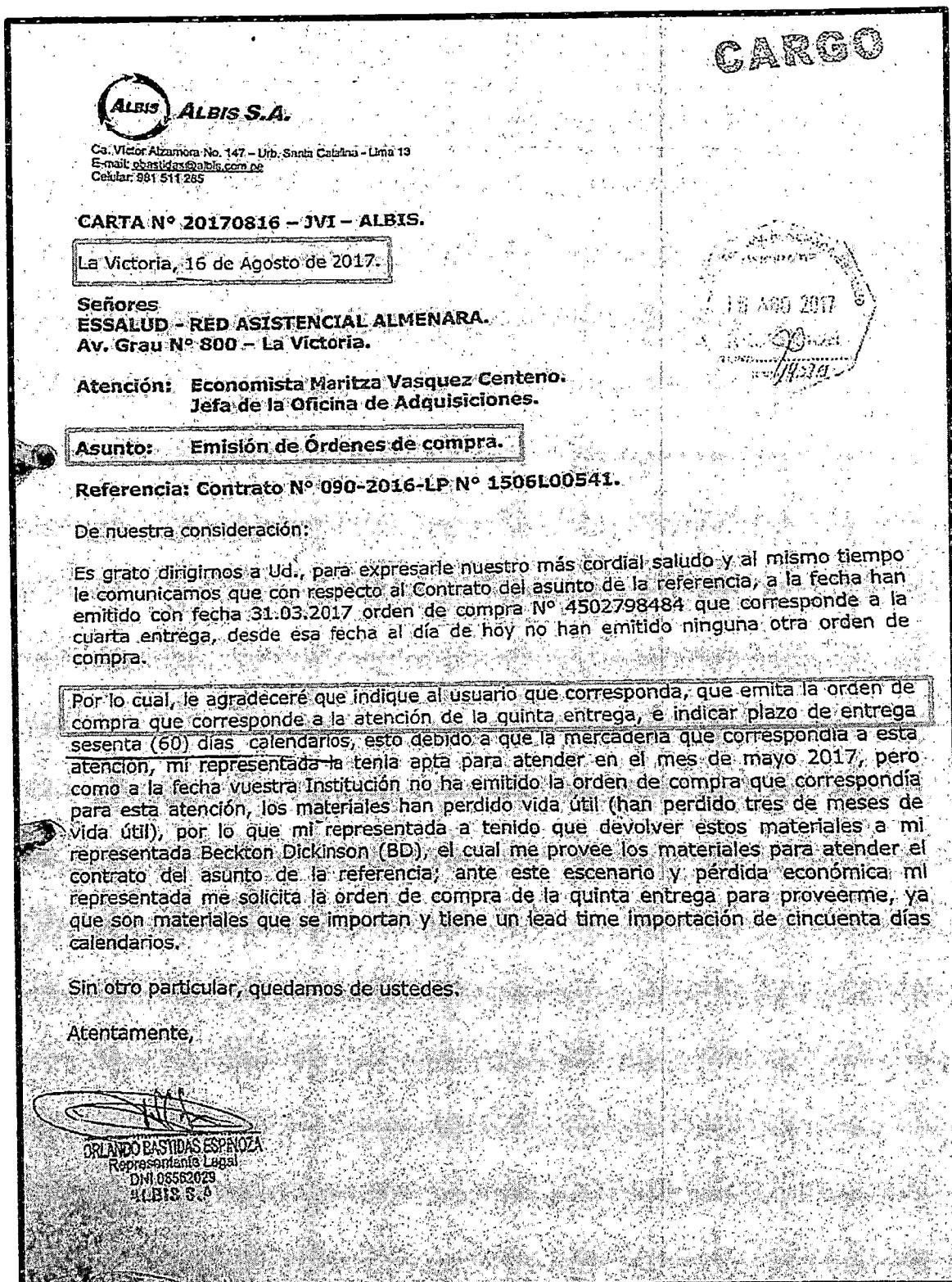
Lauto de derecho

Expediente N° 016-2018/MARCPERU/ADM/JTM

Caso Arbitral: ALBIS S.A.- SEGURO SOCIAL DE SALUD - RED ASISTENCIAL ALMENARA

Arbitro Único

Carlos Luis Benjamín Ruska Maguifña



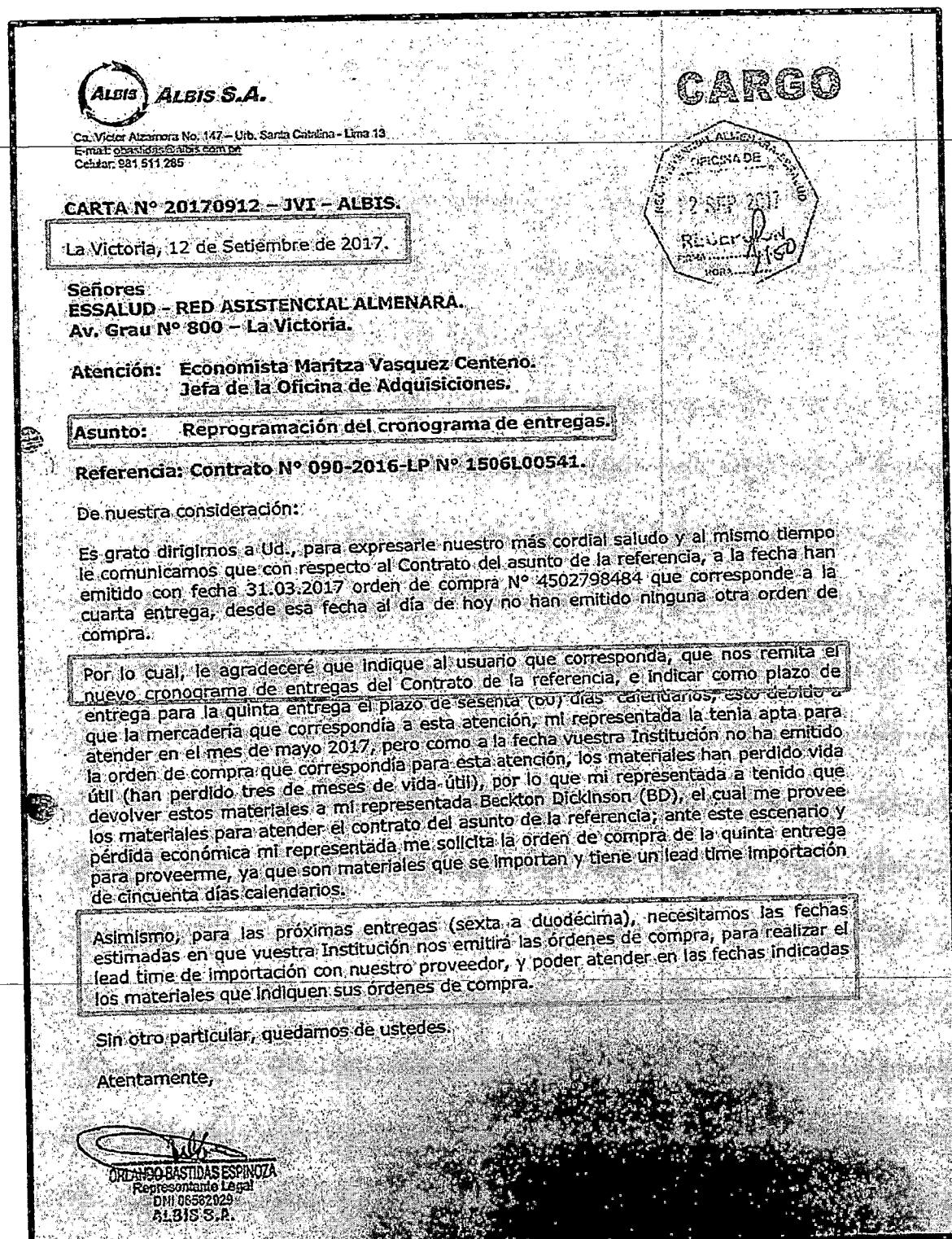
Laudo de derecho

Expediente N° 016-2018/MARCPERU/ADM/JTM

Caso Arbitral: ALBIS S.A.- SEGURO SOCIAL DE SALUD - RED ASISTENCIAL ALMENARA

Árbitro Único

Carlos Luis Benjamín Ruska Maguiña



154. En primer lugar, debe advertirse que la Carta N° 20170816-JVI-ALBIS del 16 de agosto de 2017 y la Carta N° 20170912-JVI-ALBIS del 12 de setiembre de 2017 ha sido presentadas por ALBIS, de manera posterior al 13 de junio de 2017, fecha en la cual dicha parte sostiene que ha finalizado el arbitraje.

155. En segundo lugar, el contenido de las Cartas resulta pertinente de ser analizado.

i. La Carta N° 20170816-JVI-ALBIS del 16 de agosto de 2017 solicita la emisión de la quinta Orden de Compra.

ALBIS no puede pretender desconocer en este proceso, el común sentido de los términos que señala dicho documento remitido a ESSALUD. La exigencia para que el Árbitro Único determine que las obligaciones del CONTRATO han finalizado el 13 de junio de 2017 implica que el comportamiento de las partes o por lo menos de ALBIS, durante la ejecución del contrato, infiera dicha acción.

De esta primera Carta, no se aprecia que ALBIS haga referencia a la finalización del vínculo contractual por ESSALUD, a partir del vencimiento de su plazo, por el contrario, solicita que se le emita la quinta Orden de Compra para poder dar cumplimiento a sus obligaciones.

ii. La Carta N° 20170912-JVI-ALBIS del 12 de setiembre de 2017 hace mención a la intención de ALBIS en dar cumplimiento a las siguientes entregas restantes (de la sexta a la duodécima).

