

CENTRO DE ARBITRAJE DE LA CÁMARA DE COMERCIO E INDUSTRIA DE AREQUIPA

EXPEDIENTE N° 007-2023-TA-CCIA

Demandante

EDIMARZA CONSTRUCTORA E INMOBILIARIA S.R.L. (En adelante, Edimarza,
Contratista o Demandante)

Demandada

SEGURO SOCIAL DE SALUD – ESSALUD (En adelante, ESSALUD, Entidad o
Demandada)

LAUDO PARCIAL

ÁRBITRO ÚNICO

Katty Mendoza Murgado

13 de octubre del 2023

AREQUIPA– PERÚ

Resolución N° 09

1. El presente constituye el laudo parcial, dictado el día 13 de octubre del 2023, por la Árbitro Único constituido para conocer el proceso arbitral seguido entre Edimarza Constructora e Inmobiliaria S.R.L. ("EDIMARZA", "Contratista" o la "Demandante") y Seguro Social de Salud ("ESSALUD" o la "Demandada"), seguido bajo el Expediente Arbitral N° 007-2023 del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de Arequipa. El objeto del presente laudo parcial es la solución de la excepción de Incompetencia deducida por ESSALUD respecto de la Primera Pretensión Principal, Pretensión Accesorio de la Primera Pretensión Principal, Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal, Pretensión Accesorio de la Primera Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal, Segunda Pretensión Principal y la Tercera Pretensión Principal de la demanda arbitral.

I. ANTECEDENTES

VISTOS:

i) Escrito con sumilla "Deduce Excepción de Competencia - Contesta Demanda Arbitral" de fecha 12 de julio del 2023, remitido por el SEGURO SOCIAL DE SALUD.

ii) Escrito con sumilla "Absuelvo traslado de excepción" de fecha 31 de julio de 2023 remitido por Edimarza Constructora e Inmobiliaria S.R.L.

2. En el presente apartado se resumen los principales aspectos contractuales y procesales del presente arbitraje.

II. SEDE Y TIPO DE ARBITRAJE

3. La sede del arbitraje es Arequipa-Perú, siendo este un arbitraje institucional, de derecho, regido por las leyes peruanas, y en idioma castellano.

III. APLICACIÓN DE NORMAS

4. Serán de aplicación al presente arbitraje, las reglas establecidas en el presente arbitraje, el Reglamento del Centro y el Decreto Legislativo N° 1071 (en adelante Ley de Arbitraje).
5. Sin perjuicio de ello, en casos de vacíos, la Árbitro Único queda facultada para establecer a su entera discreción las reglas pertinentes, previa notificación a las partes, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 34° de la Ley de Arbitraje.

6. En cuanto al fondo de la controversia será de aplicación la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Ley N° 30225, modificada por Decreto Supremo N.° 082-2019-EF, en adelante la Ley, y su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018, modificado por el Decreto Supremo N.° 250-2020-EF, en adelante el Reglamento.

PRIMERO: ANTECEDENTES

7. Que, mediante escrito de fecha 12 de julio del 2023, ESSALUD deduce Excepción de Competencia de la Árbitro Única para resolver las pretensiones de la demanda arbitral presentada por Edimarza de fecha 10 de junio de 2023.
8. Con fecha 31 de julio de 2023, Edimarza se pronuncia con relación a la excepción de competencia deducida por ESSALUD.

SEGUNDO: POSICIÓN DE LA ENTIDAD

9. El fundamento principal de la excepción de Incompetencia formulada por ESSALUD es que *"(...) las referidas pretensiones formuladas por EDIMARZA, versan estrictamente sobre actividades supuestamente prestadas a la ENTIDAD, sin existir un Contrato que obligue a las partes entre sí y, como consecuencia, la inexistencia de un convenio arbitral que someta a las partes a resolver sus controversias mediante arbitraje."*
10. Asimismo, refiere ESSALUD que, *"(...) la existencia de un convenio arbitral es crucial para que las partes puedan someter sus controversias derivadas de una relación jurídica contractual o no a un arbitraje, ello en tanto dicho convenio se plasma inequívocamente la voluntad de las partes."*
11. Refiere además que, *"(...) para el inicio de un proceso arbitral se necesita, en principio, la existencia de un convenio arbitral como señal inequívoca de la voluntad de las partes de querer someter a un arbitraje y, dentro de estas expresiones de voluntad, los alcances del referido convenio."*
12. Asimismo, indica que, *"(...) Estando al hecho innegable que no existe un convenio arbitral que sujete a ESSALUD, todas las actuaciones que se sigan dentro del presente proceso se encontrarían viciadas y conllevarían a la nulidad del posible laudo arbitral que pueda emitir la Árbitro Único, por haberse incurrido en las siguientes causales expresas:*

"Artículo 63.- Causales de anulación.

1. *El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe:*

a. Que el convenio arbitral es inexistente, nulo, anulable, inválido o ineficaz. (...)”

