



ARBITRAJE INSTITUCIONAL

DILUM EIRL

con

CENARES

EXPEDIENTE N° 2107-2021-CEAR-CIES

LAUDO DE DERECHO

Marco Antonio Rodríguez Flores

Árbitro Único

Jorge Delgado Montebanco

Secretario Arbitral

Centro Arbitral de la Asociación Centro de Altos Estudios de Fomento y
Capacitación - CIES

Lima, 27 de enero de 2023.

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

Resolución N° 15

Lima, 27 de enero de 2023.

VISTOS

INFORMACIÓN PRELIMINAR

1. Antes de iniciar el resumen de las principales actuaciones practicadas en este arbitraje como el de las posiciones que DILUM EIRL y CENARES ¹ han presentado en esta instancia en atención a las controversias surgidas del Contrato N° 371-A-2021-CENARES/MINSA027686-2021-BN – “ADQUISICION DE EQUIPOS DE PROTECCION PERSONAL -EPP-000000” ² (en adelante El Contrato) conviene señalar lo siguiente:
2. La Cláusula Décimo Sexta de El Contrato, estableció que, en caso de existir controversias durante la etapa de ejecución contractual, éstas se resolverían en forma definitiva mediante arbitraje, de conformidad con lo dispuesto en la normatividad sobre contratación estatal a la fecha de firma de El Contrato.³
3. No obstante que en la mencionada clausula se señaló que el arbitraje sería ad-hoc, por acuerdo posterior, derivado de la petición arbitral y su contestación, las partes acordaron que sus controversias se resuelvan ante el centro de arbitraje de la Asociación Centro de Altos Estudios de Fomento y Capacitación - CIES (en adelante El Centro) con aplicación de sus reglamentos.

¹ En adelante Dilum o El Contratista, y Cenares o La Entidad.

² Contrato derivado a su vez de la Contratación Directa N° 45-2021-CENARES/MINSA.

³ TUO de la Ley N° 30225 aprobado por Decreto Supremo N° 082-2019-EF (en adelante La Ley) y su Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 344-2018-EF y modificatorias (en adelante el Reglamento de la Ley)

4. En tal sentido, en defecto del acuerdo de las partes y a pedido de Dilum, el Consejo Ejecutivo de El Centro designó como árbitro único para este arbitraje al abogado Marco Antonio Rodríguez Flores, quien aceptó la designación efectuada mediante carta presentada en su oportunidad.
5. Mediante Resolución N° 02 ⁴ el árbitro único se declaró válidamente instalado y fijó las Reglas del Proceso, las que, junto con las disposiciones contenidas en el Reglamento Arbitral de El Centro, son las que se aplicaron a este arbitraje.

POSICIÓN DE DILUM EN ESTE ARBITRAJE

6. Conforme a las reglas de este arbitraje, El Contratista presentó su demanda el 03 de diciembre de 2021 en la que solicitó lo siguiente:
 - i) Se declare que los vicios ocultos que señala Cenares, no se consideren como tales, conforme a lo que dispone el artículo 1504 del Código Civil (Entendiéndose a este pedido como la primera pretensión principal).
 - ii) Se declare, si existiese vicio oculto en la entrega, recepción y conformidad en la segunda entrega de 150,000 mandiles, que este no se dio y/o no es causa imputable a Dilum (Entendiéndose a este pedido como pretensión alternativa y/o subordinada a la primera pretensión principal)
 - iii) Si se ampara la pretensión alternativa a la primera pretensión principal, se declare que el plazo para cumplir con entregar los 150,000 mandiles sea de 8 meses con entregas parciales (Entendiéndose a este pedido como pretensión accesoria a la pretensión alternativa y/o subordinada).

⁴ Resolución consentida por ambas partes.

- iv) Se les reconozca las costas y costos del arbitraje (Entendiéndose a este pedido como segunda pretensión principal)
7. Dicho esto, El Contratista señala que, tras la firma de El Contrato,⁵ se obligaron a entregar los bienes contratados en dos entregas que recibieron la conformidad de la prestación y el pago dinerario respectivo.
8. Sin embargo – señala- varios meses después de la mencionada entrega su contraparte se percató que los mandiles que recibieron no correspondían a lo solicitado ni en talla ni en color. Dilum precisa que las observaciones se hicieron solamente a la segunda entrega ⁶.
9. De otro lado, manifiesta que el 03 de mayo de 2021, fecha en que entregó el segundo y último lote de prendas, la diligencia no la hizo su representante legal sino los señores Cristófer Augusto Jesús Soto Gonzales y Miguel Ángel Bautista Tolentino, confeccionistas de los mandiles a quienes se les dio dicho encargo.
10. Dilum, afirma también que Cenares tiene un protocolo de recepción de bienes que establece la forma en que estos son recibidos por dicha entidad. A pesar de ello, cuestiona la acción de La Entidad de no haber detectado la falla de los mandiles al momento de su entrega, es decir se entregaron en tiempo oportuno 1,500 cajas conteniendo dicha prenda, pero no hubo cuestionamiento al momento de su recepción sino hasta tres meses después cuando advierten que de esas 1,500, 1,470 cajas contenían mandiles con características diferentes a las solicitadas.
11. El Contratista también expresa que tomaron conocimiento de los denominados vicios ocultos el 04 y 06 de agosto de 2021 por medio telefónico, lo que generó una rápida respuesta a Cenares en el sentido que aquellos (los vicios ocultos) son atribuibles, no a Dilum, sino a los

