

LAUDO ARBITRAL

Número de Expediente de Instalación	I046-2019
Demandante	Cardio Perfusión EIRL
Demandado	Seguro Social de Salud – Red Asistencial Rebagliati
Contrato (Número y Objeto)	N° 004-Licitación Pública N° 1507L00791-Item N° 05, 22, 24, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 35, 41, 50 y 51 “Adquisición de material médico para el Hospital Nacional Edgardo Rebagliati Martins – ESSALUD”
Monto del Contrato	S/ 388,689.00
Cuantía de la Controversia	Indeterminada
Tipo y Número de proceso de selección	LP N°1507L00791
Monto de los honorarios del Árbitro Único	S/ 3,822.00
Monto de los honorarios de la Secretaría Arbitral	S/ 1,793.00
Árbitro Único	Jhanett Victoria Sayas Orocaja
Secretaría Arbitral	Nicanor Milton Gómez Zúñiga
Fecha de emisión del laudo	21 de diciembre de 2021
Número de folios	Treinta y tres (33)
Pretensiones (controversias relacionadas a las siguientes materias):	
<input checked="" type="checkbox"/>	Nulidad, invalidez, inexistencia y/o ineficacia del contrato
<input type="checkbox"/>	Resolución de contrato
<input type="checkbox"/>	Ampliación del plazo contractual
<input type="checkbox"/>	Defectos o vicios ocultos
<input type="checkbox"/>	Formulación, aprobación o valorización de metrados
<input checked="" type="checkbox"/>	Recepción y conformidad
<input checked="" type="checkbox"/>	Liquidación y pago
<input type="checkbox"/>	Mayores gastos generales
<input type="checkbox"/>	Indemnización por daños y perjuicios
<input type="checkbox"/>	Enriquecimiento sin causa
<input type="checkbox"/>	Adicionales y reducciones
<input type="checkbox"/>	Adelantos
<input type="checkbox"/>	Penalidades
<input type="checkbox"/>	Ejecución de garantías
<input type="checkbox"/>	Devolución de garantías
<input type="checkbox"/>	Otros (Pago de los servicios comunes de administración, guardianía, mantenimiento, luz y agua del inmueble arrendado)



Jhanett Victoria Sayas Orocaja
Árbitro Único

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

DEMANDANTE	Cardio Perfusión EIRL, en adelante el Contratista o demandante
DEMANDADO	Seguro Social de Salud –Red Asistencial Rebagliati, en adelante la Entidad o demandado.
ARBITRO ÚNICO	Jhanett Victoria Sayas Orocaja
SECRETARIA ARBITRAL	Nicanor Milton Gómez Zúñiga.
CONTRATO	N° 004-Licitación Pública N° 1507L00791-Item N° 05, 22, 24, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 35, 41, 50 y 51 “Adquisición de material médico para el Hospital Nacional Edgardo Rebagliati Martins – ESSALUD”.

RESOLUCIÓN N° 17

Lima, 21 de diciembre de 2021

VISTOS:

I. ANTECEDENTES DEL PROCESO ARBITRAL

1) Contrato

Con fecha 14 de marzo de 2016, el CONTRATISTA y la ENTIDAD, celebraron el Contrato N° 004-Licitación Pública N° 1507L00791-Item N° 05, 22, 24, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 35, 41, 50 y 51 “Adquisición de material médico para el Hospital Nacional Edgardo Rebagliati Martins – ESSALUD”.

2) Convenio Arbitral

La cláusula décima octava del Contrato establece lo siguiente:

“Cláusula décima octava: Solución de controversias

Cualquiera de las partes tiene el derecho a iniciar el arbitraje administrativo a fin de resolver las controversias que se presenten durante la etapa de ejecución contractual dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 144, 170, 175, 176, 176, 177 y 181 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado o, en su defecto, en el artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado.



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

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

Como puede verse del texto de la cláusula décima octava y de lo dispuesto en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, se aprecia que el Árbitro Único a cargo del proceso arbitral tiene competencia para solucionar las controversias contractuales puestas a su decisión por las partes, al tratarse de un arbitraje ad hoc.

II. INSTALACIÓN Y APERTURA DEL PROCESO

AUDIENCIA DE INSTALACIÓN:

Con fecha 20 de marzo de 2019, se llevó a cabo la Audiencia de Instalación del Árbitro Único en la sede institucional del OSCE - Lima, contando con la presencia de los representantes de ambas partes.

Asimismo, en dicha Audiencia las partes asistentes manifestaron su conformidad con la designación del Árbitro Único efectuada, señalando que no tenían conocimiento de causal de recusación o cuestionamiento alguno contra él.

En el mismo acto, quedó establecido que el arbitraje sería Ad Hoc, Nacional y de Derecho, señalándose como lugar del arbitraje la ciudad de Lima y como la Sede Arbitral del mismo, las oficinas ubicadas en la calle Pablo Bermúdez N° 177 oficina 206, Cercado de Lima.

Finalmente se declaró instalado el Árbitro Único, otorgándole al Contratista un plazo de quince (15) días hábiles para la presentación de su demanda y la Entidad conteste la demanda arbitral en un plazo de quince (15) días hábiles; y que cada parte al momento de ofrecer sus medios probatorios deberá identificarlos con claridad, así como señalar el número que le corresponde a cada uno de ellos a fin de facilitar su ubicación y la relación de éstos con los argumentos que se expongan.

MARCO LEGAL APLICABLE PARA RESOLVER LA CONTROVERSIA

En el numeral 8 del Acta de Instalación del Árbitro Único, se estableció que el arbitraje se regirá de acuerdo a las reglas establecidas por las partes en el Acta de Instalación, la Ley de Contrataciones del Estado aprobada por Decreto Legislativo N° 1017 y modificada por Ley N° 29873, el Reglamento de la Ley –aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF y modificado por Decreto Supremo N° 138-2012-EF y las Directivas aprobadas por el OSCE.

Supletoriamente regirán las normas procesales contenidas en el Decreto Legislativo N° 1071, que norma el arbitraje; en caso de insuficiencia en las reglas establecidas,



el Árbitro Único, resolverá respetando el principio de legalidad y resguardando el derecho constitucional al debido proceso y al derecho de defensa de las partes.

III. ACTUACIONES ARBITRALES

3.1 Demanda arbitral por el Contratista

Con fecha 10 de abril de 2019, el Contratista dentro del plazo de 15 días hábiles, cumplió con presentar su demanda arbitral contra la Entidad planteando sus pretensiones y adjuntando los respectivos medios probatorios:

Pretensiones de la demanda:

Primera pretensión principal.- Que, la Árbitra Única Ad Hoc declare la nulidad y/o ineficacia de la Resolución Parcial del Contrato N° 004 - Licitación Pública N° 1507L00791 – ÍTEM N° 05, 22, 24, 28, 30, 31, 35, 41, 50 y 51, comunicada mediante la Carta Notarial N° 16-OA-GHNERM-GRPR-ESSALUD-2018, la cual fue válidamente notificada con fecha 14 de mayo de 2018.

Segunda Pretensión Principal.- Que, la Árbitra Única Ad Hoc declare que Cardio Perfusión E.I.R.L. no incurrió en ningún incumplimiento en sus obligaciones contractuales derivadas del Contrato N° 004 “Adquisición de material médico para el Hospital Nacional Edgardo Rebagliati Martins – Essalud”.

Tercera Pretensión Principal.- Que, la Árbitra Única Ad Hoc ordene a la Entidad otorgar la conformidad de los bienes entregados por Cardio Perfusión E.I.R.L.

Primera Pretensión Accesorio a la Tercera Pretensión Principal.- Que, luego de que la Entidad otorgue la conformidad por la entrega de los bienes, que la Árbitra Única Ad Hoc ordene a la Entidad el pago a favor de Cardio Perfusión E.I.R.L. de la suma ascendente a S/. 89,529.80 (ochenta y nueve mil quinientos veintinueve con 80/100 soles), más sus respectivos intereses hasta la fecha efectiva de pago el IGV, por concepto de la contraprestación correspondiente por los bienes entregados.

Cuarta Pretensión Principal.- Que, la Árbitra Única Ad Hoc ordene a la Entidad el reembolso de todos los gastos y costos incurridos en el presente arbitraje por Cardio Perfusión E.I.R.L., incluido los honorarios profesionales contratados para la defensa en este proceso, así como los gastos administrativos del Centro de Arbitraje y demás efectuados para su atención

Fundamentos que sustentan las pretensiones:

- 1) Con fecha 14 de marzo de 2016, Cardio Perfusión E.I.R.L. y el Seguro Social de Salud – Red Asistencial Rebagliati (Hospital Nacional Edgardo Rebagliati Martins) suscribieron el Contrato N° 004 - Licitación Pública N° 1507L00791 – ÍTEM N° 05, 22, 24, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 35, 41, 50 Y 51 cuyo objeto es la “Adquisición de Material Médico para el Hospital Nacional Edgardo Rebagliati Martins – ESSALUD”.

- 2) Mediante Carta Notarial N° 16-OA-GHNERM-GRPR-ESSALUD-2018 el Seguro Social de Salud – Red Asistencial Rebagliati remitió el Informe N° 284-UA-OAD-OA- GHNERM-GRPR-ESSALUD-2018, mediante el cual el Sr. Walter De La Cruz Muchotrigo, Jefe de la Unidad de Adquisiciones del Hospital Nacional Edgardo Rebagliati Martins sugiere al Jefe de Administración del Hospital, la Resolución Parcial del Contrato N° 004 - Licitación Pública N° 1507L00791 – ÍTEM N° 05, 22, 24, 28, 30, 31, 35, 41, 50 Y 51, por la “supuesta” acumulación máxima de penalidades y por incumplir con la entrega de sus materiales médicos.
- 3) Mediante Carta Notarial N° 16-OA-GHNERM-GRPR-ESSALUD-2018, manifiesta que “supuestamente” no se ha cumplido con la atención de la Quinta (Orden de Compra N° 45023655292) y Sexta (Orden de Compra N° 4502782265) entrega del Contrato, lo cual conlleva al incumplimiento de las obligaciones contractuales.
- 4) Que, lo señalado no es cierto, se ha cumplido con las obligaciones contractuales, se ha realizado la entrega de los bienes requeridos en la quinta y sexta entrega.
- 5) El Informe N° 284-UA-OAD-OA- GHNERM-GRPR-ESSALUD-2018, a fin de corroborar que sí se ha cumplido con la quinta entrega, conforme a lo requerido, se puede apreciar que, los bienes entregados ya fueron utilizados por el Área Usuaría.

“El 13 de febrero con autorización verbal de la Dra. Rudy Julca, Jefa anterior de la Unidad de Almacenes y Distribución a solicitud del Área usuaria (SERIN-URVI), el personal del área de recepción entrega todos los productos al Dr. Enrique Ramírez, Jefe de Radiología Intervencionista con pedido N° C01-P226486, quedando pendiente la regularización en el sistema lo cual se encuentra pendiente hasta la fecha y el área usuaria manifiesta que los materiales ya fueron utilizados”.