Sin perjuicio de la Carta señalada en el numeral anterior, ALBIS también remitió otra Carta el 12 de setiembre de 2017, en la cual reitera su pedido para que se le remita la Quinta Orden de Compra. A partir de dicha acción, el comportamiento de ALBIS denota que, a su juicio, el CONTRATO seguía vigente entre las partes.

Sumado a lo señalado anteriormente, ALBIS no solo exige la Quinta Orden de Compra, sino que, además, solicita un nuevo cronograma para la ejecución de la sexta, séptima, octava, novena, décima, undécima y duodécima entrega.

156. Los comportamientos que se infieren de las Cartas presentadas por ALBIS denotan que dicha parte, durante la ejecución del CONTRATO, no dio muestras de que la relación jurídica habría finalizado el 13 de junio de 2017. Por el contrario, del contenido de sus cartas se daba a notar que

Árbitro Único

Carlos Luis Benjamín Ruska Maguñía

seguía manteniendo una relación jurídica o que, en todo caso, su voluntad era mantener dicha relación jurídica.

157. Sin perjuicio de lo señalado anteriormente, no solo es necesario que una parte tenga la voluntad de continuar la ejecución de un contrato, sino que la contraparte también tiene que manifestar dicha intención. De la revisión de los documentos presentados, la acción que denota la voluntad de ESSALUD, para continuar con la relación jurídica con ALBIS, es el correo remitido el 2 de octubre de 2017, en la cual le solicita el cumplimiento de la quinta orden de compra.
158. A partir de ello, se desprende que existe una prórroga tácita, a partir de las manifestaciones de voluntad expresadas por ALBIS en la Carta N° 20170816-JVI-ALBIS del 16 de agosto de 2017 y la Carta N° 20170912-JVI-ALBIS del 12 de setiembre de 2017 y por ESSALUD en el correo del 2 de octubre de 2917, en la cual se buscaba dar cumplimiento a la quinta entrega de bienes del CONTRATO.
159. Cabe señalar que ESSALUD pudo haber contestado que el CONTRATO había finalizado, sin embargo, esta no fue la respuesta de dicha parte, por lo que el Árbitro Único considera que, a partir de las acciones concretas de ALBIS y ESSALUD, el CONTRATO no finalizó el 13 de junio de 2017.
160. Se precisa que ALBIS ha sostenido, a lo largo de su argumentación, que el CONTRATO no puede tener un plazo indeterminado, máxime si es que las partes han establecido un plazo contractual; sin embargo, las pretensiones formuladas por ALBIS no se encuentran dirigidas a que el Árbitro Único determine el plazo contractual. La parte ha solicitado que se establezca si el CONTRATO terminó o no el 13 de junio de 2017, por lo que el Árbitro Único no puede pronunciarse sobre algún otro extremo que no se encuentre relacionado a ello.
161. Por todo lo expuesto, a partir de que (i) durante las primeras cuatro entregas de los bienes, no se cumplieron las obligaciones de manera mensual (ii) hasta la cuarta entrega no hubo objeción de la demora en la entrega de órdenes de compra, (iii) existe un comportamiento concluyente de ALBIS, a partir de la Carta N° 20170816-JVI-ALBIS del 16 de agosto de 2017 y de la Carta N° 20170912-JVI-ALBIS, en la que se infiere que dicha parte no tenía un comportamiento durante la ejecución del CONTRATO que permitiera inferir que se había finalizado la relación jurídica y, (iv) no se puede inferir el cambio de condiciones contractuales a partir del marco jurídico aplicable al CONTRATO; en consecuencia, corresponde declarar INFUNDADA la primera pretensión principal de ALBIS señalando que el CONTRATO no ha finalizado el 13 de junio de 2017.

RAZONAMIENTO Y DECISIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO RESPECTO A LA EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD

Segundo Punto Controvertido. - Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único declare nula, inválida e ineficaz la decisión contenida en la Carta Notarial N° 18-OAD-RAA-ESSALUD-2017 a través de la cual ESSALUD resuelve el Contrato N° 090-2016 por contener un imposible jurídico.

162. Previo a analizar la segunda pretensión formulada por ALBIS, corresponde determinar si, conforme a lo alegado por ESSALUD, el derecho de ALBIS a cuestionar la resolución del CONTRATO, habría caducado.

019

CADUCIDAD

163. La caducidad supone la decadencia de derechos por su falta de ejercicio en el término establecido por la norma. La misma implica la pérdida de fuerza de un derecho por el transcurso del plazo para su ejercicio. La caducidad extingue el derecho de forma automática y es irrenunciable².

164. Al respecto, Juan Monroy Gálvez define la caducidad como:

"A aquella institución del derecho material referida a actos, instituciones o derechos, siendo en este último caso de uso más común e interesante para el proceso. Asimismo, agrega que se caracteriza porque se extingue el derecho material como consecuencia del transcurso del tiempo. En ese sentido, si se ha interpuesto una demanda cuya pretensión está sustentada en un derecho que ha venido en caduco, entonces en estricto la pretensión no tiene fundamento jurídico, por lo que ya no puede ser intentada. Esta situación es tan categórica para el proceso que el Código Civil le concede al juez el derecho de declarar la caducidad y la consecuente improcedencia de la demanda si aparece del sólo examen de ésta al momento de su calificación inicial"³.