⁵ Por el que se le pagaría la suma total de S/. 2,686,561.61 Soles y ejecutaría los trabajos en 200 días calendario

⁶ Con la primera entrega no existe controversia.

fabricantes /proveedores a quienes se le contrato para la confección y posterior entrega.

12. Sostienen también que, frente a lo ocurrido, tomaron las acciones legales contra los señores Cristófer Augusto Jesús Soto Gonzales y Miguel Ángel Bautista Tolentino, para que respondan entregando los mandiles con las características acordadas o reembolsando el dinero entregado para así cumplir con Cenares.
13. Exponen que en la carta del 10 de agosto de 2021 que enviaron a su contraparte, aceptaron la existencia de los vicios ocultos y manifestaron su voluntad de entregar los mandiles correctos, pero ya no en los plazos pactados en vista del perjuicio provocado por los fabricantes y del cual, como también La Entidad, se consideran víctimas.
14. Afirma Dilum que los vicios ocultos al ser ocasionados por agentes externos, diferentes de la empresa, constituyen una circunstancia exógena (sic) que justifica el pedido de entregar los mandiles en tiempo prudencial (sic), porque : i) fueron estafados por Cristófer Augusto Jesús Soto Gonzales y Miguel Ángel Bautista Tolentino; ii) el representante legal incurrió en gastos médicos para tratar la enfermedad de su madre y iii) les tomaría 3 meses cumplir con entregar los mandiles correctos de acuerdo a su flujo de caja y contratos con clientes (sic)
15. De otro lado, Dilum expresa a manera de fundamento jurídico de su posición que, las figuras de vicios ocultos y/o caso fortuito o fuerza mayor no se encuentran recogidas ni en La Ley ni en el Reglamento de la Ley, pero si en el Código Civil, artículo 1315, 1503, 1504.
16. En cuanto a la distribución de los gastos arbitrales que genere este proceso, expone que se debe seguir la regla general contenida en la ley de arbitraje (Decreto Legislativo N° 1071) es decir que la parte vencida sea quien los asuma y los pague íntegramente.

17. Finalmente ofrece como medios de prueba de su demanda los señalados en el acápite VII “Medios Probatorios y Anexos” que suman 09 documentales.
18. Es importante mencionar que tal como se mencionara más adelante, Cenares reconvino pidiendo que Dilum le pague la suma de S/. 1,366,000.00 Soles como contraprestación de lo convenido en El Contrato. Al respecto, El Contratista contestó brevemente y señaló que su contraparte ha omitido descontar del monto solicitado en su reconvención, la suma que equivale a la primera entrega de mandiles, y sobre la cual no existe controversia.
19. Agrega que los fundamentos de la reconvención serían “espejo” (sic) de los que se encuentran en la demanda por lo que se remiten a estos

POSICIÓN DE CENARES EN ESTE ARBITRAJE

20. La Entidad contestó la demanda mediante escrito del 03 de febrero de 2022 y en ella rechaza las pretensiones de su contraparte solicitando que se declaren infundadas.
21. La Entidad antes de responder a las pretensiones de su contraria, sostiene que el 19 de enero de 2021 se emitió la Orden de Compra N ° 122-2021 a fin sustentar la compra de 200,000 mandiles descartable no estériles de talla “L” y por el que se pagaría la suma de S/. 1,336,000.00 Soles.
22. Sostiene que la entrega de dichos mandiles se haría en dos momentos, el primero a los 7 días de recibida la mencionada Orden de Compra y por la cantidad de 50,000 y el segundo a los 15 días de aquella por una cantidad de 150,000 mandiles.
23. Menciona también que conforme a la cláusula decima de El Contrato, se encontraban dentro del plazo legal para detectar y reclamar los vicios ocultos. Asimismo, afirman que en mérito al estado de emergencia sanitaria

que se vivía en dicha época no era posible hacer una revisión individual y exhaustiva de cada mandil ya que existía urgencia de contar con ellos.