- 6) Por tanto, se puede concluir, que los bienes correspondientes a la quinta entrega fueron entregados por Cardio Perfusión E.I.R.L. a la Entidad; asimismo, fueron utilizados por el Área Usuaría, con lo cual se corrobora el cumplimiento de la obligación contractual, puesto que, es evidente que si los bienes no fueran los solicitados, estos no hubieran podido ser utilizados y menos aún aceptados por el Área Usuaría.
- 7) Cabe precisar que, la entrega se encontraba pendiente de regularización por la Entidad, procediéndose a suscribir una Adenda al Contrato, con la finalidad de realizar la modificación contractual a la solicitud por mejoras tecnológicas.
- 8) La mencionada Adenda fue suscrita con fecha 10 de enero de 2018; sin embargo, a la fecha de la remisión del presente documento no se ha regularizado la quinta entrega realizada, es más la Entidad, a pesar de que reconoce que se ha realizado la entrega de los bienes y que estos han sido utilizados por su Área Usuaría, pretende desconocer el cumplimiento de las obligaciones contractuales, manifestando que no se ha cumplido con realizar la quinta entrega de los bienes requeridos.



- 9) Con respecto a la sexta entrega, se acredita la entrega de los bienes requeridos, mediante la Guía de Remisión N° 001-0155071, a fin de corroborar que, sí se ha cumplido con las obligaciones contractuales, es decir, la entrega de los bienes correspondientes a la quinta y sexta entrega.
- 10) Es así que, con fecha 06 de setiembre de 2018, se suscribió el Acta de Conciliación N° 874-2018, con falta de acuerdo.

Respecto a la primera y segunda pretensión principal:

- 11) Cabe señalar que, el motivo y/o causa “supuestamente” justificada, por medio de la cual la Entidad procedió a resolver el Contrato, es la no atención de la Quinta y Sexta entrega.
- 12) Corresponde señalar que, contrariamente a lo señalado por la Entidad, sí se ha realizado la entrega de los bienes correspondientes a la Quinta y Sexta entrega, conforme se acredita a continuación:

Entregas	Orden de Compra N°	Guía de remisión N°
Quinta Entrega	4502655292	001-0139985
Sexta Entrega	4502782265	001-0155071

- 13) Que, los montos pendientes a cancelar por parte de la Entidad, como consecuencia de la entrega de los mencionados bienes, son los siguientes:

Entregas	Orden de Compra N°	Guía de remisión N°	Monto
Quinta	4502655292	001-0139985	S/ 55,829.80
Sexta	4502782265	001-0155071	S/ 33,700.00

- 14) Queda claro que, sí se ha realizado la entrega de los bienes, motivo por el cual no correspondía resolver el contrato, más aún que, conforme se ha señalado los bienes a la fecha ya han sido utilizados por el Área Usuaría.

Respecto a la decisión unilateral de resolver el contrato:

- 15) La Entidad mediante Carta Notarial N° 16-OA-GHNERM-GRPR-ESSALUD-2018 comunicó su decisión de resolver el contrato de manera parcial por los siguientes motivos: “La no entrega de los bienes derivados del Contrato”.
- 16) En dicha carta, se adjuntó el Informe N° 284-UA-OAD-OA-GHNERM-GRPR-ESSALUD-2018, por medio del cual se corroboró el uso de los bienes entregados, por la Entidad.
- 17) La primera pretensión principal se solicita que se declare la nulidad y/o ineficacia de la Resolución Parcial del Contrato N° 004, comunicada mediante la Carta Notarial N° 16-OA-GHNERM-GRPR-ESSALUD-2018, toda vez que la misma adolece de uno de los requisitos de validez del acto administrativo establecido en el artículo 3° de la Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General.



- 18) La Carta Notarial N° 16-OA-GHNERM-GRPR-ESSALUD-2018 y el Informe N° 284-UA-OAD-OA- GHNERM-GRPR-ESSALUD-2018, se advierte que, el acto administrativo emitido por la Entidad, incurre en un vicio de nulidad conforme a lo establecido en el artículo 10° de la Ley N° 27444.
- 19) Ante ello, el artículo 10° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, se regula los vicios del acto administrativo que causan su nulidad de pleno derecho. Por otro lado, el artículo 14° de la misma norma, regula los vicios no trascendentes que pueden dar lugar a la conservación del acto administrativo. Asimismo, el artículo 14.3° reconoce la existencia de un vicio considerado irregularidad no invalidante, y por último, el artículo 202° regula una situación sui generis, al considerar que, los vicios del acto administrativo reconocidos en el artículo 10°, pueden dar lugar a una posible anulación de oficio, siempre y cuando el acto agrave el interés público. Así, en el ordenamiento peruano se reconocen tres clases de vicios: trascendentes o que afectan al orden público, no trascendentes e irregularidades no invalidantes.
- 20) El artículo 3° de la LPAG detalla los requisitos que debe poseer todo acto administrativo para ser válido. Tales requisitos son: la competencia del autor del acto, la necesidad de expresar el contenido del acto, la exigencia de sustentar el acto en una finalidad pública, la motivación y el procedimiento regular para la emisión del acto:
- (i) En cuanto al primer requisito, la competencia, hace referencia al conjunto de atribuciones y facultades expresas, improrrogables e irrenunciables de los órganos de la Administración pública, conferidas por el ordenamiento jurídico positivo. El acto administrativo, para ser válido, debe ser emitido por el órgano facultado en razón de la materia, territorio, grado, tiempo o cuantía.
 - (ii) En cuanto al segundo requisito, el objeto o contenido del acto administrativo, obliga al autor del acto a expresar con claridad y precisión cuáles son los efectos jurídicos que se quieren alcanzar, los cuales deben ser lícitos, precisos y posibles, física y jurídicamente.
 - (iii) Respecto al tercer requisito, la finalidad pública que debe perseguir el acto administrativo, se encuentra en sintonía con la naturaleza vicarial de la Administración pública. Si ésta existe para servir al interés general, resulta claro que todos sus actos deben dirigirse hacia él. Lo contrario da lugar al fenómeno de desviación de poder. El numeral 3.3 de la LPAG, condena la desviación de poder, al expresar que el autor no puede perseguir mediante el acto administrativo una finalidad a favor suyo, de un tercero, o una finalidad pública distinta a la prevista en la ley.
 - (iv) En cuanto a la motivación, constituye un requisito formal y, al mismo tiempo, se identifica con la declaración expresa de las circunstancias fácticas y jurídicas que han promovido la emisión del acto, con la causa del acto. Son los presupuestos o razones que justifican objetivamente la existencia del acto administrativo.



- (v) Por último, se señala como requisito de validez de todo acto administrativo, que éste haya sido dictado conforme al procedimiento regular previsto para tal efecto.
- 21) En ese sentido, debemos señalar nuestro principal argumento jurídico es la falta y/o indebida motivación de la Resolución Parcial del Contrato N° 004, cuya decisión sería resultado de un “supuesto” incumplimiento.
- 22) Por los fundamentos expuestos y habiendo demostrado fehacientemente la indebida motivación de la Resolución Parcial del Contrato N° 004; se solicita al Tribunal Arbitral declarar fundada la demanda en este extremo declarando la nulidad y/o ineficacia de la precitada resolución.

Respecto a la tercera pretensión principal:

- 23) El Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado establece que la recepción y conformidad es responsabilidad del área usuaria. En el caso de bienes, la recepción es responsabilidad del área de almacén y la conformidad es responsabilidad de quien se indique en los documentos del procedimiento de selección.
- 24) El Reglamento dispone que “La Entidad deberá pagar las contraprestaciones pactadas a favor del contratista dentro de los quince (15) días calendario siguientes a la conformidad de los bienes, servicios en general y consultorías, siempre que se verifiquen las condiciones establecidas en el contrato para ello. En caso de retraso en el pago, el contratista tiene derecho al pago de intereses legales, lo que se computan desde la oportunidad en que el pago debió efectuarse”.
- 25) De las disposiciones citadas, se desprende que en caso de bienes el área de almacén es el responsable de recibir los bienes, mientras que la emisión de la respectiva conformidad de la prestación estará a cargo de quien se designe en las Bases, como en nuestro caso es el Área Usuaria.
- 26) Cabe precisar, asimismo, que la finalidad de establecer un plazo máximo para que las Entidades otorguen la conformidad de la prestación al contratista es asegurar que éste obtenga un pronunciamiento oportuno de la Entidad sobre el cumplimiento de la prestación o prestaciones a su cargo en las condiciones pactadas, de tal manera que pueda tener derecho al pago respectivo.
- 27) Por su parte, debe agregarse, que, si el órgano de administración o aquel establecido en las Bases no otorgara la conformidad de la prestación al contratista o lo hiciera fuera del plazo máximo previsto, la consecuencia sería el incumplimiento de la normativa de contrataciones del Estado, correspondiendo al Titular de la Entidad ordenar la determinación de responsabilidades.
- 28) Todas esas regulaciones se han establecido con la finalidad de proceder con el pago, ya que luego de haberse dado la conformidad a la prestación se genera el derecho al pago del contratista.



- 29) De la disposición citada, se desprende que el pago sólo resulta procedente después de otorgada la conformidad de la prestación al contratista; es decir, el pago está sujeto a que la Entidad otorgue la referida conformidad.
- 30) En esa medida, considerando que Cardio Perfusión E.I.R.L. ha cumplido con sus obligaciones contractuales y, sobre todo, cuando de acuerdo a lo señalado por la propia Área Usuaría de la Entidad, los bienes entregados ya fueron utilizados, entonces corresponde que se proceda con la emisión de la conformidad, a efectos que se active el derecho de pago a favor de nuestra parte.

Respecto a la Primera Pretensión Accesoría a la Tercera Pretensión Principal:

- 31) Que, luego de que la Entidad otorgue la conformidad por la entrega de los bienes, que la Árbitra Única ordene a la Entidad el pago a favor de Cardio Perfusión E.I.R.L. de la suma ascendente a S/ 89,529.80 (ochenta y nueve mil quinientos veintinueve con 80/100 soles), más sus respectivos intereses hasta la fecha efectiva de pago e I.G.V.

Respecto a la cuarta pretensión principal.-

- 32) La cláusula arbitral del contrato no hace referencia alguna a los costos y costas del arbitraje, por lo que corresponde aplicar lo previsto en el artículo 73° del Decreto Legislativo N° 1071, el cual precisa que la Árbitra Ad Hoc se pronunciará en el laudo sobre la asunción o distribución de los costos del arbitraje.

Medios probatorios de la demanda:

- a) Copia del Contrato N° 004 - Licitación Pública N° 1507L00791 – ÍTEM N° 05, 22, 24, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 35, 41, 50 Y 51.
- b) Copia de la Carta Notarial N° 16-OA-GHNERM-GRPR-ESSALUD-2018
- c) Copia del Informe N° 284-UA-OAD-OA- GHNERM-GRPR-ESSALUD-2018
- d) Copia de la Adenda al Contrato N° 004 - Licitación Pública N° 1507L00791 – ÍTEM N° 05, 22, 24, 28, 30, 31, 35, 41, 50 Y 51.
- e) Copia de la Acta de Conciliación N° 874-2018
- f) Copia de la Orden de Compra N° 4502655292
- g) Copia de la Guía de Remisión N° 001-0139985
- h) Copia de la Orden de Compra N° 4502782265
- i) Copia de la Guía de Remisión N° 001-0155071
- j) Copia de la Orden de Compra N° 4502655290
- k) Copia de la Orden de Compra N° 4502655255
- l) Copia de la Orden de Compra N° 4502621592
- m) Copia de la Orden de Compra N° 4502583788
- n) Copia de la Carta N° 133-SRI-DI-GADYT-GRAR-HNERM-ESSALUD-2017
- o) Copia de la Carta N° 691-OAd-OA-GRAR-ESSALUD-2017.