- 13.** Finalmente, solicita que sea declarada FUNDADA la excepción, en su debida oportunidad.

TERCERO: POSICIÓN DEL CONTRATISTA

- 14.** Por escrito de fecha 31 de julio del 2023, Edimarza absuelve el traslado, respecto a la excepción de incompetencia, solicitando se declare INFUNDADA, manifestando que, la posición de ESSALUD no tiene asidero legal y fáctico, siendo totalmente erróneo señalar que sus pretensiones no puedan ser sometidas a arbitraje.
- 15.** Edimarza refiere que la inexistencia del Contrato se enmarca como una de las controversias que puede surgir entre las partes. Ante ello, por simple lógica resulta cierto que no existe un convenio arbitral por la falta de Contrato. Empero, por esta circunstancia es que la disposición legal contenida en el artículo 45.1 de la LCE cumple con suplir o reemplazar la falta de convenio arbitral advertida por la inexistencia de contrato.
- 16.** Inclusive, agrega que el literal a) del inciso 226.2 del artículo 226° del Reglamento dispone lo siguiente: *“En los siguientes supuestos, el arbitraje es iniciado ante cualquier institución arbitral: a) Cuando no se ha incorporado un convenio arbitral expreso en el contrato. (...)”*. Por lo tanto, bajo el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (en adelante el RLCE) se concluye que la falta de un convenio arbitral no representa ni tampoco genera que las controversias surgidas entre las partes no sean arbitrables, sino todo lo contrario, la única consecuencia jurídica que se genera es que el arbitraje sea iniciado ante cualquier institución arbitral.
- 17.** Asimismo, Edimarza alega que los hechos que constituyen el presente caso se derivan de una contratación directa; en tal sentido, el literal b) del artículo 100° del RLCE referido a las condiciones para el empleo de la contratación directa, establecen que la Entidad contrata de manera inmediata los servicios en general; en consecuencia, dentro del plazo de veinte (20) días hábiles siguientes del inicio de la prestación del servicio, la Entidad regulariza aquella documentación referida a las actuaciones preparatorias, el informe o los informes que contienen el sustento técnico legal de la contratación directa, la resolución o acuerdo que la aprueba, así como el Contrato.
- 18.** Es así que esta última obligación legal de regularizar el Contrato no ha sido cumplida por ESSALUD, por lo tanto, este incumplimiento no puede servir como medio de defensa para evitar el desarrollo del presente arbitraje.

- 19.** Por consiguiente, si bien no existe y no se ha probado el referido convenio arbitral, esto es a causa evidente de la inexistencia del Contrato derivada de la negligencia de ESSALUD por no haber regularizado en su oportunidad la formalidad del Contrato por el servicio otorgado; en cuyo supuesto la norma ha previsto en el artículo 45.1 de la LCE, la facultad de poder acudir y accionar ante la jurisdicción arbitral cuando concurra la causal de controversia por inexistencia del Contrato.
- 20.** Finalmente, el Contratista solicita que se declare INFUNDADA la excepción por ausencia de convenio arbitral contra las pretensiones de la demanda.

CUARTO: POSICIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO

- 21.** Respecto a la excepción de incompetencia deducida es importante tener en cuenta que lo que se cuestiona a través de dicha cuestión previa es la existencia de vicios en la competencia de los árbitros, siendo procedente cuando se interpone la demanda por controversias que no pueden ser sometidas a arbitraje o que no han sido debidamente iniciadas de acuerdo con la normativa legal respectiva.
- 22.** El numeral 1 del artículo 41 de la Ley de Arbitraje consagra el principio Kompetenz - Kompetenz al establecer expresamente que los árbitros son los únicos competentes para decidir sobre su propia competencia. Así está establecido de la siguiente manera:

"El tribunal arbitral es el único competente para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones u objeciones al arbitraje relativas a la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del convenio arbitral o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia. Se encuentran comprendidas en este ámbito las excepciones por prescripción, caducidad, cosa juzgada y cualquier otra que tenga por objeto impedir la continuación de las actuaciones arbitrales."

- 23.** Atendiendo a lo antes dicho, se advierte que lo que cuestiona la excepción deducida por la Entidad es la arbitrabilidad objetiva; es decir, aquella que se refiere a las controversias que según el legislador pueden ser sometidas a solución mediante arbitraje, estableciendo así las materias en controversia que las partes deciden sean sometidas, conocidas y resueltas por los árbitros, es decir, la arbitrabilidad objetiva responde a la pregunta ¿Qué puede ser

sometido a arbitraje?¹. Para responder dicha interrogante, podemos identificar tres presupuestos trascendentales sobre la arbitrabilidad objetiva. En primer lugar, el principio de la autonomía de la voluntad prima como criterio para señalar que asuntos son susceptibles de arbitraje. En segundo lugar, el legislador de cada Estado puede señalar aspectos que no pueden ser sujeto a arbitraje. Finalmente, la inarbitrabilidad de un asunto dará lugar a la inaplicabilidad del laudo arbitral.