24. Exponen que la revisión aleatoria que hicieron cuando recibieron los mandiles fue positiva en cuanto a las características de cada mandil, motivo por el cual se otorgó a Dilum la conformidad de la prestación., pero que tras una revisión posterior se dieron cuenta de los defectos mencionados.
25. De otro lado, La Entidad expone que su contraparte estaba obligada a ejecutar sus obligaciones de forma diligente, es decir revisar las características técnicas de los mandiles, por lo que la afirmación de Dilum de que el vicio oculto no le es imputable, carece de fundamento, más aún si advierte de la demanda que delegó la obligación de entrega a los confeccionistas de los bienes.
26. Sostiene también que aun así exista relación contractual entre Dilum y sus proveedores, dicho vínculo se encuentra fuera del ámbito de El Contrato y no impide hacer el requerimiento a El Contratista.
27. Asimismo, Cenares indica que el hecho supuesto de que su contraparte ha sido engañada por los fabricantes de los mandiles, no califica como caso fortuito y/o fuerza mayor ya que no se acredita que haya existido, por ejemplo, supervisión en la entrega de los bienes. También señala, en relación con la mala situación financiera de la empresa, que esta circunstancia no se encuentra acreditada y no significa obstáculo para postergar el cumplimiento de su obligación.
28. En relación con los gastos arbitrales, sostiene que Dilum debe asumirlos en mérito a que es dicha empresa la causante (sic) del inicio de este arbitraje.
29. En la contestación de demanda, Cenares reconvino con la siguiente pretensión: “Que Dilum le reintegre la suma de S/. 1,336,000.00 Soles por las prestaciones derivadas de El Contrato”.

30. Como fundamento de su reconvención expone que mediante la Carta Notarial N° 907-2021-DG-CENARES/MINSA del 12 de agosto de 2021 y tras advertir la existencia de defectos en la segunda entrega de mandiles, le otorgó a Dilum 5 días hábiles a fin de que subsane la observación que se encontró, sin embargo, dicha empresa no cumplió con su obligación pese a haber admitido su responsabilidad.⁷
31. La Entidad expone también que, en mérito a lo dispuesto en el artículo 40 de La Ley y el numeral 1 del artículo 173 del Reglamento de la Ley, la recepción de los bienes adquiridos no enerva el derecho que tiene de reclamar posteriormente los defectos o vicios ocultos encontrados en el segundo lote de mandiles, más aún si conforme informa la Dirección de Adquisiciones, Dilum recibió el pago total de lo contratado, es decir la suma de S/. 1,336,000.00 Soles
32. La Entidad ofreció como medios de prueba de su contestación y su reconvención los mismos que ofreció su contraparte, así como las liquidaciones de pago que se mencionan en el rubro “Medios Probatorios” de la penúltima página del escrito de fecha 02 de febrero de 2022.

PRINCIPALES ACTUACIONES ARBITRALES

33. Como se mencionó anteriormente, en la audiencia celebrada el 11 de noviembre de 2021 de forma no presencial y a través de la plataforma Zoom,⁸ el árbitro único se instaló válidamente y se fijaron algunas reglas complementarias a las contenidas en el Reglamento de El Centro.
34. El 15 de julio de 2022 se celebró la audiencia de ilustración de hechos con participación de ambas partes. Dicha audiencia se llevó a cabo también de forma no presencial y quedó grabada en audio y video para posterior

⁷ Esta afirmación, según Cenares, estaría recogida en la Carta Notarial N° 005-2021-GG-DILUM del 10 de agosto de 2021.

⁸ En dicha sesión participaron ambas partes.

revisión quedando el archivo que se originó como parte integrante del expediente.

35. Mediante Resolución N° 12, el árbitro único fijó los puntos controvertidos de este arbitraje y además admitió los medios probatorios ofrecidos por ambas partes ⁹ no solo en la demanda, su contestación, reconvención y su contestación sino también los que Cenares presentó en los escritos del 15 de julio y 02 de agosto de 2022 y el que presentó Dilum en el escrito del 03 de agosto de 2022.

36. Mediante la Resolución N° 13 se otorgó a las partes el plazo de 10 días hábiles a fin de que presenten sus alegatos finales. Mediante la Resolución N° 14, el árbitro único cerró la instrucción del arbitraje y dejó constancia que sólo Cenares presentó su alegación final, sin solicitar que se celebre audiencia especial para recoger los informes orales.

37. Finalmente, mediante la misma Resolución el árbitro único fijó el plazo para laudar en 45 días hábiles, prorrogables por 10 días adicionales.¹⁰

FUNDAMENTACIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO QUE RESUELVE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

38. Después de haber resumido la posición presentada por las partes y las principales actuaciones arbitrales ejecutadas, corresponde resolver las controversias de fondo.

39. Antes de iniciar el análisis respectivo, conviene indicar lo siguiente: **i)** No existe cuestionamiento alguno, por las partes, al nombramiento y posterior competencia del árbitro único para resolver las controversias sometidas a este arbitraje. **ii)** el árbitro único se ha constituido conforme a lo dispuesto en la cláusula vigésima de El Contrato y posterior acuerdo derivado de la petición arbitral y su contestación **iii)** Existe sometimiento de las partes a resolver la(s) controversia(s) surgida(s) durante su vínculo contractual

⁹ Resolución consentida por ambas partes.