3.2 CONTESTACION DE LA DEMANDA POR LA ENTIDAD

Con escrito de fecha 21 de mayo de 2019, la Entidad contestó la demanda arbitral formulada por el Contratista, solicitando que en su oportunidad sea desestimada, en los siguientes términos:

Fundamentos de hecho:

Respecto de la primera pretensión:

- 1) Resulta pertinente señalar que el motivo de la resolución parcial del contrato se efectuó porque el contratista acumuló el monto máximo de la penalidad por mora.
- 2) Así mediante Carta Notarial N° 16-OA-GHNERM-GRPR-ESSALUD-2018 la Entidad procedió a resolver parcialmente el Contrato, manifestando lo siguiente:

“Me dirijo a usted, en atención al documento de la referencia a), mediante el cual la Jefa de la Unidad de Almacenes y Distribución de la Oficina de Adquisiciones, informó entre otros que recibió en calidad de custodia la Orden de Compra N° 45023655292 (5ta entrega – Licitación Pública N° 1507L00791); ya que, pretendió ingresar materiales médicos distintos a los consignados en las Bases Integradas de la Licitación Pública N° 1507L00791, de la cual resultó beneficiado con la Buena Pro; además, indicó que a la fecha no cumplió con entregar los materiales médicos requeridos.

Al respecto, a través del documento de la referencia b), la Unidad de Adquisiciones de la Oficina de Adquisiciones, en mérito de las consideraciones expuestas por la precitada Jefa de Unidad, realizó un informe detallado señalando que de la revisión del Sistema de Aplicaciones y Productos de Procesamiento de Datos (SAP), observó que no habría ingresado su material médico consignado en las Órdenes de Compra N°s 45023655292 (5ta) y 4502782265 (6ta)¹, entrega respectivamente lo cual conllevó consigo a que incumpla con sus obligaciones contractuales que acarrea un perjuicio a la Entidad; toda vez que, no estaría contando oportunamente con el material médico necesario para la atención a nuestros asegurados.

(...)

En consecuencia, teniendo que la base imponible para deducir penalidades es el Contrato que ascendió a S/ 388,689.00 (Trescientos ochenta y ocho mil seiscientos ochenta y nueve con 00/100 Soles), y al no haber entregado sus productos dentro de los plazos de entrega establecidos en las acotadas Órdenes de Compra, corresponde resolver el Contrato por acumulación máxima de penalidades que sería equivalente a S/ 38,868.90 (Treinta y ocho mil ochocientos sesenta y ocho con 90/100 Soles), que es el (10%) del monto total del referido Contrato”.



¹ “Para el ingreso de la sexta entrega (6ta) la Entidad y el Contratista, el 10 de Enero de 2018, suscribieron una Adenda al Contrato N° 004 – Licitación Pública N° 1507L00791 – Ítem N° 05, 22, 24, 28, 30, 31, 35, 41, 50 y 51 – Adquisición de Material Médico para el Hospital Nacional Edgardo Rebagliati Martins – EsSalud – pro concepto de mejoras tecnológicas”.

- 3) De los fundamentos antes descritos fluye que el hecho que generó la resolución del Contrato se debió a que el Contratista no cumplió con entregar el material médico dentro del plazo previsto en las órdenes de compra N° 45023655292 (referida a la quinta entrega) y N° 4502782265 (referida a la sexta entrega), lo que motivó la aplicación de la penalidad por mora hasta llegar a acumular el 10% del monto del Contrato.
- 4) De la revisión de la orden de compra N° 4502655292 (quinta entrega), se aprecia que dicha entrega se debió realizar desde el 22.12.2016 hasta el 27.12.2016, para la referida entrega, el contratista mediante Carta N° 0005-2017-CP de fecha 27 de enero de 2017, informó a la Entidad que entregaría productos diferentes a los descritos en la referida orden de compra, en razón a que las especificaciones técnicas de los referidos productos se encontraban desfasadas, señalando que internaría productos con mejoras tecnológicas.
- 5) Por su parte, de la revisión de la orden de compra N° 4502782265 (sexta entrega), se aprecia que dicha entrega se debió realizar desde el 20.03.2017 hasta el 25.03.2017, nuevamente para dicha entrega, el contratista mediante Carta N° 0018-2017-CP de fecha 9 de mayo de 2017, remitió un informe sobre mejoras tecnológicas respecto a los productos de la referida orden de compra, proponiendo entregar nuevos productos.
- 6) Es de tener en cuenta que, con motivo de la propuesta del contratista de ingresar productos distintos a los establecidos en las Especificaciones Técnicas de las Bases, se tuvo que iniciar una serie de coordinaciones entre las áreas correspondientes de la Entidad que finalmente derivó en la suscripción de la “Adenda al Contrato N° 004”.
- 7) En la Cláusula Segunda de la Adenda, las partes acordaron que “Salvo la modificación contractual en la Cláusula Primera, se mantendrá lo pactado en el contrato suscrito de fecha 14 de marzo del 2016”; con lo cual se evidencia que dicha Adenda no modificó de forma alguna los cronogramas y plazos de entrega de los productos objeto del Contrato.
- 8) Resulta pertinente mencionar que la fecha de entrega de la orden de compra N° 45023655292 venció el 27 de diciembre de 2016, sin embargo, la solicitud de cambio por mejora tecnológica de dicha orden la realizó el contratista el 27 de enero de 2017; mientras que la orden de compra N° 4502782265 venció el 25 de marzo de 2017, sin embargo, la solicitud de cambio fue solicitada por el contratista con fecha 9 de mayo de 2017; es decir, en ambas oportunidades el contratista solicitó el cambio en momentos posteriores al vencimiento de las órdenes de compra, cuando bien pudo hacerlo en un periodo anterior a que estas venzan o incluso al inicio de la ejecución contractual, lo que hubiera sido un actuar diligente de su parte.
- 9) Debe tenerse en cuenta que la Adenda al contrato fue una iniciativa promovida por el propio contratista y que la misma no comprendió una ampliación de los plazos previstos en las órdenes de compra N° 45023655292 (quinta entrega) y



N° 4502782265 (sexta entrega), razón por la cual la Entidad procedió a aplicar las penalidades por mora que correspondían, las mismas que finalmente motivaron la decisión de resolver el contrato por la acumulación del monto máximo de dicha penalidad.

- 10) Debe tenerse en cuenta que el contratista pudo prever la demora que se generó a partir de la suscripción de la Adenda por motivo de la entrega de productos distintos a los que ofreció en su propuesta técnica, en la medida que él mismo fue el que ocasionó dicho cambio. Por otro lado, la propia norma de contrataciones le ofrecía una solución que le hubiera permitido superar la demora por motivo del cambio tecnológico, a través de la figura de la ampliación de plazo contractual²; sin embargo, en el presente caso, el contratista no efectuó ninguna solicitud de ampliación de plazo que le hubiera permitido ampliar los plazos de entrega correspondientes a las órdenes de compra N° 45023655292 y N° 4502782265 y así evitar la aplicación de la penalidad por mora y la resolución del contrato, por lo que su falta de diligencia de activar dicho mecanismo legal de ninguna manera puede justificar su reclamo respecto a que se deje sin efecto la resolución de contrato efectuada por la Entidad.
- 11) Por consiguiente, habiendo la Entidad seguido el procedimiento de resolución de contrato previsto en el artículo 169 del D.S. N° 184-2008-EF – Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado, corresponde que se declare infundada la primera pretensión de la demanda.

Respecto a la segunda pretensión principal:

- 12) Sobre el particular, el artículo 165 del Reglamento, establece lo siguiente:
“En caso de retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la Entidad aplicará al contratista 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 ítem que debió ejecutarse”.
- 13) De lo norma citada se desprende que lo que motiva la aplicación de una penalidad por mora es el incumplimiento de las prestaciones objeto del contrato. En el presente caso, el hecho que generó la aplicación de la penalidad por mora fue el incumplimiento del contratista en entregar los productos dentro de los plazos previstos en las órdenes de compra N° 45023655292 y N° 4502782265.

Respecto a la Tercera Pretensión Principal y su Pretensión Accesoría

Respecto a la conformidad referida a la Orden de Compra N° 4502782265

- 14) Al respecto, según la Carta 240-SRIR-DI-GADYT-GHNERM-GPR-ESSALUD-2018, el Jefe del Servicio de Radiología Intervencionista, en su calidad de área usuaria, informa al Jefe de la Oficina de Adquisiciones, lo siguiente respecto a la recepción de los productos referidos en la orden de compra N° 4502782265:



² Prevista en el artículo 175 del Reglamento.

“Que la orden de compra N° 4502782265 del proceso N° 1507L00791, con plazo de entrega 25/03/2017 de material médico para el Servicio de Radiología Intervencionista se encuentra en la unidad de almacén y farmacia desde el día 29 de mayo del 2018 (...).”

- 15) Sobre el particular, es de verse que la Carta Notarial N° 16-OA-GHNERM-GRPR-ESSALUD-2018, mediante la cual la Entidad resuelve parcialmente el Contrato, fue notificada al contratista con fecha 14 de mayo de 2018; es decir, la resolución del contrato se realizó en una fecha anterior a la fecha en que el contratista entregó los productos a la Entidad.
- 16) En tal orden de ideas, consideramos que no corresponde otorgarse la conformidad de la prestación, en la medida que en la fecha en que el contratista procedió a entregar los productos referidos en la orden de compra N° 4502782265, el contrato ya se encontraba resuelto.
- 17) Respecto al otorgamiento de la conformidad de la Orden de Compra N° 45023655292, formula excepción de caducidad.

Respecto a la cuarta pretensión principal:

- 18) Sobre el particular, teniendo en cuenta los fundamentos expuestos al pronunciarnos sobre la pretensión principal, consideramos que la resolución del Contrato efectuada por la Entidad resulta válida; por lo que solicitamos que sea el contratista quien asuma los gastos del proceso, debido a que sus pretensiones deberán ser declaradas infundadas, en atención a los fundamentos expuestos en el presente escrito.

Medios probatorios:

- a) Copia de la Carta N° 0005-2017-CP.
- b) Copia de la Carta N° 0018-2017-CP.
- c) Copia de la Carta N° 240-SRIR-DI-GADYT-GHNERM-GPR-ESSALUD-2018.
- d) Copia de la Carta s/n presentada al Centro de Conciliación “Asociación Peruana de Conciliación y Arbitraje” con fecha 4 de junio de 2018.

3.3 EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD DEDUCIDA POR LA ENTIDAD

Con escrito de fecha 21 de mayo de 2019, la Entidad formula excepción de caducidad respecto al otorgamiento de la conformidad a la Orden de Compra N° 45023655292, en los siguientes términos:

- 1) Que el Contratista efectúa su reclamo por la falta de conformidad de la prestación, respecto a la orden de compra N° 45023655292.
- 2) Sobre la recepción de los productos previstos en la referida orden de compra, según lo señalado en la Carta N° 240-SRIR-DI-GADYT-GHNERM-GPR-ESSALUD-2018 (Anexo 1-C), el Jefe del Servicio de Radiología Intervencionista, en su calidad de área usuaria, informa al Jefe de la Oficina de Adquisiciones, lo siguiente:



“Que la orden de compra N° 45023655292 del proceso N° 1507L00791, con plazo de entrega 22/12/2016 al 27/12/2016 de material médico para el Servicio de Radiología Intervencionista fue ingresado el 03 de enero del 2017 (...).”