24. En el Perú, las materias que pueden ser sometidas a arbitraje se encuentran establecidas en el artículo 2º de la Ley de Arbitraje, el cual establece que, *“pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen”*.
25. En el presente caso, la excepción de incompetencia deducida por ESSALUD, se sustenta concretamente en que, esta Ábitro Único no puede emitir un pronunciamiento válido respecto de las pretensiones planteadas en la demanda presentada por Edimarza en la medida que no existe contrato, orden de compra u otro análogo que obligue a las partes entre sí y, como consecuencia, la inexistencia de un convenio arbitral que someta a las partes a resolver sus controversias a través de un arbitraje.
26. Así las cosas, es conveniente analizar los temas principales sobre los que gira el cuestionamiento de la Entidad con relación a las pretensiones planteadas por Edimarza.
27. Respecto al convenio arbitral, nuestra Ley de Arbitraje regula el contenido y forma del mismo, en su artículo 13, en los siguientes términos:

“Artículo 13.- Contenido y forma del convenio arbitral

1. El convenio arbitral es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza.

2. El convenio arbitral deberá constar por escrito. Podrá adoptar la forma de una cláusula incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.

¹ **RESTREPO SOTO**, Daniel “La arbitrabilidad objetiva en el Derecho de Arbitraje”. Vol. 5. Año 2014, pág. 63-80.

3. Se entenderá que el convenio arbitral es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio.

4. Se entenderá que el convenio arbitral consta por escrito cuando se cursa una comunicación electrónica y la información en ella consignada es accesible para su ulterior consulta. Por "comunicación electrónica" se entenderá toda comunicación que las partes hagan por medio de mensajes de datos. Por "mensaje de datos" se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax.

5. Se entenderá además que el convenio arbitral es escrito cuando esté consignado en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte, sin ser negada por la otra.

6. La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula de arbitraje constituye un convenio arbitral por escrito, siempre que dicha referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato. (...)" (Énfasis agregado)

28. Del mencionado dispositivo legal se desprende que, al ser el arbitraje una institución que se funda en la autonomía privada y la libertad contractual de las partes es mediante el convenio arbitral que los sujetos declaran libremente su voluntad de someter sus controversias a una jurisdicción extraordinaria y privada: el arbitraje, excluyendo por lo tanto la intervención de la jurisdicción del Poder Judicial.

29. Es el acuerdo de las partes (contenido en el convenio arbitral) el que constituye la partida de nacimiento del arbitraje, por lo que deberá entenderse que su sola celebración es requisito suficiente para arbitrar. En ese sentido, es importante destacar la autosuficiencia del convenio arbitral para arbitrar y la naturaleza contractual del mismo. En tal sentido, para que exista un convenio arbitral válido se requiere el consentimiento libre y voluntario de las partes al momento de pactarlo, porque sin convenio arbitral no habrá arbitraje.

30. También debemos tener presente que la normativa especial, se ajusta a lo prescrito en la Ley de Arbitraje previendo en sus artículos 223 y 226 del RLCE que, todas las controversias que surjan entre las partes con relación a un determinado contrato deben ser resueltas, entre otros, mediante arbitraje

institucional, y en este caso deberán encargar su administración a una institución arbitral. Veamos:

“Artículo 223.- Disposiciones generales

223.1 Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato se resuelven mediante conciliación, junta de resolución de disputas o arbitraje institucional, según corresponda y por acuerdo de las partes. (...).”

“Artículo 226.- Convenio arbitral

226.1. Cuando corresponda el arbitraje institucional, en el convenio arbitral las partes encomiendan la organización y administración del arbitraje a una institución arbitral.

226.2. En los siguientes supuestos, el arbitraje es iniciado ante cualquier institución arbitral:

a) Cuando no se ha incorporado un convenio arbitral expreso en el contrato” (Énfasis agregado).

31. Queda claro hasta aquí que, para que esta Ábitro Único pueda contar con competencia para pronunciarse sobre las materias sometidas a su conocimiento, requiere que, de forma previa, se haya celebrado entre las partes un contrato, el mismo que debe contener un convenio arbitral; en otras palabras, si es necesaria la existencia de un contrato que contenga un convenio arbitral para que este Ábitro Único pueda ser competente para pronunciarse sobre las pretensiones formuladas por la parte accionante. Sin embargo, es importante destacar que, en el presente caso, dada la aplicación de la normativa de contratación con el Estado, queda claro que, por disposición legal, todas las controversias que surjan entre las partes producto del Contrato celebrado son sometidas a conciliación y/o arbitraje, ya que por disposición legal se considera incorporada a los contratos la cláusula que obliga al arbitraje institucional como mecanismo de solución de controversias.