165. Además, como lo afirman Mario Castillo y Rita Sabroso, la caducidad es un: "... instrumento mediante el cual el transcurso del tiempo extingue el derecho y la acción correspondiente, debido a la inacción de su titular durante el plazo prefijado por la ley".⁴

² MUÑOZ MACHADO, Santiago. DICCIONARIO DEL ESPAÑOL JURÍDICO. Barcelona: Espasa Libros, S.L.U., 2016. P 287.

³ MONROY GÁLVEZ, Juan. El proceso civil en un libro sobre prescripción y caducidad. En: Themis N° 10. Lima. Pp.24 - 28.

⁴ CASTILLO FREYRE, Mario y SABROSO MINAYA, Rita. El arbitraje en la contratación pública. Vol. 7. Palestra Editores S.A.C. Lima, 2009. Pág. 88.

BASE LEGAL APLICABLE

166. La caducidad se encuentra regulada en los artículos 2003º al 2007º del Código Civil, los cuales señalan que este instrumento tiene como finalidad extinguir tanto el derecho como la acción que se relaciona con este. En ese sentido, si a una persona se le vence un plazo de caducidad habrá perdido el derecho y la acción para reclamarlo.

167. Esta institución se encuentra regulada en el Código Civil y resulta expresa en lo que refiere a la no posibilidad de interrupción o suspensión, indicándose lo siguiente:

"La caducidad no admite interrupción ni suspensión, salvo el caso previsto en el artículo 1994º, inciso 8."

168. Adicionalmente, la regulación de la caducidad ha señalado que esta solo puede ser fijada por ley (principio de legalidad), en tanto las consecuencias que involucra son bastante gravosas para la parte afectada. Así, se ha establecido lo siguiente:

"Los plazos de caducidad los fija la ley, sin admitir pacto en contrario".

169. Por lo señalado y de conformidad con lo dispuesto en el Artículo IX del Título Preliminar del Código Civil⁵, la caducidad sólo puede estar contemplada en una norma con rango de ley.

170. Respecto del caso en particular, las disposiciones del Código Civil resultan aplicables en tanto no contravengan alguna disposición que la LCE haya establecido. En tanto no existe un desarrollo sobre la institución de la caducidad en dicho cuerpo normativo, resulta aplicable lo señalado por el Código Civil.

171. En el caso en concreto, la cláusula décimo QUINTA del CONTRATO – Marco Legal del Contrato – establece que, en lo no previsto por el mismo, la LCE y su RLCE, en las directivas que emita el OSCE y demás normativa especial que resulte aplicable, serán de aplicación supletoria las disposiciones pertinentes del Código Civil vigente, cuando corresponda, y demás normas del derecho privado.

172. En tal sentido, se debe indicar que el artículo 52 de la LCE en su inciso 2, ha establecido lo siguiente:

⁵ "Las disposiciones del Código Civil se aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza".

"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.

020

La parte que solicita la conciliación y/o el arbitraje debe ponerla en conocimiento del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) en el plazo establecido en el reglamento, salvo cuando se trate de un arbitraje administrado por dicho organismo o cuando éste designe a los árbitros.

Para los reclamos que formulen las Entidades por vicios ocultos en los bienes, servicios y obras entregados por el contratista, el plazo de caducidad es el que se fije en función del artículo 50º de la presente ley, y se computa a partir de la conformidad otorgada por la Entidad.

Todos los plazos previstos son de caducidad."

173. Adicionalmente, sobre este punto, el artículo 170º del RLCE ha establecido que, en los casos que se discute la resolución de un contrato, el plazo se computa desde el día siguiente de comunicada la resolución, conforme a lo siguiente:

"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 es nuestro)

174. Por lo señalado, la regulación de la LCE ha establecido la forma cómo debe ser aplicada la caducidad en un caso bajo su ámbito, de acuerdo a lo siguiente:

- i. El plazo de caducidad es de quince (15) días hábiles.

- ii. En el caso de resolución del contrato, el plazo se computa desde el día siguiente de notificada la resolución.

ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

175. Respecto de la resolución del contrato, el inciso c del artículo 40º de la LCE ha dispuesto lo siguiente:

"c) Resolución de contrato por incumplimiento: En caso de incumplimiento por parte del contratista de alguna de sus obligaciones, que haya sido previamente observada por la Entidad, y no haya sido materia de subsanación, esta última podrá resolver el contrato en forma total o parcial, mediante la remisión por la vía notarial del documento en el que se manifieste esta decisión y el motivo que la justifica." (El resaltado es nuestro)

176. En este caso, existen tres condiciones que requiere una resolución de contrato. La primera refiere a que la Entidad haya observado el supuesto de incumplimiento de obligaciones en el que se encuentra el Contratista. El segundo, refiere a que, ante el requerimiento de subsanación de la Entidad, el Contratista no haya cumplido con realizarlo, por lo que, ante dicha situación, se procede con la resolución. El tercer elemento se cumple con la remisión de la carta notarial de resolución de contrato debidamente justificada.