- 3) Es decir, con la carta en mención se evidencia que los productos entregados en virtud de la orden de compra N° 45023655292 fueron recepcionadas por la Entidad con fecha 3 de enero del 2017. En tal sentido, de acuerdo a lo establecido en el artículo 176 del Reglamento de Contrataciones, el contratista tenía 15 días hábiles desde ocurrida la recepción para iniciar la conciliación o el arbitraje; es decir, tenía plazo hasta el 24 de enero de 2017.
- 4) No obstante lo anterior, el contratista inició el mecanismo de solución de controversia con fecha 4 de junio de 2018 (con la presentación ante el Centro de Conciliación “Asociación Peruana de Conciliación y Arbitraje” de su solicitud de invitación a conciliar), fecha que a todas luces supera el plazo máximo que tenía el contratista para reclamar el otorgamiento de la conformidad de la prestación mediante conciliación, el cual como señalamos en el numeral precedente, venció el 24 de enero de 2017.
- 5) En consecuencia, el contratista solicitó someter a conciliación las discrepancias surgidas con relación a la conformidad de la prestación, luego de transcurrido el plazo de caducidad previsto en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, corresponde declarar fundada la Excepción de Caducidad, en atención a los fundamentos antes expuestos.

3.4 DESARROLLO DEL PRESENTE ARBITRAJE

- 1) **Con fecha 10 de abril de 2019, el Contratista** dentro del plazo de 15 días hábiles señalado en el numeral 25 del Acta de Instalación, cumplió con presentar su demanda arbitral contra la Entidad planteando sus respectivas pretensiones.
- 2) **Con Resolución N° 02 de fecha 25 de abril de 2019**, se admitió a trámite la demanda y se corrió traslado de la misma a la Entidad.
- 3) **Con fecha 21 de mayo de 2019, la Entidad** contestó la demanda, formulando excepción de caducidad referida a la Orden de Compra N° 45023655292.
- 4) **Con Resolución N° 03 de fecha 29 de mayo de 2019**, se admitió a trámite la contestación de demanda y excepción de caducidad presentada por la Entidad, corriéndose traslado de las mismas al Contratista.
- 5) **Con Resolución N° 04 de fecha 11 de julio de 2019**, se concedió a las partes cinco (05) días para que formulen su propuesta de puntos controvertidos y se les citó para la Audiencia de Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios e Ilustración de Hechos, a llevarse a cabo el día 8 de agosto a las 4:00 p.m. en la sede arbitral.



- 6) **Con escritos de fecha 23 de julio de 2019**, la Entidad y el Contratista cumplieron con presentar su respectiva propuesta de puntos controvertidos.
- 7) **Con escrito de fecha 07 de agosto de 2019**, el Contratista solicitó reprogramación de la Audiencia de Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios e Ilustración de Hechos programada para el día 8 de agosto 2019 a las 4:00 p.m. en la sede arbitral.
- 8) **Con Resolución N° 05 de fecha 12 de agosto de 2019**, se concedió la reprogramación de la Audiencia de Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios e Ilustración de Hechos, solicitada por el Contratista, fijándose como nueva fecha para dicha diligencia, el día 05 de setiembre de 2019 a las 3:15 p.m. en la sede arbitral.
- 9) **Con escrito de fecha 02 de setiembre de 2019**, la Entidad solicitó la reprogramación de la Audiencia de Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios e Ilustración de Hechos programada para el día 05 de setiembre de 2019 a las 3:15 p.m. en la sede arbitral.
- 10) **Con Resolución N° 06 de fecha 03 de setiembre de 2019**, se concedió la reprogramación de la Audiencia de Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios e Ilustración de Hechos, solicitada por la Entidad, fijándose como nueva fecha para dicha diligencia, el día 25 de setiembre de 2019 a las 3:00 p.m. en la sede arbitral.
- 11) **Con fecha 25 de setiembre de 2019**, se llevó a cabo la Audiencia de Conciliación, Admisión de Medios Probatorios y Fijación de Puntos Controvertidos, en la cual, el Árbitro Único declaró saneado el presente proceso arbitral, al existir una relación jurídica procesal válida entre las partes, así como concurrencia de las condiciones de la acción y presupuestos procesales; asimismo, determinó que la excepción de caducidad será resuelta al momento de laudar. Acto seguido invitó a las partes a conciliar, habiendo ellas manifestado que no les era factible llegar a una conciliación, luego se determinó los puntos controvertidos y se admitieron los medios probatorios ofrecidos por las partes.

Se determinó como Puntos Controvertidos los siguientes:

- Ñ **Primer punto controvertido (Primera Pretensión principal).** - Determinar si corresponde o no declarar la nulidad y/o ineficacia de la Resolución Parcial del Contrato N° 004 - Licitación Pública N° 1507L00791 – ÍTEM N° 05, 22, 24, 28, 30, 31, 35, 41, 50 y 51, comunicada mediante la Carta Notarial N° 16-OA-GHNERM-GRPR-ESSALUD-2018, la cual fue notificada con fecha 14 de mayo de 2018.
- Ñ **Segundo punto controvertido (Segunda pretensión principal).** - Determinar si corresponde o no declarar, que la demandante no incurrió en ningún incumplimiento en sus obligaciones contractuales derivadas del



Contrato N° 004 “Adquisición de material médico para el Hospital Nacional Edgardo Rebagliati Martins – Essalud”.

- Ñ **Tercer punto controvertido (Tercera pretensión principal).** - Determinar si corresponde o no otorgar la conformidad de los bienes entregados por la demandante.
- Ñ **Cuarto punto controvertido (Pretensión Accesorio a la Tercera Pretensión principal).** - Determinar si corresponde o no disponer, luego de que la Entidad otorgue la conformidad por la entrega de los bienes, se ordene a la Entidad el pago a favor de la demandante de la suma de S/ 89,529.80 (ochenta y nueve mil quinientos veintinueve con 80/100 soles), más sus respectivos intereses hasta la fecha efectiva de pago e IGV, por concepto de la contraprestación de los bienes entregados.
- Ñ **Quinto punto controvertido.** - Determinar a quién corresponde asumir el pago de costas y costos del proceso arbitral.

Admisión de medios probatorios:

-) Se admitieron los medios probatorios ofrecidos por el demandante en su escrito de demanda y que se encuentran identificados en el Acápite Tercer Otrosí Digo del anexo 1-E al anexo 1-S, los mismos que son documentos.
-) Se admitieron los medios probatorios ofrecidos por la demandada en su escrito de contestación de demanda, identificados en el acápite “V. MEDIOS PROBATORIOS Y ANEXOS”, del anexo 1-A al anexo 1-D, los mismos que son documentos.

- 12) Con fecha 05 de noviembre de 2019, la Entidad presentó sus alegatos escritos.
- 13) Con fecha 11 de noviembre de 2019, el Contratista presentó sus alegatos escritos.
- 14) Con escrito de fecha 11 de noviembre de 2019, el Contratista solicitó la reprogramación de la Audiencia de Informes Orales que había sido programada para el día 14 de noviembre de 2019 a las 12:00 del mediodía en la sede arbitral.
- 15) Con escrito de fecha 12 de noviembre de 2019, la Entidad solicitó la reprogramación de la Audiencia de Informes Orales que había sido programada para el día 14 de noviembre de 2019 a las 12:00 del mediodía en la sede arbitral.
- 16) Con Resolución N° 08 de fecha 12 de noviembre de 2019, se dispuso la reprogramación de la Audiencia de Informes Orales, fijándose como nueva fecha para dicha diligencia, el día 04 de diciembre de 2019 a las 10:30 a.m. en la sede arbitral.



- 17) Con fecha 04 de diciembre de 2019, se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales, la misma que contó con la asistencia y participación de la Entidad y del Contratista.
- 18) Con Resolución N° 09 de fecha 17 de febrero de 2020, se reitera a la ESSALUD, para que informe si ha cumplido con registrar en le SEACE, los nombres y apellidos del Árbitro Único.
- 19) Con escrito de fecha 28 de febrero de 2020, el Contratista presentó como nuevo medio probatorio la Carta N° 146-UAyD-OAd-OA-GHNERM-GRPR-EsSalud-2018 emitida por el jefe de la Unidad de Almacenes de la Oficina de Adquisiciones - RAR de la Entidad, adjuntando asimismo la copia de la Carta Notarial N° 16-OA-GHNERM-GRPR-ESSALUD-2018.
- 20) Con Resolución N° 10 de fecha 02 de marzo de 2020, se corrió traslado del escrito del Contratista de fecha 28 de febrero de 2020 y sus correspondientes anexos, otorgándose a la Entidad el plazo de cinco (05) días hábiles a fin que exprese lo conveniente a su derecho.
- 21) Con Resolución N° 11 de fecha 01 de julio de 2020, se admitió los nuevos medios probatorios ofrecidos por el Contratista mediante escrito de fecha 28 de febrero de 2020 y se dio por concluida la etapa probatoria.
- 22) Con Resolución N° 14 de fecha 08 de febrero de 2021, se reitera a la ESSALUD, para que informe si ha cumplido con registrar en le SEACE, los nombres y apellidos del Árbitro Único.
- 23) Mediante escrito de fecha 21 de mayo de 2021, ESSALUD acredita haber cumplido con registrar en le SEACE, los nombres y apellidos del Árbitro Único
- 24) Con Resolución N° 15 de fecha 05 de agosto de 2021, se señaló el plazo de laudar por el plazo de treinta (30) días hábiles, la misma que fue notificada a lads partes el 12 de octubre de 2021.
- 25) Con Resolución N° 16 de fecha 18 de noviembre de 2021, se amplió el plazo de laudar por el plazo de veinte (20) días hábiles, adicionales a los otorgados mediante Resolución N° 15.

ANÁLISIS DE LAS PRETENSIONES DE LAS PARTES Y LA CUESTIÓN CONTROVERTIDA

I. Cuestiones Preliminares

- Las pretensiones de las partes han sido recogidas a través de los puntos controvertidos aprobados en la Audiencia respectiva.
- Se han revisado y analizado todos y cada uno de los medios probatorios presentados por las partes, adjudicándoles el mérito que les corresponde aun

cuando en el Laudo no se haga mención expresa a alguno de ellos o el valor probatorio asignado.

- El proceso se ha desarrollado cumpliendo con todas sus etapas, otorgando a las partes la oportunidad de exponer tanto por escrito como en forma oral sus posiciones.

II. **Materia controvertida**

Siendo que el presente arbitraje es uno de derecho, corresponde al Árbitro Único, pronunciarse respecto de cada uno de los puntos controvertidos teniendo en cuenta el mérito de la prueba aportada al proceso para determinar, en base a la valoración conjunta de ella, las consecuencias jurídicas que, de acuerdo a derecho, se derivan para las partes en función de lo que haya sido probado o no en el marco del proceso. Debe destacarse que la carga de la prueba corresponde a quien alega un determinado hecho para sustentar o justificar una determinada posición, de modo que logre crear certeza en el juzgador respecto de tales hechos.

Asimismo, debe tenerse en cuenta, en relación a las pruebas aportadas al arbitraje que en aplicación del Principio de “Comunidad o Adquisición de la Prueba”, las pruebas ofrecidas por las partes, desde el momento que fueron presentadas y admitidas como medios probatorios, pasaron a pertenecer al presente arbitraje y, por consiguiente, pueden ser utilizadas para acreditar hechos que incluso vayan en contra de los intereses de la parte que la ofreció. Ello concuerda con la definición de dicho principio que establece que:

“... la actividad probatoria no pertenece a quien la realiza, sino, por el contrario, se considera propia del proceso, por lo que debe tenerse en cuenta para determinar la existencia o inexistencia del hecho a que se refiere, independientemente de que beneficie o perjudique los intereses de la parte que suministró los medios de prueba o aún de la parte contraria. La prueba pertenece al proceso y no a la parte que la propuso y proporcionó”³

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

Adicionalmente debe precisarse que, los puntos controvertidos constituyen una referencia para el análisis que debe efectuar el Árbitro Único, pudiendo en consecuencia realizar un análisis conjunto de los mismos en aquellos casos en los que se encuentren íntimamente ligados.