¹⁰ Resolución consentida por ambas partes.

mediante arbitraje institucional ante El Centro y conforme a las reglas contenidas en sus reglamentos, **iv)** Cada una de las partes tuvo oportunidad suficiente para exponer su posición en relación con las controversias surgidas durante la ejecución contractual, **v)** Las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar los medios probatorios que ofrecieron; **vi)** Las partes tuvieron firme oportunidad de presentar alegatos escritos e informar oralmente (en este último caso no lo solicitaron y consintieron que no se celebre una audiencia para tal efecto); **v)** el árbitro único expedirá el laudo dentro del plazo aceptado por las partes y señalado en el Reglamento Arbitral de El Centro.

40. De otro lado el árbitro único declara que ha revisado todos y cada uno de los medios probatorios admitidos y actuados en este arbitraje, los ha analizado y les ha adjudicado el mérito que les corresponde, aun cuando en el presente laudo no se haga mención expresa a alguno de ellos.

LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS.

41. Antes de iniciar el análisis que permita resolver las controversias, conviene mencionar cuales fueron las obligaciones contraídas por Dilum y además el objeto de su contratación.
42. Conforme se desprende de El Contrato, El Contratista convino con su contraparte en entregar un total de 200,000 mandiles no estériles de talla “L” a cambio de un pago total de S/. 1,366,000.00 Soles. Se convino que la entrega de tales bienes se haría en dos oportunidades o momentos,¹¹ la primera a los 7 días de recibida la Orden de Compra N° 122-2021 y la segunda a los 15 días.
43. Dicho esto, corresponde analizar los puntos controvertidos establecidos en la Resolución N° 12, análisis que se hará en forma conjunta.

¹¹ También se pactó que los mandiles se entregarían en el almacén de Cenares ubicado en Calle Los Eucalipto Santa Genoveva – Parcela 6, Lote 1-B, Lurín, en el horario de lunes a viernes de 8 am a 1 pm y de 2pm a 4 pm.

44. En primer lugar, habrá que dilucidar si los 150,000 mandiles entregados por Dilum en el segundo momento pactado con Cenares tienen los denominados vicios ocultos.¹² Entiéndase que estos son aquellos defectos no detectables a simple vista que impiden que sean utilizados por La Entidad.¹³
45. De la Orden de Servicio N° 122-2021 se advierte que los bienes que Dilum se obligó a entregar fueron mandiles descartables no estériles talla “L”, los que ciertamente entregó (en el segundo momento) en los almacenes de Cenares el 3 de mayo de 2021, tal como se desprende del Acta de Verificación Cuanti-Cualitativa y de la Guía de Remisión Electrónica N° EG01-76, de la misma fecha.
46. Sin embargo, se aprecia de la Carta 907-2021-DG.CENARES/MINSA del 12 de agosto de 2021 que La Entidad le informó a Dilum que no sólo entregó menos cantidad de mandiles por caja, sino que se entregaron mandiles de tallas diferentes a las solicitadas (M, S y XL) y de diferentes colores, otorgándole 05 días hábiles a fin de que entreguen los bienes solicitados.
47. Vencido dicho plazo sin que Dilum haya cumplido con el requerimiento, se advierte de la Carta 976-2021-DG.CENARES/MINSA del 03 de setiembre de 2021 que La Entidad le pidió nuevamente que entregue los mandiles correctos en 5 días hábiles ¹⁴
48. A pesar de los requerimientos antes mencionados se aprecia que hasta la fecha de inicio de este arbitraje Dilum no ha entregado los 150,000 mandiles correctos (que retiro previamente de los almacenes de Cenares) sino que ha reconocido, en la carta N° 005-2021-GG-DILUM del 10 de agosto de 2021, que los bienes que entregó el 03 de mayo de 2021 tenían los defectos que Cenares detectó.¹⁵

¹² Cabe indicar que no existe controversia en relación con la primera entrega de 50,000 mandiles

¹³ Hay que tomar en cuenta que ni La Ley ni el Reglamento de la Ley regulan lo que debe entenderse por vicios ocultos, por lo que corresponderá recurrir a las disposiciones del Código Civil que si los regula.

¹⁴ Esta es la segunda oportunidad en que Cenares le pidió a su contraparte cumpla con entregar los mandiles requeridos.