32. Respecto al perfeccionamiento de un contrato, el artículo 137 del RLCE, señala que:

“Artículo 137. Perfeccionamiento del contrato

137.1. El contrato se perfecciona con la suscripción del documento que lo contiene, salvo en los contratos derivados de procedimientos de Subasta Inversa Electrónica y Adjudicación Simplificada para bienes y servicios en general, en los que el contrato se puede perfeccionar con la recepción de la orden de compra o de servicios, conforme a lo previsto

en los documentos del procedimiento de selección, siempre que el monto del valor estimado no supere los Cien Mil con 00/100 Soles (S/ 100 000,00). (...)".

- 33.** Es decir, conforme al citado artículo, tenemos que, en aquellos procedimientos de selección distintos al de comparación de precios, la normativa contempla que la formalidad para el perfeccionamiento contractual es la suscripción del documento que contiene dicho documento; no obstante, establece algunos supuestos en los que –en atención a diferentes criterios tales como la cuantía, el procedimiento de selección, la forma de agrupamiento del objeto contractual o el método de contratación empleado en cada proceso de contratación– el contrato también puede perfeccionarse con la recepción de la orden de compra o de servicio, siempre que el monto del valor estimado no supere los Cien Mil con 00/100 Soles (S/ 100 000,00).
- 34.** Esa es la regla general, sin embargo, tratándose el presente caso de una controversia, en la que la parte Demandante alega que se ha tratado de una contratación directa, corresponde revisar lo dispuesto por el artículo 27° de la LCE, en el cual señalan que dichas contrataciones deben ser aprobadas, según corresponda, mediante resolución del titular de la Entidad, acuerdo de Consejo Regional, acuerdo de Concejo Municipal o acuerdo de Directorio cuando se trate de empresas del Estado, observando el procedimiento previsto en el artículo 101° del RLCE. Los contratos que se celebren como consecuencia de las contrataciones directas cumplen con los requisitos, condiciones, formalidades, exigencias y garantías establecidos en la LCE y el RLCE, salvo con lo previsto en el artículo 141° del RLCE.
- 35.** Atendiendo a lo antes señalado, es que en la Opinión N° 105-2021/DTN, se establece que:
- "Los contratos que deriven del procedimiento de selección de Contratación Directa deben perfeccionarse con la suscripción del documento que lo contiene, salvo que la contratación se enmarque en alguno de los supuestos previstos en los numerales 137.1 y 137.2 del artículo 137 del Reglamento que permiten el perfeccionamiento contractual mediante recepción de la orden de compra o de servicios."
- 36.** Así las cosas, de lo anteriormente citado, se desprende que, en los procedimientos de contratación directa también es necesario el perfeccionamiento del contrato a través de la suscripción del documento que lo contiene o con la recepción de una orden de compra o de servicios

siempre y cuando el valor estimado no supere los Cien Mil con 00/100 Soles (S/ 100 000,00).

37. Sin embargo, en el presente caso, tenemos una particularidad y está radica en el tipo de contratación que ha generado la ejecución del servicio, pues el Demandante alega que se trata de una contratación directa por emergencia; es decir, conforme al literal b) del artículo 27.1 de la LCE, según el cual:

"Excepcionalmente, las Entidades pueden contratar directamente con un determinado proveedor en los siguientes supuestos:

(...)

b) Ante una situación de emergencia derivada de acontecimientos catastróficos, situaciones que afecten la defensa o seguridad nacional, situaciones que supongan el grave peligro de que ocurra alguno de los supuestos anteriores, o de una emergencia sanitaria declarada por el ente rector del sistema nacional de salud",

38. Por su parte, el literal b) del artículo 100 del RLCE establece que:

*"En dichas situaciones [contratación directa por emergencia], **la Entidad contrata de manera inmediata los bienes, servicios en general**, consultorías u obras estrictamente necesarios, tanto para prevenir los efectos del evento próximo a producirse, como para atender los requerimientos generados como consecuencia directa del evento producido, **sin sujetarse a los requisitos formales de la presente norma.***

*Como máximo, dentro del plazo de diez (10) días hábiles siguientes de efectuada la entrega del bien, o la primera entrega en el caso de suministros o del inicio de la prestación del servicio, o del inicio de la ejecución de la obra, **la Entidad regulariza aquella documentación referida las actuaciones preparatorias, el informe o los informes que contienen el sustento técnico legal de la Contratación Directa, la resolución o acuerdo que la aprueba, así como el contrato y sus requisitos, que a la fecha de la contratación no haya sido elaborada, aprobada o suscrita, según corresponda;** debiendo en el mismo plazo registrar y publicar en el SEACE los informes y la resolución o acuerdos antes mencionados. Para la regularización de la garantía, el plazo puede ampliarse por diez (10) días adicionales." (Énfasis agregado)*