³ TARAMONA HERNÁNDEZ, José Rubén. “Medios Probatorios en el Proceso Civil”. Ed.: Rodhas, 1994, p. 35.

En consecuencia, habiéndose cumplido con los presupuestos procesales y no existiendo vicio alguno al respecto que afecte la validez del proceso, corresponde proceder al análisis de la materia controvertida sometida a este arbitraje, conforme sigue a continuación:

1. De la Excepción de Caducidad:

Primero: Que para los efectos que el Árbitro Único se pronuncie respecto a la excepción de caducidad planteada por la ENTIDAD, resulta indispensable previamente verificar si la misma ha sido formulada con arreglo a los plazos establecidos en la regla 29 del Acta de Instalación del Árbitro Único, la misma que dispone que las excepciones se presentarán a más tardar en la contestación de la demanda; en este sentido de la verificación efectuada en los actuados, se advierte que la excepción de caducidad ha sido propuesta por la ENTIDAD conjuntamente con su contestación de demanda la misma que se encuentra dentro de los plazos establecidos, por lo que en este extremo el Árbitro Único concluye que la excepción de caducidad presentada por la ENTIDAD ha sido formulada dentro del plazo legal previsto para ello, correspondiendo por ende, analizar los argumentos de la misma.

Segundo: Que, doctrinariamente la excepción de caducidad constituye la pérdida del derecho a entablar una demanda o pretensión, así como a proseguir la demanda iniciada en virtud de no haber propuesto la pretensión procesal dentro del plazo señalado por ley; y en lo que corresponde al caso materia de estos autos, está dirigida a poner en conocimiento del Árbitro Único, la existencia de un vicio (vencimiento del plazo para acudir a sede arbitral) respecto a la tercera pretensión principal en lo que se refiere a la conformidad de la Orden de Compra N° 45023655292, que afecta la relación jurídica procesal y cuyo ejercicio, no obstante estar sujeto a un plazo de caducidad, según refiere la ENTIDAD, habría sido demandado una vez agotado el mismo.

Tercero: Que, son de aplicación al análisis de la excepción de caducidad propuesta por la ENTIDAD, los siguientes dispositivos legales:

- **Artículo 2003 del Código Civil :** *“La caducidad extingue el derecho y la acción correspondiente”, no obstante lo cual debemos entender que la caducidad extingue el derecho a que este Tribunal Arbitral se pronuncie sobre la pretensión, más no extingue la acción misma, debido a que esta es de carácter abstracto – entiéndase- “No requiere de un derecho sustancial o material que lo sustente o impulse, es decir, es un derecho continente, no tiene contenido, realizándose entonces se realiza como exigencia, como demanda de justicia, como petición de derecho, con absoluta prescindencia de si este derecho tiene existencia”.⁴*
- **Artículo 2004 del Código Civil** que hace referencia a la aplicación del principio de legalidad en los plazos de caducidad, precisa que *estos son fijados por ley, sin admitir pacto en contrario.*
- **Numeral 52.2 del Artículo 52 del Decreto Supremo N° 138-2012-EF**, establece lo siguiente:



⁴ HINOSTROZA MINGUEZ Alberto. “Las excepciones en el proceso civil” 3ra. Edición. Editorial San Marcos. Lima 2000.

“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.”

▪ **Artículo 176 del Decreto Supremo N° 138-2012-EF**, establece lo siguiente:

“La recepción y conformidad es responsabilidad del órgano de administración o, en su caso, del órgano establecido en las Bases, sin perjuicio de lo que se disponga en las normas de organización interna de la ENTIDAD.

La conformidad requiere del informe del funcionario responsable del área usuaria, quien deberá verificar, dependiendo de la naturaleza de la prestación, la calidad, cantidad y cumplimiento de las condiciones contractuales, debiendo realizar las pruebas que fueran necesarias.

Tratándose de órdenes de compra o de servicio derivadas de Adjudicaciones de Menor Cuantía distintas a las de consultoría y ejecución de obras, la conformidad puede consignarse en dicho documento.

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

Este procedimiento no será aplicable cuando los bienes y/o servicios manifiestamente no cumplan con las características y condiciones ofrecidas, en cuyo caso la Entidad no efectuará la recepción, debiendo considerarse como no ejecutada la prestación, aplicándose las penalidades que correspondan.

Las discrepancias en relación a la recepción y/o conformidad, así como la negativa de la Entidad de efectuarlas podrán ser sometidas a conciliación y/o arbitraje dentro del plazo de quince (15) días hábiles de ocurrida la recepción, la negativa o de vencido el plazo para otorgar la conformidad, según corresponda.

La recepción conforme de la Entidad no enerva su derecho a reclamar posteriormente por defectos o vicios ocultos.”

(el subrayado y resaltado es nuestro)

▪ **Cláusula Décima Octava del Contrato N° 004-Licitación Pública N° 1507L00791**, establece lo siguiente:

“Cualquiera de las partes tiene el derecho a iniciar el arbitraje administrativo a fin de resolver las controversias que se presenten durante la etapa de ejecución contractual dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 144, 170, 175, **176**, 177 y 181 **del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado** o, en su defecto, en el artículo 52° de la Ley de Contrataciones del Estado...”

(el subrayado y resaltado en negrita es nuestro)

 **Cuarto:** En este orden de ideas tenemos que, el fundamento en el que la ENTIDAD sustenta su pedido de caducidad se basa en que la pretensión del Contratista referida a la falta de conformidad de la prestación respecto a la orden de compra N° 45023655292, ha caducado porque dichos bienes fueron ingresados a la Entidad el 03 de enero de 2017, según consta de la Carta N° 240-AROR-DI-GADYT-GHNERM-GPR-ESSALUD-2018 y que de acuerdo a lo establecido en el artículo 176 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, el Contratista tenía 15 días hábiles desde ocurrida la recepción para iniciar la conciliación o arbitraje, es decir

hasta el 24 de enero de 2017., sin embargo el Contratista inició el arbitraje el 04 de junio de 2018.

Quinto: Que, conforme es de verse del texto de la Carta N° 240-AROR-DI-GADYT-GHNERM-GPR-ESSALUD-2018 que obra en autos, *el material médico correspondiente a la Orden de Compra N° 45023655292, adquirido por la ENTIDAD para el servicio de radiología intervencionista, fue ingresado al almacén de la ENTIDAD el 03 de enero de 2017 y retirado del almacén para ser utilizado por la ENTIDAD el 13 de febrero de 2017, por tener necesidad urgente de utilizar el material médico para atender pacientes programados en el servicio de radiología intervencionista.*

Por consiguiente, del propio texto de la referida Carta N° 240-AROR-DI-GADYT-GHNERM-GPR-ESSALUD, se verifica que la ENTIDAD si bien recibió los bienes adquiridos con la Orden de Compra N° 45023655292 el 03 de enero de 2017, a partir de cuya fecha, siguiendo el procedimiento de recepción y conformidad previsto en el artículo 176 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado citado líneas arriba, debía revisar dichos bienes y observar u otorgar la conformidad en el plazo legal de 10 días calendario, lo cual si bien no consta que haya sido efectuado por escrito, sin embargo, al disponer la propia ENTIDAD el retiro del almacén de dichos bienes y haberlos utilizado como si estuvieran conformes, ha propiciado la desnaturalización del procedimiento de recepción y conformidad, generando con sus propios actos, una aceptación/conformidad tácita de dicho material médico, que resulta innegable, por lo que bajo dicho contexto, la pretendida invocación de caducidad de un acto (otorgamiento de conformidad) que se ha producido “de hecho” por actos propios de la ENTIDAD, mucho antes de que el CONTRATISTA formule su solicitud de conciliación reclamando se le otorgue la conformidad de la OC N° N°45023655292, no resulta factible de ser amparada, máxime si se tiene en consideración que bajo el ámbito de la teoría de los actos propios, *“a nadie le es lícito hacer valer un derecho en contradicción con su anterior conducta.”*⁵, por lo que de este modo, la teoría de los actos propios busca fomentar que las personas sean coherentes en su actuar cotidiano. *De modo tal que, sanciona a las personas que se comportan contradictoriamente quitándoles la posibilidad de reclamar derechos que en un primer momento sí hubieran podido reclamar*⁶.

Sexto: Que, por los fundamentos expuestos, corresponde declarar **INFUNDADA** la excepción de caducidad deducida por la **ENTIDAD**.

2. Respecto a los puntos controvertidos:

- a. **Primer punto controvertido (Primera pretensión principal de la demanda).**- *Determinar si corresponde o no declarar la nulidad y/o ineficacia de la Resolución Parcial del Contrato N° 004 - Licitación Pública N° 1507L00791 – ÍTEM N° 05, 22, 24, 28, 30, 31, 35, 41, 50 y 51, comunicada mediante la Carta Notarial N° 16-OA-GHNERM-GRPR-ESSALUD-2018, la cual fue notificada con fecha 14 de mayo de 2018.*

CONSIDERANDO:

⁵ Enneccerus, Ludwig y Nipperdey, Hans. Tratado de Derecho Civil. Parte General. Barcelona, Bosch, Tomo I, Volumen 2, 1950, p.495.

⁶ Fernández Fernández, César Anibal. La teoría de los actos propios y su aplicación en la legislación peruana., p. 53.

Primero: Que, la posición expresada por el CONTRATISTA en su demanda, alegatos y demás escritos presentados a lo largo del proceso arbitral, en relación a su primera pretensión arbitral referida a que se declare la nulidad y/o ineficacia de la resolución de contrato efectuada por la ENTIDAD se sustenta en lo siguiente: Que la resolución parcial de contrato efectuada por la ENTIDAD con Carta Notarial N° 16-OA-GHNERM-GRPR-ESSALUD-2018 notificada el 14 de mayo de 2018, adolece del vicio de nulidad de debida motivación, porque a dicha carta se adjuntó el Informe N° 284-UA-OAD-OA-GHNERM-GRPR-ESSALUD-2018, por medio del cual se corrobora el uso por la ENTIDAD de los bienes entregados por el CONTRATISTA, en tanto que en otro documento emitido por la ENTIDAD y adjuntado a la carta resolutoria, se declara que los bienes ya fueron utilizados, por lo que considera que no quedan claras las razones por las que se resuelve el contrato, lo cual es un vicio de nulidad por falta de uno de los requisitos de validez del acto administrativo establecido en el artículo 3° de la Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General.

Segundo: Que, por su parte, la ENTIDAD al contestar la primera pretensión de la demanda y al formular sus alegatos escritos, manifiesta lo siguiente: i) Que, el motivo de la resolución parcial del contrato se efectuó porque el contratista acumuló el monto máximo de penalidad por mora; ii) Que la base imponible para deducir penalidades e el contrato que ascendió a S/. 388,689.00 (Trescientos ochenta y ocho mil seiscientos ochenta y nueve con 00/00 soles) y al no haber entregado sus productos dentro de los plazos de entrega establecidos en las Órdenes de Compra N° 45023655292 y N° 4502782265, corresponde resolver el contrato por acumulación máxima de penalidades que sería equivalente a S/.38,868.90, que es el 10% del monto total del contrato.