177. Adicionalmente a lo antes señalado, el artículo 168º del RLCE, ha dispuesto lo siguiente:

"Artículo 168º.- Causales de resolución por incumplimiento

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

1. Incumpla injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese a haber sido requerido para ello." (el resaltado es nuestro)

178. Por otro lado, respecto de la forma en cómo debe resolverse un contrato, el artículo 169º del RLCE ha señalado:

"Artículo 169º. - Procedimiento de resolución de Contrato

Si alguna de las partes falta al cumplimiento de sus obligaciones, la parte perjudicada deberá requerirla mediante carta notarial

Lauto de derecho

Expediente N° 016-2018/MARCPERU/ADM/JTM

Caso Arbitral: ALBIS S.A- SEGURO SOCIAL DE SALUD – RED ASISTENCIAL ALMENARA

Árbitro Único

Carlos Luis Benjamín Ruska Magaña

para que las satisfaga en un plazo no mayor a cinco (5) días, bajo apercibimiento de resolver el contrato.

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

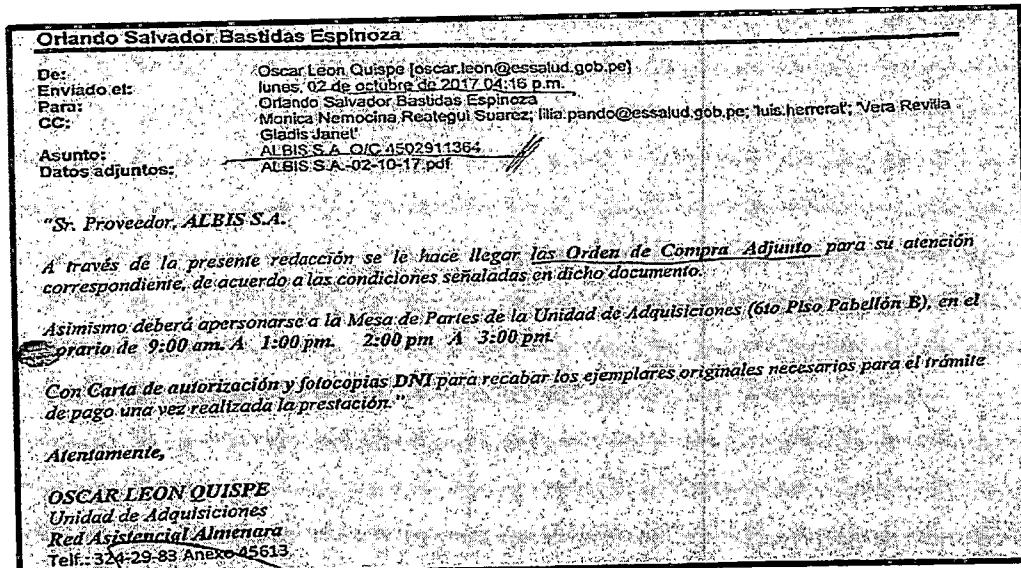
021

179. Sistematizando los artículos señalados anteriormente, la resolución del contrato tiene dos aspectos: i) formal y ii) material. El aspecto formal refiere a que la resolución haya cumplido con dos requisitos:

1. Que se haya requerido la subsanación del supuesto incumplimiento
2. Haya sido remitida vía notarial

180. Lo señalado previamente resulta pertinente para analizar la caducidad, en tanto ALBIS alega que la resolución de ESSALUD contiene un vicio insubsanable, porque se está resolviendo el CONTRATO a partir de un documento que no es parte de la relación jurídica entre ESSALUD y ALBIS.

181. De la revisión de los medios probatorios ofrecidos por las partes, se aprecia que el 2 de octubre de 2017, el señor Oscar León Quispe remitió a Orlando Salvador Bastidas Espinoza, la Orden de Compra N° 4502911364, conforme se aprecia a continuación:



Lauto de derecho

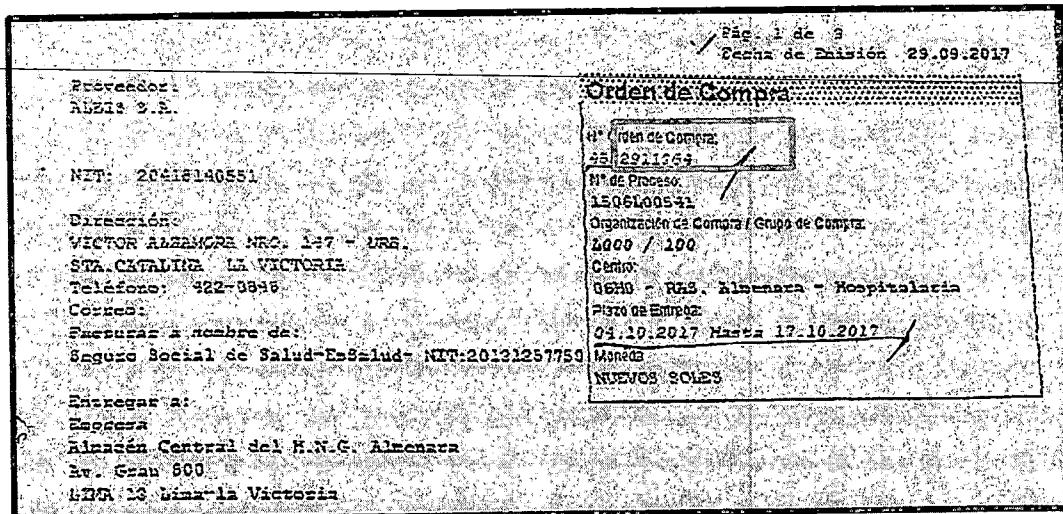
Expediente N° 016-2018/MARCPERU/ADM/JTM

Caso Arbitral: ALBIS S.A.- SEGURO SOCIAL DE SALUD - RED ASISTENCIAL ALMENARA

Árbitro Único

Carlos Luis Benjamín Ruska Maguina

182. En dicho correo, se notificada la siguiente Orden de Compra emitida el 29 de setiembre de 2017:



183. Cabe señalar que estos medios probatorios fueron presentados por ALBIS en su demanda arbitral y su autenticidad no ha sido cuestionada en el presente proceso, por lo que se presume que los documentos son idénticos a los originales.
184. A partir de ello, se aprecia que ALBIS fue correctamente notificada con la Orden de Compra N° 452911364, la cual exigía el cumplimiento de la quinta entrega de bienes acordados en el CONTRATO.
185. Luego de ello, con la Carta N° 15-OADM-RAA-ESSALUD 2017, se requirió que se cumpla con la Orden de Compra remitida por correo electrónico el 2 de octubre de 2017. De la revisión de este documento, el cual requería el cumplimiento del CONTRATO, así como la Carta N° 18-OADM-RAA-ESSALUD-2017, notificada a ALBIS el 15 de noviembre de 2017, a través de la cual ESSALUD resolvió parcialmente el CONTRATO, se aprecia que existió un error material al referir a la Orden de Compra, en tanto se señaló que la Orden de Compra a ser cumplida es la N° 452911464, sin embargo, la que fuera notificada era la N° 452911364.
186. Este vicio no deviene en un error insubsanable por parte de la documentación presentada por ESSALUD, máxime si de los documentos que se presentan se desprende que ALBIS sí tomó conocimiento de la Orden de Compra que es materia de la resolución del CONTRATO y, se cumplió con las disposiciones contenidas en la LCE y el RLCE, por lo que, al momento de analizar la caducidad, no existe un vicio insubsanable en los documentos que fueran remitidos a ALBIS que los invaliden.

187. De otro lado, es pertinente señalar que, en tanto exista un defecto en la notificación del requerimiento de cumplimiento, así como en la Carta que resuelve el CONTRATO, estos se someten a los plazos de caducidad dispuestos en el marco jurídico del CONTRATO, así como a la oportunidad en que fueran reclamados. De la revisión de la documentación presentada, ALBIS está cuestionando el error de la Orden de Compra recién en el proceso arbitral (específicamente, en la contestación a la excepción de caducidad del 11 de setiembre de 2018), no advirtiéndose una Carta en el lapso de tiempo transcurrido desde la resolución que haya advertido dicho defecto. En tal sentido, la oportunidad del cuestionamiento resulta ampliamente desproporcionada con la fecha en que sucedió el supuesto vicio.
188. Por ello, sostener lo señalado por ALBIS, respecto a que nunca fueron notificados con la Orden de Compra que requería el cumplimiento de la quinta provisión de bienes, sería contrario a la buena fe que rigen los contratos, en tanto dicha parte siempre tuvo conocimiento de la Orden de Compra que estaba siendo exigida en su cumplimiento.
189. Por tanto, no existiendo un vicio insubsanable que involucre la invalidez de las Cartas que apercibieron y resolvieron el CONTRATO, así como la oportunidad en la cual se está reclamando el error material, corresponde continuar con el análisis a fin de determinar la existencia de la caducidad alegada respecto de la oportunidad del cuestionamiento a la resolución del CONTRATO por parte de ALBIS.
190. Conforme a lo presentado por las partes, la resolución parcial del CONTRATO fue notificada a ALBIS el 15 de noviembre de 2017, por lo que, a partir de dicha fecha, esta tenía un plazo de quince (15) días hábiles para cuestionarla.
191. De conformidad con lo señalado por ESSALUD, lo cual no ha sido negado por ALBIS en sus escritos de contestación a la excepción, el CONTRATISTA inicio el proceso arbitral, cursando la comunicación de solicitud de inicio de arbitraje el 14 de diciembre de 2017.
192. De la revisión de los días inhábiles, se aprecia que adicional a los días sábados y domingo, el único día inhábil entre el 15 de noviembre de 2017 y el 14 de diciembre de 2017 fue el 8 de diciembre de 2017, el cual cayó viernes.
193. A partir de ello, el plazo para que ALBIS iniciará su proceso arbitral venció el 6 de diciembre de 2017, por lo que su presentación el 14 de diciembre de 2017 resultó fuera del plazo dispuesto en la norma.