¹⁵ El reconocimiento de la existencia de vicios ocultos se lee también del considerando séptimo de la demanda: *“Hemos aceptado la existencia de los vicios ocultos, señalando que asumimos el compromiso en el contrato, es decir que vamos a cumplir con la entrega de los bienes.”* y también se desprende de la afirmación que Dilum hizo en la audiencia de ilustración de hechos celebrada el 15 de julio de 2022

49. Entonces, si El Contratista ha reconocido, no solo en la etapa de ejecución contractual, sino también en esta instancia arbitral, que los mandiles que entregó en el segundo momento, no tenían las características señaladas en la cláusula primera de El Contrato, en aplicación del axioma jurídico “*A confesión de parte relevo de pruebas*” queda establecido que los bienes entregados ciertamente tienen los vicios ocultos denunciados por La Entidad, razón por lo que corresponde declarar infundada la primera pretensión principal de Dilum.¹⁶
50. Cabe indicar que el artículo 1504 del código civil que sirve de sustento de Dilum para fundamentar su primera pretensión, si bien establece que no habrá vicios ocultos si el adquirente actuó con la diligencia exigible para un caso como este, queda relegado ante el reconocimiento expreso de Dilum de que aquellos si existen.
51. Dicho esto, corresponde determinar ahora si los defectos encontrados en los mandiles derivan de un caso fortuito o fuerza mayor (sic) tal como afirma Dilum. El Contratista argumenta que fueron estafados por los señores Cristofer Augusto Jesús Soto Gonzáles y Miguel Ángel Bautista Tolentino (personas ajenas a la empresa, pero encargados de la fabricación de los mandiles) y que tal circunstancia (la estafa) sería precisamente el caso fortuito o fuerza mayor que los liberaría de la responsabilidad a que se refiere la cláusula decima de El Contrato, a pesar de haber ofrecido reemplazar los bienes defectuosos por los correctos.
52. Hay que tener en cuenta que el artículo 40 de La Ley señala que, en los contratos de bienes y servicios, el contratista es responsable por la calidad ofrecida y *por los vicios ocultos* por un plazo no menor de un año contados a partir de la conformidad otorgada por la entidad.¹⁷

(tiempo: 1:00:13 de la grabación que originó dicha sesión) cuando indican que “*los bienes entregados por la empresa, formalmente, no son los bienes esperados por Cenares. Ese es un hecho real y concreto, no se va a negar, correcto. Existe un incumplimiento...*”

¹⁶ Con lo resuelto en este extremo, carece de objeto pronunciarse sobre otros de los argumentos que las partes expusieron en esta instancia y que esta referido al hecho de si Cenares siguió o no el protocolo que le sirve de guía para recibir e internar en sus almacenes los bienes de sus proveedores o que si La Entidad actuó o no con la diligencia que se requiere para estos casos.

¹⁷ En este caso, y en mérito de lo pactado en la cláusula decima de El Contrato la responsabilidad de Dilum por la existencia de vicios ocultos se extiende a 18 meses.

53. Esto significa que Dilum está obligado a responder por los defectos encontrados en los mandiles entregados el 03 de mayo de 2021, salvo que, conforme a las reglas del código civil ¹⁸ quede liberado de dicha responsabilidad.
54. Ahora bien, la estafa que Dilum menciona habría sufrido de los fabricantes de los mandiles, al haber entregado a Cenares una menor cantidad que la pactada y de una talla diferente a la requerida por Cenares, ¿califica como caso fortuito o fuerza mayor?
55. En opinión del árbitro único no califica ya que el hecho denunciado por Dilum como estafa no constituye el evento extraordinario, imprevisible e irresistible que se requiere para estos casos, ya que haber contratado a los fabricantes de los mandiles para que sean estos quienes los entreguen, debido a que su representante legal estuvo fuera del país el 03 de mayo de 2021, es un acto generado por el mismo Dilum.
56. Es decir, el pedido a Cristófer Augusto Jesús Soto Gonzales y Miguel Ángel Bautista Tolentino no es un evento o circunstancia extraña a la voluntad de Dilum.
57. En su caso, El Contratista debió verificar con dichas personas (antes de la entrega del segundo lote claro está) que los mandiles tengan las características pactadas con La Entidad (la más relevante la talla L en vez de la talla M encontrada posteriormente)
58. La falta de dicha diligencia ordinaria de verificación constituiría, en opinión del árbitro único, culpa leve de Dilum, sin embargo, se advierte de uno de los audios de WhatsApp aportados por El Contratista que el interlocutor menciona lo siguiente: *“ojo chicho que es en talla mediano, en talla mediano. los 150,000.....”* ¹⁹

¹⁸ Normas de aplicación supletoria a este caso ya que, como se mencionó anteriormente, ni La Ley ni el Reglamento de la Ley, regulan los supuestos de exclusión de responsabilidad por vicios ocultos.