Tercero: Que, previo a realizar el análisis de fondo de esta materia controvertida, el Árbitro Único procede a realizar la verificación del plazo de caducidad de la primera pretensión de la demanda, conforme sigue a continuación:

Resolución parcial del contrato	Plazo para iniciar arbitraje sobre resolución de contrato (artículo 52.2 de la Ley N° 29873)	Solicitud de Conciliación sobre resolución de contrato
Carta Notarial N° 16-OA-GHNERM-GRPR-ESSALUD-2018, de fecha 04 de mayo de 2018, notificada el 14 de mayo de 2018. (ANEXO 1F -de demanda)	15 días hábiles: Vence 04 de junio de 2018.	04 de junio de 2018 – ante el Centro de Conciliación Asociación Peruana de Conciliación y Arbitraje. Pretensiones: J Que, se deje sin efecto la resolución parcial del contrato. J No se ejecute ninguna garantía. J Conformidad a la 5ta. Y 6ta. OC (ANEXO 1D - de contestación de demanda)

Conforme es de verse del cuadro precedente, la primera pretensión de la demanda ha sido formulada dentro del plazo de caducidad, por lo que corresponde realizar el análisis de fondo de dicha pretensión.

Cuarto: Que, de la revisión y análisis efectuado al material probatorio aportado por las partes, la normativa aplicable al caso, así como a los argumentos expuestos por las partes en sus diversos escritos presentados a lo largo del proceso arbitral y sus

alegaciones orales realizadas, el Árbitro Único ha verificado en relación a la motivación del acto administrativo de resolución de contrato contenido en la Carta Notarial N°16-OA-GHNERM-GRPR-ESSALUD-2018 notificada el 14 de mayo de 2018 al CONTRATISTA (que obra en el ANEXO 1F de la demanda), lo siguiente:

4.1 Que, la causal resolutoria invocada por la ENTIDAD, se encuentra mencionada en el penúltimo y último párrafo de la Carta Notarial N°16-OA-GHNERM-GRPR-ESSALUD-2018 siendo ésta, *el incumplimiento por no entrega de los bienes en los plazos establecidos y la acumulación máxima de penalidades.*

Si bien este extremo del acto administrativo señala en forma expresa la causa que lo motiva, sin embargo, al intentar explicar las razones que sustentan su decisión resolutoria, cita detalles de hechos acontecidos que no se condicen con dicha decisión, sino que por el contrario denotan que se han producido acontecimientos que acreditan que el CONTRATISTA entregó material médico, que inicialmente fue observado pero luego fue aceptado satisfactoriamente y utilizado por la ENTIDAD, dando lugar incluso a la suscripción de una adenda al contrato, conforme puede verse a continuación en lo expresado en los documentos que lo sustentan:

J) El Informe N° 284-UA-OAD-OA-GHNERM-GRPR-ESSALUD-2018, menciona, por un lado, que el CONTRATISTA ha entregado productos diferentes a los descritos en la Orden de Compra N° 45023655292, sin embargo, luego aclara que ello fue por razones de desfase de especificaciones técnicas y mejoras tecnológicas, respecto a lo cual la ENTIDAD le solicitó que sustente dichas mejoras, lo cual fue cumplido por el CONTRATISTA.

También refiere que la ENTIDAD (Jefe del Departamento de Imagenología y Jefe de Servicio) aceptó los productos del CONTRATISTA por contar con mejoras tecnológicas y dispuso la suscripción de la adenda modificatoria correspondiente.

J) La Carta N° 146-UAYO-OA-GHNERM-GRPR-ESSALUD-2018 (*Anexo 001-A del escrito N° 08 del CONTRATISTA*), refiere que los productos objeto de la Orden de Compra N° 4502365592 fueron recibidos por la ENTIDAD en custodia en el almacén, con observaciones por incumplimiento de las medidas solicitadas, no obstante, el Área Usuaría ha informado que dichos bienes fueron utilizados por la ENTIDAD.

4.2 Que, de lo expuesto en el numeral 4.1 precedente, se puede advertir que si bien se conoce cuál es la causal resolutoria invocada por la ENTIDAD, sin embargo, ni el acto resolutorio ni los documentos en que se sustenta el mismo (*Informe N° 284-UA-OAD-OA-GHNERM-GRPR-ESSALUD-2018 y Carta N°146-UAYO-OA-GHNERM-GRPR-ESSALUD-2018*), expresan con certeza, claridad y sin contradicción: i) Cuál o cuáles son las entregas incumplidas; ii) Desde qué momento se está computando el incumplimiento del CONTRATISTA; iii) Cómo ha determinado la ENTIDAD el monto de penalidad y/o penalidades que pretende



cobrar; iv) Qué penalidad es la que se ha configurado (penalidad por mora u otras penalidades o ambas).

4.3 Que, el detalle de los aspectos mencionados en el numeral 4.2 precedente, tiene relevancia jurídica para los fines del acto resolutivo bajo análisis, debido a que con ello se podría haber conocido con claridad la motivación del acto resolutivo, que consiste en el derecho a la certeza, el cual supone la garantía de que toda decisión administrativa esté motivada con un razonamiento jurídico explícito entre los hechos, las disposiciones legales que se aplican, la fundamentación de los razonamientos en que se apoya, todo lo cual constituye una exigencia ineludible para todo tipo de actos administrativos, considerando que la motivación del acto administrativo constituye una exigencia o condición impuesta para la vigencia efectiva del principio de legalidad, presupuesto ineludible de todo Estado de derecho, máxime si se tiene en consideración que la exigencia de motivación suficiente de los actos administrativos es una garantía de razonabilidad y no arbitrariedad de la decisión administrativa, por lo que la falta de motivación o su insuficiencia constituye una arbitrariedad y resulta contraria a las garantías del debido procedimiento administrativo.

4.4 Que, al respecto, los artículos 3.4, 6.1, 6.2, y 6.3 de la Ley 27444, señalan respectivamente que para su validez, el acto administrativo debe estar **debidamente motivado** en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico; **La motivación deberá ser expresa**, mediante una relación concreta y directa de **los hechos probados relevantes del caso específico**, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado y que no son admisibles como motivación, la exposición de fórmulas generales o vacías de fundamentación para el caso concreto o aquellas **fórmulas que por su oscuridad, vaguedad, contradicción o insuficiencia no resulten específicamente esclarecedoras para la motivación del acto.**

4.5 Que, tal como se advierte de lo expuesto en los numerales precedentes, la ENTIDAD no ha motivado de manera suficiente la resolución impugnada, pues no ha precisado las razones concretas que esclarezcan sin contradicción entre ellas, las razones por las cuales habiéndose solicitado al CONTRATISTA que sustente las mejoras tecnológicas de los productos, habiendo utilizado los productos recibidos en el almacén, habiendo suscrito la adenda correspondiente que modifica el producto objeto del contrato, sin embargo, llega a la conclusión genérica que los productos no fueron entregados en el plazo y a razón de ello dispone aplicar penalidad, la cual tampoco explica cómo es que la aplica, limitándose a mencionar el monto de penalidad a aplicar, vulnerándose de esta manera el derecho a la motivación de los actos administrativos.

4.6 Cabe precisar asimismo que, si bien de acuerdo a lo establecido en el artículo 168° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, i) El incumplimiento injustificado de obligaciones contractuales, legales o reglamentarias, ii) La acumulación del monto máximo de la penalidad por mora o el monto máximo para otras penalidades en la ejecución de la prestación, y iii) La paralización o reducción injustificada de la ejecución de la prestación, constituyen causa

resolutoria, sin embargo, ello constituye una potestad de la ENTIDAD, lo cual implica que el solo hecho de la configuración de alguna de dichas causales no genera automáticamente la obligación de resolver el contrato, sino que al disponerse que la ENTIDAD podrá resolver el contrato, ello implica que la ENTIDAD determine con objetividad y claridad el porque su decisión resolutoria resulta lo más conveniente para la ENTIDAD, más aun cuando en el caso materia de estos autos, la ENTIDAD alega retraso en la entrega de productos, sin explicar porque considera que dicho retraso le resulta injustificado y por ende penalizable, cuando ella misma autorizó mucho antes de aceptar las mejoras tecnológicas, la utilización de dichos bienes que había recibido en su almacén, e incluso después de aceptar las mejoras tecnológicas y suscribir la adenda correspondiente, no explica que razones la llevan a concluir que lo que había recibido, aceptado como válido y utilizado era objeto de penalidad, cuando lo que se penaliza con mora es sólo el retraso “injustificado” y no cualquier retraso, asimismo, tampoco explica cuál es el período que computa como penalizable y en base al cual concluye que el CONTRATISTA ha llegado a acumular el monto máximo de penalidad. Estos aspectos debían encontrarse clara e inequívocamente explicados por la ENTIDAD en su decisión resolutoria, de modo tal que no diera lugar a dudas de las razones que motivaron su decisión y por ende, lo que la motivó a ejercer legítimamente su derecho a resolver el contrato. Por el contrario, el no haberlo hecho, afecta el derecho de su contraparte (EL CONTRATISTA) a un debido procedimiento administrativo al no poder conocer con claridad y sin ambigüedades, porque la ENTIDAD tomó la decisión resolutoria.

4.7 Por las consideraciones expuestas en los numerales precedentes, al verificarse la vulneración del derecho a la motivación de las resoluciones administrativas, la cual constituye uno de los requisitos de validez de los actos administrativos, cuya ausencia lo vicia afectándolo de nulidad, corresponde declarar nulo el acto administrativo (resolución de contrato) contenido en la Carta Notarial N°16-OA-GHNERM-GRPR-ESSALUD-2018.

Por los fundamentos expuestos, se concluye declarar FUNDADA la primera pretensión de la demanda.

- b. Segundo punto controvertido (Segunda pretensión principal de la demanda).**- *Determinar si corresponde o no declarar, que la demandante no incurrió en ningún incumplimiento en sus obligaciones contractuales derivadas del Contrato N° 004 “Adquisición de material médico para el Hospital Nacional Edgardo Rebagliati Martins – Essalud”.*

CONSIDERANDO:

Primero: Que, la posición expresada por el CONTRATISTA en su demanda, alegatos y demás escritos presentados a lo largo del proceso arbitral, en relación a su segunda pretensión arbitral se sustenta en lo siguiente: **i)** Que ha realizado la entrega de los bienes correspondientes a la quinta entrega (Orden de Compra N° 4502655292) y sexta entrega (Orden de Compra N° 4502782265) con las guías de remisión N° 001-0139985 y N° 001-0155071 respectivamente, por lo que considera que no ha incumplido sus obligaciones contractuales.

Segundo: Que, por su parte, la ENTIDAD al contestar la segunda pretensión de la demanda y al formular sus alegatos, manifiesta lo siguiente: i) Que, en caso de retraso injustificado en la ejecución objeto del contrato, la ENTIDAD aplicará al contratista una penalidad por cada día de atraso, hasta un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente o, de ser el caso del ítem que debió ejecutarse; ii) Que lo que motiva la aplicación de penalidad por mora es el incumplimiento de las prestaciones objeto del contrato, iii) Que el hecho que generó la aplicación de la penalidad por mora fue el incumplimiento del contratista de entregar los productos dentro de los plazos previstos en las órdenes de compra N° 45023655292 y N° 4502782265, estando comprobada la demora en el cumplimiento de ello y su falta de diligencia para prever que las entregas se realicen dentro del plazo previsto en la referidas órdenes.

Tercero: Que, de los argumentos expuestos por las partes y de la revisión del material probatorio aportado por ellas durante el proceso arbitral, el Árbitro Único determina lo siguiente:

3.1 Que la Orden de Compra N° 45023655292 indica como plazo de entrega: 22.12.2016 hasta 27.12.2016 y la Guía de Remisión correspondiente a la misma indica como fecha de entrega: 02.01.2017.