022

Laudo de derecho

Expediente N° 016-2018/MARCPERU/ADM/JTM

Caso Arbitral: ALBIS S.A.- SEGURO SOCIAL DE SALUD - RED ASISTENCIAL ALMENARA

Árbitro Único

Carlos Luis Benjamín Ruska Maguña

194. Por lo expuesto, el plazo para cuestionar la resolución del CONTRATO ha caducado, por lo que corresponde declarar fundada la excepción de caducidad contra la segunda pretensión principal presentada por ALBIS.

Tercer Punto Controvertido. - Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único declare inválida o ineficaz la Orden de Compra N° 4502811364 correspondiente a la quinta entrega por contener bienes que no son materia del Contrato.

Cuarto Punto Controvertido. - En caso se ampare el tercer punto controvertido, determinar si corresponde o no que el Árbitro Único ordene a ESSALUD que se abstenga de aplicar al DEMANDANTE las penalidades por supuesto retraso injustificado en el cumplimiento de la Orden de Compra N° 4502811364.

195. Sobre este particular, es pertinente señalar que ALBIS está solicitando la invalidez o ineficacia de la Orden de Compra N° 4502811364, en tanto contiene el requerimiento de la provisión del producto identificado con el número 030106305m el cual refiere al "CD anticuerpo monoclonal marcado con AmCyam".

196. Se sostiene que dicho producto no fue ofertado por ALBIS ni incluido en el CONTRATO, por lo que esto involucraría la nulidad o ineficacia de toda la Orden de Compra N° 4502811364.

197. Al respecto, de la revisión de la Orden de Compra, se aprecia que se requirió el cumplimiento de diferente material, catalogado cada uno de ellos, a partir de un código determinado y con una denominación determinada.

198. Las partes, en la cláusula segunda del CONTRATO, establecieron qué bienes deberían ser entregados durante la ejecución contractual, los cuales guardaban relación con lo señalado en las Bases Integradas.

199. De la revisión integral de la Orden de Compra N° 4502811364, se aprecia que los bienes requeridos por ESSALUD a ALBIS guardaban estricta relación con lo pactado contractualmente, salvo el siguiente:

Orden de Compra N° 4502811364



200. En la Orden de Compra se le requirió a ALBIS que entregara el producto codificado con el N° 030106305 y con la descripción CF anticuerpo monoclonal marcado con AmCyam PBA. Sin embargo, de la revisión de

Lauto de derecho

Expediente N° 016-2018/MARCPERU/ADM/JTM

Caso Arbitral: ALBIS S.A.-SEGURO SOCIAL DE SALUD - RED ASISTENCIAL ALMENARA

Árbitro Único

Carlos Luis Benjamín Ruska Maguina

los bienes pactados en el CONTRATO, dicho código no correspondía a dicha descripción.

CONTRATO

030106305	600	CF-Monoclonal anti-humano CD33: Fluocromo PerCP o RPE-TEXAS RED o RPE-TEXAS RED-X	PBA
-----------	-----	---	-----

201. Conforme se puede apreciar, el código de cumplimiento del bien pactado corresponde a la descripción CF-Monoclonal anti-humano CD33. Flucromo PerCP o RPE-TEXAS RED o RPE-TEXAS RED-X, por lo que no existe una correlación entre lo requerido por ESSALUD y lo pactado en el CONTRATO.
202. Sin perjuicio de ello, es pertinente señalar que el resto de bienes requeridos sí guarda relación con lo pactado en el CONTRATO, por lo que no se puede declarar la invalidez o ineficacia total de la Orden de Compra N° 030106305, por dicho motivo.
203. Se precisa que, en el extremo del requerimiento referido al CF anticuerpo monoclonal marcado con AmCyam PBA, no se puede imputar algún incumplimiento de ALBIS porque este no estaba pactado en el CONTRATO. Así las cosas, en dicho extremo, el requerimiento es ineficaz.
204. A partir de lo señalado, respecto de la pretensión accesoria, las partes pactaron, en la cláusula décimo segunda lo siguiente:

"CLÁUSULA DÉCIMO SEGUNDA: PENALIDADES

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

205. En base a que en la Orden de Compra N° 030106305 existían bienes que sí se encontraban dentro de los alcances del CONTRATO y, considerando que solo se ha declarado ineficaz el extremo referido al requerimiento del producto denominado CF anticuerpo monoclonal marcado con AmCyam PBA, ALBIS habría incurrido en un retraso injustificado en la entrega de los productos válidamente pactados, por lo que corresponde que ESSALUD aplique las remedios jurídicos que le habilite el marco legal pactado de considerarlo pertinente.