39. En este punto es importante remitirse a lo que nuestra normativa de contratación pública describo como "Contrato"; así el Anexo 1 "Definiciones" del RLCE, lo describe como el acuerdo para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica dentro de los alcances de dicha normativa. Es decir, tomando en cuenta el concepto de contrato dispuesto en la normativa de la especialidad y las particularidades de una contratación directa por emergencia, se tiene que, en este tipo de contrataciones, se permite a la Entidad contratar sin necesidad de llevar a cabo o cumplir la etapa de actuaciones preparatorias y procedimiento de selección. Es decir, en una contratación directa por situación de emergencia, el contrato existe desde el momento en que la Entidad comunica la aceptación de la oferta al proveedor de la misma.
40. En esa línea, diferentes opiniones emitidas por la Dirección Técnica Normativa del OSCE han señalado lo siguiente:

*"Debe reiterarse que la **contratación directa por causal de situación de emergencia es el único caso en que la normativa de contrataciones del Estado permite que puede contratarse y luego regularizarse; es decir, el contrato se genera, motivo por el cual el Contratista comienza a ejecutar las prestaciones a su cargo, y luego se regulariza** —de ser el caso— la suscripción del contrato.*

(...)

*Ahora bien, **el acuerdo antes mencionado implica la concurrencia de la voluntad de la Entidad y la del proveedor.** Al respecto cabe anotar que, por regla general, para concretar esta concurrencia, esto es, para llegar a celebrar el contrato, ambos deben observar un conjunto de requisitos y formalidades predeterminados por la normativa de Contrataciones del Estado pues —a diferencia de lo que ocurre en la contratación entre privados— en los contratos públicos no resulta aplicable el principio de autonomía privada, del cual se deriva la posibilidad de autorreglamentación de intereses.*

***No obstante, la contratación directa por situación de emergencia, se constituye en una excepción a la regla antes expuesta, pues la Ley habilita a la Entidad a formar el acuerdo (es decir, a contratar) sin ceñirse a los requisitos** que "ordinariamente" exige la normativa de Contrataciones del Estado para estos efectos.*

Siendo así, **se puede afirmar que, en una contratación directa por situación de emergencia, el contrato existirá desde el momento en que concurra, de un lado, la voluntad del proveedor (oferta) y, de otro, la aceptación de la Entidad, no siendo necesario que se observe –en dicho momento- los requisitos formales que “ordinariamente” exige la normativa de Contrataciones Estado**². (Énfasis agregado)

41. En ese mismo sentido, la Opinión N° 031-2022/DTN respecto a la contratación directa por emergencia, concluyó lo siguiente:

“(…) la contratación directa por situación de emergencia se constituye en una excepción a la regla general, pues la Ley habilita a la Entidad a formar el acuerdo (es decir, a contratar) sin ceñirse a los requisitos que “ordinariamente” exige la normativa de Contrataciones del Estado para estos efectos; así, se puede afirmar que, en una contratación directa por situación de emergencia, el contrato existirá desde el momento en que concurra, de un lado, la voluntad del proveedor (oferta) y, de otro, la aceptación de la Entidad, no siendo necesario que se observe –en dicho momento- los requisitos formales que “ordinariamente” exige la normativa de Contrataciones Estado”. (Énfasis agregado)

42. En la misma línea, el Tribunal de Contrataciones del Estado ha señalado que:

“Respecto de las disposiciones antes referidas, se advierte que la contratación directa por situación de emergencia constituye un método de contratación que, por las circunstancias que la justifica, se lleva a cabo, por autorización legal, sin seguir un procedimiento competitivo, en razón a la inmediatez que la situación amerita, aunado a que, para esta causal, las exigencias formales que son propias de los procedimiento de selección de naturaleza competitiva se regularizan con posterioridad a la contratación, que incluye los actos de ejecución contractual.

(…) puede concluirse que, en una contratación directa por situación de emergencia, el contrato existe desde el momento en que concurre la voluntad de contratar del proveedor (oferta) y de la entidad (aceptación de la oferta), no resultando necesario, al menos en dicha oportunidad, el cumplimiento de

² Opinión N° 082-2022/DTN, siguiendo el criterio establecido en la Opinión N° 120-2020-DTN, y 031-2022-DTN.

los requisitos formales que usualmente exige la normativa de contratación pública, al encontrarnos en un régimen excepcional de contratación, que obedece o se sustenta en razones de acción inmediata por la emergencia invocada. Resulta necesario recalcar que, si bien en una contratación directa por situación de emergencia para el perfeccionamiento del contrato no es necesario cumplir con los requisitos formales que exige la normativa, el literal b) del artículo 100 del Reglamento señala que, con posterioridad a dicha celebración de la relación contractual, es necesario regularizar la documentación vinculada con la contratación realizada”³. (Énfasis agregado)