Es decir, respecto de esta Orden de Compra existiría un desfase en la entrega de 06 (seis) días calendario.

3.2 Que, la Orden de Compra N° 4502782265 indica como plazo de entrega: 20.03.2017 hasta 25.03.2017 y la Guía de Remisión correspondiente a la misma indica como fecha de entrega: 30.05.2018.

Es decir, respecto de esta Orden de Compra existiría un desfase en la entrega de 14 (meses).

3.3 Que, por Adenda al Contrato N° 004 – Licitación Pública N° 1507/L00791- Item N° 05,22,24,30,31,35,50,51 “Adquisición de Material Médico para el Hospital Nacional Edgardo Rebagliati Martins- ESSALUD” suscrita entre la ENTIDAD y el CONTRATISTA con fecha 10 de enero de 2018, las partes acordaron:

) “Cláusula Preliminar: Del Procedimiento de Selección

(...)

Al respecto y visto el plazo de ejecución antes descrito se procede a elaborar la presente Adenda a fin de modificar el mismo según lo establecido en el artículo 34° de la Ley y 142° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado...

(...)

En consecuencia, es necesario que se realice los trámites para el perfeccionamiento de la Adenda al Contrato, a fin que el contratista cumpla con internar los nuevos productos en el plazo ofertado en el Procedimiento de Selección.

(el resaltado es nuestro)

) “Cláusula Tercera: Plazo de Ejecución Contractual

El plazo de ejecución de la presente Adenda que modifica la Cláusula Primera del Contrato; en lo referente al plazo de ejecución contractual se mantendrá lo establecido en las bases integradas de dicho proceso, entendiéndose que la ejecución contractual será hasta llegar a ejecutar el (100%) de la obligación, el cual comenzará a partir del día siguiente de su firma.”

(el resaltado es nuestro)

Es decir, del texto de la Adenda al Contrato N° 004, se verifica que existe falta de claridad en las disposiciones contenidas en la cláusula preliminar y lo dispuesto en la cláusula tercera, porque mientras la cláusula preliminar refiere que con la adenda se modifica el plazo para que el CONTRATISTA cumpla con internar los nuevos productos en el plazo ofertado en el procedimiento de selección; sin embargo, la cláusula tercera expresa que en lo referente al plazo de ejecución se mantendrá lo establecido en las bases integradas, el cual comenzará a partir del día siguiente de su firma, no pudiendo entenderse si se refiere a partir de la firma del contrato original o a partir de la firma de la adenda.

- 3.4** Que, ante dicha falta de claridad respecto a cuál es el plazo que refiere la adenda y desde cuando se computa el mismo, resulta necesario tener presente la reglas generales de contratación contenidas en el artículo 1403 del Código Civil, la misma que establece que los contratos – entiéndase también las adendas a los contratos – deben celebrarse y ejecutarse bajo las reglas de la buena fe contractual, debiendo entenderse que las obligaciones y prestaciones a cargo de las partes deben ser prestaciones posibles de ser cumplidas.

En este sentido, pretender que la fecha de entrega de los bienes correspondientes a las órdenes de compra N° 45023655292 y N° 4502782265, son las que figuran en el texto de dichas órdenes de compra (diciembre 2016) y (marzo 2017) cuando la autorización de entrega (de bienes diferentes por mejoras tecnológicas), la ENTIDAD la otorga recién el 10 de enero de 2018 (con la Adenda al Contrato N° 004), constituiría validar disposiciones que contienen prestaciones que no pueden ser cumplidas, lo cual es contrario a las reglas de la buena fe contractual e incluso contrario a lo dispuesto en el antes citado artículo 1403 del Código Civil.

- 3.5** Que, estando a lo expuesto en los numerales precedentes, queda claro que la adenda al contrato N° 04 contiene una regulación ambigua y falta de claridad, en relación al plazo, frente a lo cual corresponde aplicar la regla de interpretación de las estipulaciones contractuales contenida en el artículo 1401 del Código Civil, la misma que establece lo siguiente: *“las estipulaciones insertas en las cláusulas generales de contratación o en formularios redactados por una de las partes, se interpretan, en caso de duda, en favor de la otra.”*

Por lo tanto, en base a dicha disposición legal, no resulta factible acoger la posición de la ENTIDAD respecto a que el plazo de entrega de los productos correspondientes a las órdenes de compra N° 45023655292 y N° 4502782265, son diciembre 2016 y marzo 2017 respectivamente. Debiendo por lo tanto, entenderse que con la suscripción de la adenda al Contrato N° 004, el 10 de enero de 2018, la ENTIDAD habilitó no solo la aceptación de bienes distintos a los inicialmente contratados sino también habilitó el cómputo del plazo a partir de la firma de dicha adenda, lo cual implica además que la o las entregas de productos de dichas órdenes de compra que ya N° 45023655292 y N° 4502782265 que ya habían sido realizadas, no son susceptibles de ser consideradas como entregas extemporáneas.



3.6 Por las consideraciones expuestas en los numerales precedentes, se concluye que corresponde declarar **FUNDADA** la segunda pretensión de la demanda.

- c. **Tercer punto controvertido (Tercera pretensión principal de la demanda).**-
Determinar si corresponde o no otorgar la conformidad de los bienes entregados por la demandante.

CONSIDERANDO:

Primero: Que, la posición expresada por el CONTRATISTA en su demanda, alegatos y demás escritos presentados a lo largo del proceso arbitral, en relación a su tercera pretensión principal, se sustenta en lo siguiente: **i)** Que el reglamento de la ley de contrataciones del Estado establece que la recepción y conformidad es responsabilidad de quien se indique en los documentos del procedimiento de selección; **ii)** Que, en caso de bienes el área de almacén es responsable de recibir los bienes, mientras que la emisión de la respectiva conformidad de la prestación estará a cargo de quien se designe en las Bases, que en este caso es el Área Usuaria, **iii)** Que, los bienes entregados con las Órdenes de Compra N° 4502782265 y 45023655292, han sido entregados y utilizados por la ENTIDAD.

Segundo: Que, a su vez, la posición expresada por la ENTIDAD en su escrito de contestación de demanda, alegatos y demás escritos presentados a lo largo del proceso arbitral, en relación a la tercera pretensión principal, se sustenta en lo siguiente: **i)** Que, con Carta N° 240-SR/SRIR-DI-GADYT-GHNERM-GPR-ESSALUD-2018, el Jefe de Servicio de Radiología Intervencionista, en su calidad de área usuaria, informa al Jefe de la Oficina de Adquisiciones, respecto al a recepción de los productos de la Orden de Compra N° 4502782265, que el material médico correspondiente a dicha orden de compra se encuentra en la unidad de almacén y farmacia desde el día 29 de mayo de 2018; **ii)** Que la ENTIDAD resolvió parcialmente el contrato a través de la Carta Notarial N° 016-OA-GHNERM-GRPR-ESSALUD-2018, notificada al contratista con fecha 14 de mayo de 2018, es decir, la resolución del contrato se realizó en una fecha anterior a la fecha en que el contratista entregó los productos a la ENTIDAD, por lo que considera que no corresponde otorgarse la conformidad de la prestación de la Orden de Compra N° 4502782265, en la medida que la fecha en la que el contratista entregó los productos referidos en dicha orden de compra (29 de mayo de 2018), el contrato ya se encontraba resuelto, **iii)** Que, la conformidad de los bienes entregados con la Orden de Compra N° 45023655292 es una pretensión caduca y por tanto no es susceptible de ser atendida en sede arbitral.

Tercero: Que, atendiendo a lo expuesto por las partes a lo largo del proceso arbitral, en relación a los bienes entregados por el CONTRATISTA a la ENTIDAD (bienes correspondientes a la Orden de Compra N° 4502782265 y Orden de Compra N° 45023655292) y respecto de los cuales reclama conformidad, el Árbitro determina lo siguiente:

3.1 Que, la conformidad de los bienes objeto del contrato N° 04, materia de autos, se rige por lo dispuesto en el artículo 176 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 138-2012-EF, el cual establece lo

siguiente:

“La recepción y conformidad es responsabilidad del órgano de administración o, en su caso, del órgano establecido en las Bases, sin perjuicio de lo que se disponga en las normas de organización interna de la ENTIDAD.

La conformidad requiere del informe del funcionario responsable del área usuaria, quien deberá verificar, dependiendo de la naturaleza de la prestación, la calidad, cantidad y cumplimiento de las condiciones contractuales, debiendo realizar las pruebas que fueran necesarias.

Tratándose de órdenes de compra o de servicio derivadas de Adjudicaciones de Menor Cuantía distintas a las de consultoría y ejecución de obras, la conformidad puede consignarse en dicho documento.

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

Este procedimiento no será aplicable cuando los bienes y/o servicios manifiestamente no cumplan con las características y condiciones ofrecidas, en cuyo caso la Entidad no efectuará la recepción, debiendo considerarse como no ejecutada la prestación, aplicándose las penalidades que correspondan.

Las discrepancias en relación a la recepción y/o conformidad, así como la negativa de la Entidad de efectuarlas podrán ser sometidas a conciliación y/o arbitraje dentro del plazo de quince (15) días hábiles de ocurrida la recepción, la negativa o de vencido el plazo para otorgar la conformidad, según corresponda.

La recepción conforme de la Entidad no enerva su derecho a reclamar posteriormente por defectos o vicios ocultos.”

3.2 Que, asimismo, la Cláusula Octava del referido contrato N° 04, para efectos de la conformidad de la recepción de la prestación, también remite a la aplicación de lo dispuesto en el antes referido artículo 176 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, el mismo que establece el procedimiento a seguir para la recepción de los bienes objeto del referido contrato.

3.3 Que, en relación a los bienes objeto de la Orden de Compra N°4502782265, si bien la ENTIDAD refiere en sus alegaciones, que respecto de estos no debe disponerse el otorgamiento de conformidad porque fueron entregados después de haberse resuelto el contrato, sin embargo, habiéndose dispuesto en el presente laudo, la nulidad de la resolución contractual efectuada por la ENTIDAD con Carta Notarial N° 016-OA-GHNERM-GRPR-ESSALUD-2018, por consiguiente, no resulta factible acoger dicho argumento de la ENTIDAD.

3.4 Que, no obstante, lo expresado en el numeral 3.3 precedente, corresponde tener en consideración que el otorgamiento de conformidad de los bienes entregados a la ENTIDAD, se realiza a través de un procedimiento administrativo a cargo de la ENTIDAD, que debe ceñirse a lo dispuesto en el artículo 176° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 138-2012-EF, tal como lo indica la Cláusula Octava del referido contrato N° 04 materia de estos autos.

3.5 Que, en este orden de ideas, habiendo manifestado la ENTIDAD que los bienes objeto de la Orden de Compra N°4502782265 han sido entregados a la ENTIDAD el 29 de mayo de 2018 y que según lo indicado en la Carta N° 240-AROR-DI-GADYT-GHNERM-GPR-ESSALUD de fecha 05 de setiembre de 2018, se verifica que la ENTIDAD indica haberlos recibido y que se encuentran en la unidad de almacén y farmacia desde el 29 de mayo de 2018, asimismo, que el acto resolutivo que efectuó la ENTIDAD ha sido declarado nulo a través del presente laudo, corresponde por lo tanto, a la ENTIDAD realizar el procedimiento administrativo de recepción y conformidad de dichos bienes y en su oportunidad determinar lo que corresponda a su derecho en relación a ello, no pudiendo el Árbitro Único asumir que la sola entrega de los bienes da derecho a declararlos conforme o a ordenar que estos se declaren conformes.