¹⁹ Hay que mencionar que Dilum aportó como prueba una serie de archivos de audio rotulados como de Whatsapp en la que se escucha (en todos) una única voz masculina dirigiendo sus mensajes a la persona de Chicho (en la mayoría de estos) y Francisco (en los demás) que generan la convicción de que el destinatario de dichos mensajes es el representante de El Contratista Francisco Mezarina Tong. De dichos audios se desprende las coordinaciones que habrían hecho con Dilum para la confección y entrega de los

59. Con dicha información, el árbitro único tiene la convicción, que Dilum sabía que los mandiles entregados o por entregar serían de la talla M, ²⁰ precisamente la que detectó su contraparte como incorrecta al no ser la que aparece ni en El Contrato ni en la Orden de Servicio N° 122-2021, documentos que indican que los mandiles deben ser de talla L y de la marca Dilum.
60. Por tanto, El Contratista no podría sostener que la estafa de la que fue víctima constituye un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor, ya que como se ha expuesto no lo es. Mas bien a la luz de lo mencionado hasta aquí, la entrega defectuosa de los mandiles sería (al menos) producto de la culpa inexcusable de Dilum. ²¹
61. Dicho esto, y contrariamente a lo que pretende Dilum, el vicio oculto encontrado en los mandiles le es imputable, por lo que no puede quedar liberada de la responsabilidad que corresponde en estos casos. Por estos fundamentos corresponde declarar infundada la denominada Pretensión Alternativa y/o Subordinada a la Primera Pretensión Principal.
62. Ahora bien, y continuando con el análisis de los puntos controvertidos, toca determinar si corresponde o no ordenar a Dilum reponer los 150,000 mandiles defectuosos en el plazo de 8 meses y mediante entregas parciales.
63. En este extremo, hay que mencionar que Dilum ha reconocido la existencia de vicios ocultos en los 150,000 mandiles que entregó a Cenares el 03 de mayo de 2021 y además, tras lo expuesto en los considerandos anteriores, se ha determinado que aquellos le son imputables, por lo que le corresponde sanear dichos defectos.
64. Si bien la cláusula decima de El Contrato, el artículo 40.2 de La Ley y artículo 173 del Reglamento de la Ley señalan, en conjunto, que la

mandiles solicitados por Cenares. El audio del que se tomó el fragmento que en este considerando se menciona está etiquetado como *"WhatsApp Audio 2021-12-09 at 42124 PM(2)"* de 13 segundos de duración y que forma parte del expediente.

²⁰ No hay prueba aportada por Dilum que cuestione la afirmación del interlocutor contenido en el audio que se ha mencionado de que la talla a proveer es la L y no la M.

²¹ Artículo 1319 del Código Civil: "Incorre en culpa inexcusable quien por negligencia grave no ejecuta la obligación"

responsabilidad de los vicios ocultos en los bienes entregados es del contratista, cierto es que dichas disposiciones no establecen de qué manera el proveedor debe hacerse responsable, es decir no se indica de qué forma se sanean los defectos encontrados.

65. No obstante, se aprecia de la documentación que aparece en el expediente, pero en particular del Anexo 4 expedido por Dilum y denominado “Declaración Jurada de Compromiso de Canje y/o Reposición por Defectos Vicios Ocultos” que, en este caso, la forma de sanear los defectos hallados en los mandiles es reponerlos y hacerlo en el plazo máximo de 60 días calendario contados desde que su contraparte así lo requiera.

66. Se concluye entonces, en este extremo, que Dilum asumió el compromiso de reemplazarlos, compromiso aceptado por Cenares y que se verifica en los dos requerimientos de sustitución que le solicitó a través de las Cartas Notariales N° 907-2021-DG-CENARES/MINSA de fecha 12 de agosto del 2021 y N° 976-2021-DG-CENARES/MINSA de fecha 03 de setiembre de 2021.²²

²² De los requerimientos que Cenares hizo a Dilum, se observa, sin embargo, que el plazo que se le brindó no corresponde a lo convenido (se le otorgó 5 días hábiles, cuando correspondía 60 días calendario)



ANEXO N 4

DECLARACION JURADA DE COMPROMISO DE CANJE Y/O REPOSICION POR DEFECTOS VICIOS OCULTOS

Señores

CENTRO NACIONAL DE ABASTECIMIENTO DE RECURSOS ESTRATEGICOS EN SALUD

MANDIL DESCARTABLE ASEPTICO TALLA L"

REFERENCIA: OC 0000122 – 2021

Presente. -

De nuestra consideración,

Nos es grato llegar a ustedes, la presente Declaración Jurada de Compromiso de Canje y/o reposición por defectos o vicios ocultos en representación de la empresa DILUM EIRL los productos que se nos adjudiquen de nuestra propuesta presentada.

El canje será efectuado en caso de que el producto haya sufrido alteración de sus características físico-químicas sin causa atribuible al usuario o cualquier otro defecto o vicio oculto antes de su fecha de expiración. El producto canjeado tendrá fecha de expiración igual o mayor ala ofertada el proceso de selección, contada a partir de la fecha de entrega de canje.

El canje se efectuara a solo requerimiento de ustedes, en un plazo no mayor de 60 días calendarios, y no generara gastos adicionales a los pactados con vuestra entidad.