- 43.** Así las cosas, la normativa de contratación pública autoriza a las Entidades a contratar directamente (fuente de obligaciones) y luego regularizar las actuaciones correspondientes a la fase de actos preparatorios, así como la concerniente al contrato y sus requisitos. Es decir, se afirma la existencia de un vínculo contractual previo a la regularización de las actuaciones preparatorias y del cumplimiento de los requisitos y formalidades para el perfeccionamiento del contrato, sin embargo, también se precisa que será necesario exista un vínculo contractual, es decir, una oferta aceptada por la Entidad que permita la ejecución del contrato de manera previa a su respectiva regularización.
- 44.** Sobre el particular, de la revisión de los medios probatorios aportados, fluye que el 26 de mayo de 2021, con la participación de funcionarios de ESSALUD y de Edimarza, se suscribió el Acta de Inicio de Servicio de “Mantenimiento de Infraestructura y Rehabilitación Complementaria en los ambientes de hospitalización COVID 19 del HNCASE en la Villa Cerro Julio en el marco del estado de emergencia en la Red Asistencia Arequipa – ESSALUD”. Así se desprende expresamente de dicho documento:

³ Resolución N° 2638-2023-TCE-S1.

"ACTA DE INICIO DE SERVICIO"

Siendo las 8.00 a.m. horas del día 26 de Mayo del año 2021, se constituyeron en el lugar donde se ejecutará el servicio de **"MANTENIMIENTO DE INFRAESTRUCTURA Y REHABILITACIÓN COMPLEMENTARIA EN LOS AMBIENTES DE HOSPITALIZACIÓN COVID 19 DEL HNCASE EN LA VILLA CERRO JULI EN EL MARCO DEL ESTADO DE EMERGENCIA EN LA RED ASISTENCIAL AREQUIPA - ESSALUD."**

Los representantes del Seguro Social de Salud – EsSalud

Lic. Edinson Llampen Neciosup
Arq. Justo Obando Sánchez
Arq. Daniel Monge Acosta
Ing. Jean Pierre Documet Cambero

Jefe de la Oficina de Administración.
Jefe de la Oficina de Ingeniería Hospitalaria
Supervisor del Servicio
Supervisor del Servicio

Y por parte de la empresa contratista:

Arq. Edwin Caso Arapa

Representante Legal de Edimarza Constructora e Inmobiliaria S.R.L.

Para proceder a dar inicio a la ejecución del servicio de **"SERVICIO DE MANTENIMIENTO INFRAESTRUCTURA Y REHABILITACIÓN COMPLEMENTARIA EN LOS AMBIENTES DE HOSPITALIZACIÓN COVID 19 DEL HNCASE EN LA VILLA CERRO JULI EN EL MARCO DEL ESTADO DE EMERGENCIA EN LA RED ASISTENCIAL AREQUIPA-ESSALUD"**.
Estando de acuerdo con la presente acta proceden a firmar en señal de conformidad.

45. Obra también en los documentos aportados que, con fecha 23 de julio de 2021, la Entidad invitó al Contratista a cotizar a efectos de brindar el servicio de "Mantenimiento de Infraestructura y Rehabilitación Complementaria en los ambientes de hospitalización COVID 19 del HNCASE en la Villa Cerro Julio en el marco del estado de emergencia en la Red Asistencia Arequipa – ESSALUD". En dicho correo la Entidad remitió las condiciones de contratación:

INVITACION A COTIZAR SERVICIO DE MANTENIMIENTO INFRAESTRUCTURA Y REHABILITACIÓN COMPLEMENTARIA EN LOS AMBIENTES DE HOSPITALIZACIÓN COVID 19 DEL HNCASE EN LA VILLA CERRO JULI EN EL MARCO DEL ESTADO DE EMERGENCIA EN LA RED ASISTENCIAL AREQUIPA –ESSALUD

← **Abrir con** ▼

Reenvió este mensaje el Vie 4/03/2022 10:23.

AREQUIPA ESSALUD <cotizacionesessaludarequipa10@gmail.com>
Para: Usted; CEIAQP.EIRL@gmail.com; conintec21@gmail.com; luzdrywall@gmail.c Vie 23/07/2021 10:55

Solicitud%20de%20cotizació... 14 KB
DECLARACIÓN JURADA DE C... 14 KB
INVITACION.docx 14 KB
DECLARA PERSONAS NATUR... 46 KB
MANTENIMIENTO DE INFRA... 4 MB

3 archivos adjuntos (4 MB) Guardar todo en OneDrive Descargar todo

Señores
Proveedores

Asunto: Invitación a Cotizar para contratar con EsSalud – Arequipa

De nuestra especial consideración:

Por medio del presente me dirijo a usted, a fin de cursarle la presente Invitación para que nos remita su mejor propuesta económica, incluyendo gastos e impuestos de ley, para la contratación del **SERVICIO DE MANTENIMIENTO INFRAESTRUCTURA Y REHABILITACIÓN COMPLEMENTARIA EN LOS AMBIENTES DE HOSPITALIZACIÓN COVID 19 DEL HNCASE EN LA VILLA CERRO JULI EN EL MARCO DEL ESTADO DE EMERGENCIA EN LA RED ASISTENCIAL AREQUIPA – ESSALUD-**, para lo cual agradeceré considerar los anexos adjuntos:

- Términos de referencia (archivo adjunto)
- Formato para cotizar (archivo adjunto) **FIRMADO**
- Declaración Jurada de Cumplimiento de los Requerimientos Técnicos Mínimos (archivo adjunto) **FIRMADO**
- Declaración de persona natural o Jurídica según corresponda

.REQUISITOS DE CALIFICACION Y EVALUACION

De considerarlo pertinente, le agradeceré remita sus sugerencias respecto la posibilidad de mejorar el alcance del requerimiento, toda vez que nos encontramos realizando la indagación de mercado. Asimismo, su colaboración será tomada en cuenta para la actualización de la Base de Datos que administra esta Unidad para futuros requerimientos similares.

En tal sentido, agradeceré a ustedes remitir su Cotización y Declaración Jurada de Cumplimiento de los Requerimientos Técnicos Mínimos en un plazo de 02 días, vía electrónica

Responder Responder a todos Reenviar

FUBEN BOLIVAR CALLATA
NOTARIO DE AREQUIPA

46. Ante ello, en la misma fecha, el Contratista cumplió con remitir su oferta a la invitación cursada a la Entidad. Así se desprende del respectivo correo:



47. Dichos documentos no han sido cuestionados probatoriamente por la Entidad, con lo que se evidencia que el servicio ejecutado por el Contratista, conforme esta parte reconoce en su escrito de demanda, se ejecutó desde el 26 de mayo de 2021 hasta fines del mes junio de 2021, es decir, con fecha previa a la invitación de cotizar y la oferta planteada por Edimarza (ambas del 23 de julio de 2021), siendo estas últimas comunicaciones básicas para que se configure el vínculo contractual que en el caso de contrataciones directas por emergencia es suficiente para que se confirme la existencia de un vínculo contractual.
48. Ante ese escenario y sin perjuicio de la ejecución del servicio que se reclama, lo cierto es que, de los documentos aportados, lo que se desprende es que a la fecha de ejecución del servicio no existía vínculo contractual entre las partes, pues el mismo se dio recién con fecha 23 de julio de 2021, es decir, de manera posterior a la ejecución del servicio. Así las cosas, es importante para esta Ábitro Único, dejar constancia que lo que se

analiza en esta excepción es la existencia o no de un vínculo contractual que permita ejercer la competencia arbitral conforme a ley. Sin embargo, y sin perjuicio de que se trate de una contratación directa por emergencia, conforme se puede desprender de la revisión de Nota N° 837-OA-JOA-GRAAR-ESSALUD-2022 aportada a este proceso y que no ha sido cuestionada por la Entidad, lo cierto es que para que exista competencia arbitral es necesario confirmar la existencia de un vínculo contractual, el mismo que en el presente caso, a la fecha de inicio del servicio no existía.

49. Así las cosas, esta Ábitro Único considera que carece de competencia para revisar las pretensiones planteadas por Edimarza y, en consecuencia, corresponde declarar fundada la excepción de competencia deducida por ESSALUD en todos sus extremos.

VIGÉSIMO: RESPECTO A LOS GASTOS ARBITRALES

50. En la medida que esta decisión arbitral, implica la conclusión del arbitraje, es necesario que exista un pronunciamiento respecto a la asunción de los gastos arbitrales.
51. En ese sentido, la distribución de los costos del arbitraje, conforme a lo dispuesto en el artículo 70 y 73 del Decreto Legislativo N° 1071, Ley que norma el Arbitraje, el cual se aplica de manera supletoria, se establece lo siguiente:

“Artículo 70°.- Costos.

El Tribunal Arbitral fijará en el laudo los costos del arbitraje. Los costos del arbitraje comprenden:

- 1.- Los honorarios y gastos del tribunal arbitral.*
- 2.- Los honorarios y gastos del secretario.*
- 3.- Los gastos administrativos de la institución arbitral.*
- 4.- Los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral.*
- 5.- Los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje.*
- 6.- Los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales”.*

52. Carolina De Trazegnies Thorne, comentando el artículo 70° de LA LEY DE ARBITRAJE, señala:

“Los costos del arbitraje pueden ser clasificados en dos grandes categorías generales. En primer lugar, los costos del procedimiento arbitral o los costos del arbitraje ‘propriadamente dichos’. Estos incluyen

los honorarios y gastos de los árbitros, los costos administrativos de la institución arbitral u honorarios del secretario, los costos de la Entidad nominadora, si la hubiera, y los costos de los peritos designados de oficio por el tribunal arbitral. En segundo lugar, pueden identificarse los gastos de defensa de las partes, es decir, los gastos en que cada parte tuvo que incurrir para presentar su caso ante el tribunal arbitral. Mediante este listado, el artículo 70° ha incorporado como costos del arbitraje, sujetos a las reglas contenidas en el artículo 73°, a ambas categorías. Los conceptos contemplados en los incisos (a) (b) (c) y (d) constituyen costos del procedimiento arbitral o costos del arbitraje 'propriadamente dichos', mientras que el inciso (e) se refiere a los gastos de defensa incurridos por las partes (...)".