DETERMINACIÓN DE LA ASUNCIÓN DE LOS COSTOS DEL PROCESO

206. Conforme con el artículo 73º de la LEY DE ARBITRAJE, la asunción de costos es de acuerdo a lo siguiente:

"Artículo 73º inciso 1.-"

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

207. Conforme a la disposición citada, de no existir un acuerdo sobre la asunción de los costos en el pacto arbitral, la responsabilidad de ello recaerá sobre la parte vencida. No obstante, el Árbitro Único puede disponer que los costos sean asumidos de forma equivalente por las partes, esto es, en partes iguales y que cada una asuma sus propios montos incurridos como costas y costos si estima que el prorrato resulta razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.
208. De la revisión del convenio arbitral celebrado entre las partes, se advierte que las mismas no han pactado nada en relación con los costos del arbitraje, por lo que, corresponde que la distribución de estos sea determinada por el Árbitro Único teniendo en cuenta las circunstancias del caso.
209. En el presente arbitraje la parte vencida es ALBIS, en tanto su pretensión formulada al plazo contractual fue declarada infundada, se declaró caduco su derecho a cuestionar la resolución del CONTRATO y la pretensión referida a la invalidez o ineficacia de la Orden de Compra N° 4502911364 fue declarada fundada en parte, estableciendo que, respecto únicamente del requerimiento referido al CF anticuerpo monoclonal marcado con AmCyam-PBA, es ineficaz.
210. A partir de ello, el Árbitro Único no considera apropiado hacer uso de sus facultades para prorratear los costos entre las partes. Atendiendo a que no existe pacto de las partes sobre los costos, considerando el resultado del Laudo Arbitral, corresponde disponer que ALBIS asuma el cien por ciento (100%) de los honorarios del Árbitro Único y la Secretaría Arbitral.
211. Fuera de estos conceptos, corresponde disponer que cada parte asuma directamente los gastos o costos que sufrió; esto es, que cada parte asuma los gastos, costos en que incurrió y debió incurrir como

Árbitro Único

Carlos Luis Benjamín Ruska Maguiña

consecuencia del presente arbitraje, como son los honorarios de sus abogados, entre otros.

212. El Árbitro Único deja constancia de que ha analizado todos los argumentos de defensa expuestos por las partes y examinado las pruebas presentadas por éstas de acuerdo a las reglas de la sana crítica y al principio de libre valoración de la prueba recogido en el artículo 43 de la LEY DE ARBITRAJE y que el sentido de su decisión es el resultado de ese análisis y de su convicción sobre la controversia, al margen que algunas de las pruebas presentadas o actuadas y algunos de los argumentos esgrimidos por las partes no hayan sido expresamente citados en el presente laudo.
213. Por las razones expuestas, estando a los considerandos glosados, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 49º y 50º de la LEY DE ARBITRAJE, y estando a lo prescrito por las normas legales invocadas, este Árbitro Único, en DERECHO,

024

LAUDA:

PRIMERO: DECLARAR INFUNDADA la primera pretensión principal de la demanda de ALBIS. En consecuencia, el plazo del CONTRATO no habría finalizado el 13 de junio de 2017.

SEGUNDO: DECLARAR FUNDADA la excepción de caducidad contra la segunda pretensión principal de la demanda de ALBIS.

TERCERO: DECLARAR IMPROCEDENTE la segunda pretensión principal presentada por ALBIS, en tanto su derecho habría caducado.

CUARTO: DECLARAR FUNDADA EN PARTE la tercera pretensión principal presentada por ALBIS, señalando que la Orden de Compra N° 4502811364, respecto únicamente del requerimiento referido al CF anticuerpo monoclonal marcado con AmCyam PBA, es ineficaz.

QUINTO: DECLARAR INFUNDADA la pretensión accesoria a la pretensión principal presentada por ALBIS.

SEXTO: FIJAR los honorarios del Árbitro Único en la suma de S/ 7,591.30 netos (Siete Mil Quinientos Noventa y Uno con 30/100 soles) a los que deberán agregarse los impuestos correspondientes y los honorarios de la Secretaría Arbitral en la suma de S/ 3,847.70 (Tres Mil Ochocientos Cuarenta y Siete con 70/100 Soles), a los que deberá agregarse el IGV.

SÉPTIMO: DISPONER que ALBIS asuma el cien por ciento (100%) de los honorarios del Árbitro Único y la Secretaría Arbitral. Fuera de estos conceptos, cada parte

Laudo de derecho

Expediente N° 016-2018/MARCPERU/ADM/JTM

Caso Arbitral: ALBIS S.A- SEGURO SOCIAL DE SALUD – RED ASISTENCIAL ALMENARA

Árbitro Único

Carlos Luis Benjamín Ruska Maguña

asumirá los gastos o costos que sufrió; esto es, cada parte asumirá los gastos y costos que incurrió y debió incurrir como consecuencia del presente proceso, como son los honorarios de sus abogados, pericias, entre otros.


CARLOS RUSKA MAGUÑA
ÁRBITRO ÚNICO