Atentamente,

FELIPE ANTONIO MEZARINA TONG
GERENTE GENERAL

(01) 489 7783 - 944 890 450 - 977 554 841

dilumimportB487@gmail.com

Av. Francisco Bolognesi 520 - Barranco

67. Entonces, la forma en que Dilum debe sanear los defectos que se encontraron en los mandiles es entregando nuevos, esta vez con las características convenidas con Cenares,²³ circunstancia que coincide con lo que pretende El Contratista en esta instancia, es decir proporcionar a La Entidad los bienes correctos.
68. Ahora bien, Dilum pretende también que la entrega de los mandiles se realice en el plazo de 8 meses y con entregas parciales. Fundamenta este extremo de su pedido debido a que fueron víctimas de estafa por parte de los confeccionistas de los bienes, que su representante legal incurrió en importantes gastos dinerarios para atender el estado de salud de un familiar directo y que conforme al flujo de caja y contratos con otros clientes no podrían atender la entrega antes de tres meses.
69. No obstante lo dicho, El Contratista no ha aportado prueba alguna que demuestre en esta instancia los gastos que hizo para atender el problema de salud del familiar del representante legal, tampoco ha presentado ningún flujo de caja, ni contratos con terceros, ni estados financieros y/o balances contables que demuestren la delicada situación económica – financiera que argumentan están atravesando.
70. Ante la carencia de medios probatorios en este extremo, el árbitro único no encuentra fundamento para acceder al pedido de Dilum de brindarle 8 meses para entregar los nuevos mandiles, si accediera a su sola solicitud, estaría fundamentando su decisión de forma arbitraria.
71. Ahora bien, ante esta situación ¿Cuál sería el plazo que tendría Dilum para reponer los mandiles afectados con los vicios ocultos revisados en esta instancia? Ciertamente conviene revisar nuevamente la Declaración Jurada que emitió El Contratista y que conforme a lo que señala el artículo 138 del

²³ Hay que mencionar que de los documentos que obran en el expediente (El Contrato y la Orden de Servicio N° 122-2021) solo se aprecia que los mandiles a entregar deben ser no estériles de la talla L y de la marca o etiquetado “Dilum”, no se desprende que aquellos deben ser de un color específico.

Reglamento de la Ley ²⁴ es un documento que establece obligaciones y/o compromisos para las partes (en este caso en cabeza de Dilum).

72. Dicho instrumento menciona claramente que, en caso de reposición de los mandiles, Dilum los cambiará *en el plazo máximo de 60 días calendario*. Esta declaración es importante ya que muestra, no solo la obligación asumida por El Contratista de cambiar los mandiles defectuosos, sino el compromiso con Cenares en cuanto al plazo para hacerlo, el que debe cumplirse en sus propios términos. Por tanto, dicho plazo debe ser el convenido por las partes durante la etapa de ejecución contractual e indicado en dicho instrumento, vale decir, los mencionados 60 días calendarios contados desde el día siguiente del requerimiento que realice Cenares, luego de notificado este laudo.

73. Por las razones antes expuestas corresponde declarar fundada en parte la denominada Pretensión Accesorio a la Pretensión Alternativa y/o Subordinada de Dilum.

74. Siguiendo el análisis de las controversias, atañe resolver ahora la denominada primera pretensión de la reconvención.

75. Con dicho pedido, Cenares pretende que su contraparte le pague la suma de S/. 1,366,000.00 soles en mérito a las prestaciones derivadas de El Contrato (sic)

76. La Entidad fundamenta su pedido en el hecho de que Dilum, pese a haber reconocido la existencia de vicios ocultos en los mandiles ²⁵ no ha cumplido con repararlos²⁶ hasta la fecha; con el agravante de que se le pagó el íntegro de lo pactado en la cláusula tercera de El Contrato.²⁷

²⁴ El Contrato está conformado por el documento que lo contiene, los documentos del procedimiento de selección que establezcan reglas definitivas, la oferta ganadora, *así como los documentos derivados del procedimiento de selección que establezcan obligaciones para las partes*.

²⁵ Carta Notarial N°005-2021-GG-DILUM del 10 de agosto del 2021.

²⁶ El sustento del pedido recae también en el hecho de no haberlo hecho no obstante haberle requerido en dos oportunidades que lo haga.

²⁷ Tal como se observa en las Liquidaciones de Pago N°69-2021-CADQD-CENARES/MINSA y N°1980-2021-CADQD-CENARES/MINSA.