3.6 Que, en relación a los bienes objeto de la Orden de Compra N° 45023655292, en el presente laudo, al emitir pronunciamiento sobre la excepción de caducidad se indicó que del propio texto de la Carta N° 240-AROR-DI-GADYT-GHNERM-GPR-ESSALUD, se verifica que la ENTIDAD recibió dichos bienes y debía haberlos revisado y observado u otorgado la conformidad siguiendo el procedimiento administrativo dispuesto en el artículo 176 del antes citado Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, lo cual si bien no consta que haya sido efectuado por la ENTIDAD, sin embargo, al disponer la propia ENTIDAD el retiro del almacén de dichos bienes y haberlos utilizado como si estuvieran conformes, ha propiciado la desnaturalización del procedimiento de recepción y conformidad, generando con sus propios actos, una aceptación/conformidad tácita de dicho material médico, que resulta innegable, por lo que bajo dicho contexto, la pretendida conformidad se ha producido “de hecho” por actos propios de la ENTIDAD, lo cual es de su exclusiva responsabilidad, por lo que, al existir dicha conformidad fáctica, corresponde a la ENTIDAD ajustar su actuación a dichos actos propios, expidiendo a favor del CONTRATISTA el documento correspondiente que así lo reconozca.

Cuarto: Que, por los fundamentos expuestos, corresponde declarar **FUNDADA EN PARTE** la tercera pretensión de la demanda, en el extremo referido a la conformidad de los bienes entregados, objeto de la Orden de Compra N° 45023655292 e **INFUNDADA** respecto de los bienes entregados con la Orden de Compra N°4502782265, respecto a lo cual por la sola entrega, no se puede ordenar a la ENTIDAD otorgar automáticamente conformidad, sino que debe ceñir su actuación administrativa al procedimiento de recepción y conformidad previsto en el artículo 176 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

- 
- d. **Quinto punto controvertido: Referido a la pretensión accesoria a la tercera pretensión principal, consistente en:** “Determinar que luego que la Entidad otorgue la conformidad por la entrega de los bienes, que la Árbitra Única Ad Hoc, ordene a la Entidad el pago a favor de Cardio Perfusión E.I.R.L. de la suma ascendente a S/. 89,529.80, más sus respectivos intereses hasta la fecha efectiva de pago, el IGV por concepto de la contraprestación correspondiente por los bienes entregados.”

CONSIDERANDO:

Primero: Que, al respecto el CONTRATISTA manifiesta como fundamento de esta pretensión accesoria, que en virtud al uso de los bienes entregados corresponde que la ENTIDAD proceda con el pago de los mismos.

Segundo: Que, por su parte, la ENTIDAD manifiesta que no corresponde emitir conformidad porque la pretensión ha caducado respecto de la Orden de Compra N° 45023655292 y respecto de la Orden de Compra N°4502782265, estos bienes se han entregado cuando ya no había relación contractual.

Tercero: Que, conforme se ha dispuesto en el presente laudo, al referirnos a la conformidad de los bienes entregados correspondientes a las Órdenes de Compra N° 45023655292 y N°4502782265, estas serán tramitadas por la ENTIDAD a futuro conforme se ha dispuesto en los fundamentos del presente laudo.

Cuarto: Que, de conformidad con lo establecido en el Artículo 177 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado – Decreto Supremo N° 138-2012-EF, la conformidad de la prestación es condición previa para que se genere el derecho al pago del Contratista.

Quinto: Que, estando a que a la fecha de emisión del presente laudo, la condición previa para el pago – la conformidad – si bien ha sido dispuesta, aún está por tramitarse como procedimiento administrativo a cargo de la ENTIDAD, por consiguiente, aún no se genera el derecho al pago del CONTRATISTA, por lo que no se cumple el presupuesto legal establecido en el antes citado Artículo 177 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, para que el Árbitro ordene a la ENTIDAD el cumplimiento de dicha obligación a su cargo.

Sexto: Que, por los fundamentos expuestos, corresponde declarar **IMPROCEDENTE** la primera pretensión accesoria a la tercera pretensión principal de la demanda.

- e. **Sexto punto controvertido: Referido a los costos y costas, consistente en:**
“Determinar a quién corresponde asumir el pago de costas y costos del proceso arbitral.”

CONSIDERANDO:

Primero: Que, en cumplimiento a lo establecido en el Artículo 70⁷ y 73⁸ de la Ley de Arbitraje aprobada por Decreto Legislativo N° 1071, es obligación del Árbitro, fijar en

⁷ **Artículo 70.- Costos**

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

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

⁸ **“Artículo 73.- Asunción o Distribución de Costos:**

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 prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso...”

el laudo los costos del arbitraje y la forma de distribución de los mismos, atendiendo a los siguientes criterios: i) Acuerdo entre las partes, ii) A falta de acuerdo son de cargo de la parte vencida, iii) Distribución y prorrateo entre las partes, atendiendo a la razonabilidad del mismo y teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

Segundo: Que, en base a los criterios antes citados, el Árbitro Único manifiesta lo siguiente:

- a) De las cláusulas del Contrato N° 004-Licitación Pública N° 1507L00791-Item N° 05, 22, 24, 25, 27, 28, 29, 30, 31, 35, 41, 50 y 51, así como de los medios probatorios aportados por las partes durante el proceso arbitral, no se advierte la existencia de acuerdo alguno de las partes respecto a la distribución de los costos arbitrales.
- b) De expresadas por las partes, así como de los medios probatorios aportados por aquellas y la conducta que han tenido durante el curso del proceso arbitral, se advierte que ambas partes han tenido motivación para acudir en arbitraje haciendo valer su posición, asimismo también se advierte que durante el proceso arbitral la obligación de abonar los honorarios correspondientes al Árbitro Único y los de la Secretario Arbitral fue cumplida en su integridad por el CONTRATISTA, no habiendo acreditado ninguna de las partes los gastos en que habrían incurrido para su defensa en el arbitraje; asimismo también se advierte que ambas partes han cumplido con asistir a las actuaciones programadas en el curso del proceso arbitral; por lo que atendiendo a las circunstancias del caso advertidas a lo largo del proceso arbitral y verificadas en los medios probatorios, lo cual ocasionó la materia controvertida objeto del presente proceso arbitral, así como en consideración a la conducta de las partes durante el proceso y facultado por las disposiciones contenidas en el Artículo 73° del Decreto Legislativo N° 1071 – Ley de Arbitraje y lo señalado en la doctrina⁹; el Arbitro Único concluye que los costos arbitrales que corresponden ser distribuidos son los referidos únicamente a los pagos de honorarios del Árbitro Único y los correspondientes a la Secretaría Arbitral, consistente en lo siguiente:

Honorarios arbitrales	Arbitro Único		Secretario Arbitral	
	Contratista	Entidad	Contratista	Entidad
Acta de Instalación	S/ 1,911.00	S/ 1,911.00 (No canceló)	S/ 896.50	S/ 896.50 (No canceló)
En subrogación	S/ 1,911.00	0.00	S/ 896.50	0.00
TOTAL	S/ 3,822.00	0.00	S/ 1,793.00	0.00



⁹ Ledesma Narváez, Marianella. En revista electrónica Enmarcando, Edición N° 12. Artículo denominado “Los costos en el arbitraje”: “En el proceso civil, si bien opera la fórmula del vencimiento, ella no es absoluta pues se permite al juez cierta discrecionalidad al graduar el monto de los gastos procesales, en atención a las incidencias del proceso (ver art- 414 CPC) En el procedimiento arbitral también encontramos regulado dicha discrecionalidad. Dice el art. 73 D. Leg. 1071 que el tribunal arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso. Esto significa que los árbitros podrían modificar el monto de los gastos, aún sobre la voluntad de las partes o ésta discrecionalidad solo opera cuando no hay pacto expreso y rige el principio del vencimiento? Al respecto opino que si no hay pacto, opera la regla del vencimiento, con la posibilidad de la discrecionalidad del árbitro.

Honorarios del Árbitro Único y de la Secretaría Arbitral netos a los que deberán agregarse el impuesto correspondiente; los mismos que deberán ser asumidos en parte proporcional de acuerdo al cuadro adjunto por la Entidad y por el Contratista. Precisándose que cada una de las partes asumirá el pago de las costas en que hubieran incurrido para su defensa en el proceso arbitral.

Por estas consideraciones, el Árbitro Único lauda resolviendo la controversia sometida a su decisión, en la forma siguiente:

SE RESUELVE:

PRIMERO : DECLARANDO INFUNDADA LA EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD interpuesta por la Entidad contra la Orden de Compra N°45023655292 y, en consecuencia, corresponde que el Árbitro emita pronunciamiento sobre la Tercera Pretensión de la Demanda.

SEGUNDO : DECLARAR FUNDADA la primera pretensión de la demanda arbitral, por consiguiente, se declara nula la resolución de contrato efectuada por la Entidad a través de la Carta Notarial N° 016-OA-GHNERM-GRPR-ESSALUD-2018, conforme a los fundamentos expuestos en el presente laudo.

TERCERO : DECLARAR FUNDADA la segunda pretensión de la demanda arbitral, conforme a los fundamentos expuestos en el presente laudo.

CUARTO : DECLARAR FUNDADA EN PARTE la tercera pretensión de la demanda arbitral, respecto de los bienes entregados con Orden de Compra N° 45023655292 e INFUNDADA respecto de los bienes entregados con Orden de Compra N° 4502782265, por los fundamentos expuestos en el presente laudo.

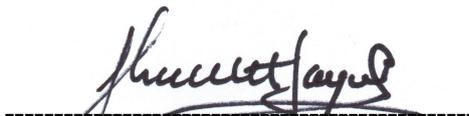
QUINTO : DECLARAR IMPROCEDENTE la Primera Pretensión Accesorias a la Tercera pretensión principal de la demanda arbitral, por los fundamentos expuestos en el presente laudo.

SEXTO : A LOS COSTOS ARBITRALES: SE DISPONE que los costos del arbitraje establecidos en los fundamentos del presente laudo y que ascienden a la suma total de S/ 5,615.00 (Cinco mil seiscientos quince con 00/100 Soles), más el impuesto a la renta, sean asumidos por la empresa Cardio Perfusión EIRL y por el Seguro Social de Salud –Red Asistencial Rebagliati, en partes iguales, por lo que atendiendo a lo expuesto en los fundamentos del presente laudo, **se ORDENA a la ENTIDAD** la devolución a favor de la empresa Cardio Perfusión EIRL, la suma de S/ 2,807.50 (Dos mil ochocientos siete con 50/100 soles) más el impuesto a la renta, por concepto de devolución del 50% de honorarios del Árbitro Único y costos de la secretaría arbitral que le correspondía asumir según lo dispuesto en los numerales 56 y 57 del Acta de Instalación del Árbitro Único de fecha 20 de marzo de 2019 y que fue abonado por la empresa Cardio Perfusión EIRL durante el proceso arbitral,

Expediente Arbitral N° : 1046-2019
Demandante : Cardio Perusión EIRL
Demandado : Seguro Social de Salud –Red Asistencial Rebagliati
Contrato N° : 004-Licitación Pública N° 1507L00791

reconociéndose asimismo a favor del Contratista, los intereses legales que se generen a su favor hasta la fecha en que la Entidad haga efectivo el pago de este concepto.

SÉTIMO : Remítase al Organismo de Contrataciones del Estado - OSCE copia del presente Laudo Arbitral



Jhanett Victoria Sayas Orocaja
Árbitro Único