77. Al respecto hay que mencionar que, conforme a la posición presentada por ambas partes en esta instancia y sus medios de prueba, las obligaciones de estas se habrían cumplido, es decir Dilum cumplió con entregar los 200,000 mandiles convenidos y Cenares cumplió con pagarles la suma de S/. 1,366,000.00 Soles.
78. El hecho que, del total de bienes entregados a Cenares se hayan retirado de sus almacenes 150,000 con ocasión de los defectos encontrados, no habilita a La Entidad a solicitar la devolución del dinero pagado (en este caso en su totalidad)²⁸ ya que el remedio convenido por ambos es que los mandiles fallados se repongan dentro de los 60 días calendario del pedido que haga Cenares y esto es precisamente lo que en este laudo se está ordenando.
79. Muestro de esto es que, luego de la entrega de todos los mandiles, La Entidad requirió, hasta en dos oportunidades, que Dilum los reponga sin que haya éxito hasta la fecha. Por tanto, si desde el inicio de la ejecución contractual, se convino en la reposición de los mandiles si estos tuviesen los defectos o vicios ocultos que finalmente se encontraron, es de esta manera como Dilum debe sanearlos y no devolviendo el dinero cobrado.
80. Hay que indicar que, si Dilum no cumple con reponer los mandiles en las condiciones anteriormente explicadas, en mérito de lo que dispone el artículo 40 de La Ley, Cenares podrá poner en conocimiento del Tribunal de Contrataciones del Estado esta circunstancia para las acciones que correspondan.
81. Si bien lo expuesto en el considerando anterior supone una acción legal que en principio no satisface los intereses de Cenares de tener en su poder los 150,000 mandiles correctos, pese a haber pagado íntegramente el precio convenido en la cláusula tercera de El Contrato, cierto es que podrá iniciar las acciones legales que su asesor legal determine.

²⁸ El argumento de Dilum al contestar la reconvenición de que Cenares hace mal en reclamar el 100% del precio convenido en El Contrato ya que la primera entrega de 50,000 mandiles no tuvo ningún cuestionamiento, es un fundamento válido ya que el reclamo dinerario de La Entidad, en este extremo, debió ser solo por la parte proporcional que toca a las 150,000 unidades defectuosas.

82. Dicho esto, entonces, corresponde declarar infundada la primera pretensión principal de la reconvención.

83. Finalmente cabe exponer que por mandato del artículo 56.2 y 57 del Reglamento Procesal de Arbitraje de El Centro, corresponde pronunciarse sobre quién y en qué proporción debe asumir los gastos arbitrales del presente arbitraje.²⁹

84. En el convenio arbitral las partes no han acordado respecto a la distribución de estos, y si bien El Contratista no ha visto amparada todas sus pretensiones principales, el árbitro único, en mérito a las facultades señaladas en los artículos 56.2 y 57 antes mencionados, conviene que sean las partes quienes asuman en igual proporción los gastos arbitrales finalmente liquidados por El Centro.³⁰

85. Asimismo, el árbitro único estima conveniente disponer que cada una de las partes asuma íntegramente los honorarios por concepto de defensa legal y cualquier otro concepto en los que hubiera incurrido o se hubieran comprometido a pagar en el futuro.

86. Por las razones antes expuestas, el Árbitro Único resuelve:

1. **DECLARAR INFUNDADA** LA PRIMERA PRETENSION PRINCIPAL DE DILUM.
2. **DECLARAR INFUNDADA** LA PRETENSION ALTERNATIVA Y/O SUBORDINADA A LA PRIMERA PRETENSION PRINCIPAL DE DILUM.
3. **DECLARAR FUNDADA EN PARTE** LA PRETENSION ACCESORIA A LA PRETENSION ALTERNATIVA Y/O SUBORDINADA DE DILUM, en consecuencia, ordeno que El Contratista entregue a Cenares nuevamente

²⁹ Con lo aquí mencionado se está atendiendo la segunda pretensión principal de Dilum.

³⁰ Hay que recordar que en mérito al pedido que en su momento hizo Cenares, El Centro hizo liquidaciones separadas para el pago de los gastos arbitrales, de tal manera que los practicados con ocasión de la demanda fueron pagados íntegramente por Dilum y los que fueron practicados con ocasión de la reconvención fueron pagados en su totalidad por Cenares.

los 150,000 mandiles descartables no estériles de la talla L y de la marca “Dilum”. El plazo máximo que tendrá Dilum para cumplir lo aquí ordenado será de 60 días calendario contados desde el día siguiente al requerimiento que haga Cenares, luego de notificado este laudo.

4. **DECLARAR INFUNDADA** LA SEGUNDA PRETENSION PRINCIPAL DE DILUM
5. **DECLARAR INFUNDADA** LA PRIMERA PRETENSION PRINCIPAL DE LA RECONVENCION.
6. **DISPONER QUE CADA PARTE** asuma en igual proporción los gastos arbitrales liquidados por El Centro. Además, dispóngase que cada una de las partes asuma y pague íntegramente los honorarios por concepto de defensa legal y cualquier otro concepto en los que hubieran incurrido o se hubieran comprometido a pagar en el futuro.

Notifíquese a las partes.



MARCO ANTONIO RODRIGUEZ FLORES

Árbitro Único