- 53.** Asimismo, es conveniente tener en cuenta lo previsto sobre los costos del arbitraje en el artículo 73° de la Ley de Arbitraje que establece lo siguiente:

"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. (...)".

- 54.** Por tanto, en adición a lo antes expuesto, queda claro que los costos incluyen (i) los honorarios y gastos de la Árbitro Único; (ii) los honorarios y gastos del secretario; (iii) los gastos administrativos de la institución arbitral; (iv) los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por la Árbitro Único; (v) los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje; (vi) los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales.
- 55.** Asimismo, conforme a los artículos señalados, debe tomarse en cuenta que la norma legal establece que, si el convenio arbitral no contiene pacto alguno sobre los gastos, la Árbitro Único se pronunciará en el laudo arbitral sobre la condena o exoneración. En atención a ello, la Árbitro Único podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.
- 56.** En el presente caso no se ha establecido pacto alguno acerca de los costos y costas del arbitraje. Atendiendo a esta situación y a que con la presente decisión se dará por terminado el arbitraje, corresponde que la Árbitro Único se pronuncie sobre este tema de manera discrecional y apelando a su debida prudencia.

57. Así, y tomado en consideración los hechos y razones expuestas, en las que se ha concluido que sin perjuicio de la razonabilidad o no de las pretensiones planteadas, la no existencia de un contrato o vínculo contractual durante la ejecución del servicio genera la falta de competencia de esta Ábitro Único, la misma que le impide revisar la procedencia o no de las pretensiones reclamadas, sin embargo, han existido situaciones relevantes que han generado que el Contratista inicie el presente arbitraje, como la suscripción del Acta de Inicio de Servicio. Asimismo, en cuanto a la conducta procesal, se tiene también que el Seguro Social de Salud - ESSALUD no cumplió con asumir los gastos arbitrales a su cargo, asumiendo el Contratista el 100% de ello. Por estas razones, esta Ábitro Único estima que los costos incurridos como consecuencia del presente arbitraje, por concepto de honorarios arbitrales y gastos administrativos, deban ser asumidos de manera proporcional por ambas partes. Ante ello, habiendo el Contratista asumido el 100% de los gastos arbitrales, como sigue:

	HONORARIOS DE LA ÁBITRO ÚNICO MÁS IMPUESTO A LA RENTA - IR	GASTOS DE ADMINISTRACIÓN DEL CENTRO MÁS IGV
EDIMARZA CONSTRUCTORA E INMOBILIARIA S.R.L. ASUMIÓ LA INTEGRIDAD DE LOS GASTOS ARBITRALES	S/ 12,364.98	S/11,434.97
TOTAL	S/23,799.95	

58. Por tanto, corresponde que la Entidad devuelva al Contratista la suma de S/ 11,899.975 (Once mil ochocientos noventa y nueve con novecientos setenta y cinco) más impuestos por los honorarios asumidos en su integridad por el Contratista. Sin perjuicio de ello, los costos por servicios legales y otros incurridos con ocasión del presente arbitraje, deben ser asumidos por cada parte, según corresponda.

PARTE RESOLUTIVA

La Ábitro Único deja constancia que para la expedición de este laudo parcial ha analizado todos los argumentos de defensa expuestos por las partes y ha examinado cada una de las pruebas aportadas por éstas de acuerdo a las reglas de la sana crítica y al principio de libre valoración de la prueba y que el sentido de su decisión es el resultado de ese análisis y de su convicción sobre la controversia, al margen de que algunas pruebas presentadas o actuadas y algunos de los argumentos esgrimidos por las partes no hayan sido expresamente citados en el

presente laudo, habiendo tenido también presente durante la tramitación de todo este proceso arbitral y en las expediciones de este laudo, los principios que orientan y ordenan todo arbitraje y que fueron consignados en la Resolución N° 3, donde se aprobaron las reglas del presente arbitraje.

Así, por las consideraciones expuestas, de conformidad con la Resolución N° 3 donde se aprobaron las reglas del presente arbitraje y las disposiciones pertinentes de la Ley de Arbitraje, la Ábitro Único, dentro de plazo correspondiente, en Derecho, **LAUDA:**

PRIMERO: Declarar **FUNDADA** la excepción de competencia presentada por el Seguro Social de Salud – ESSALUD, deducida mediante escrito de fecha 12 de julio del 2023, respecto de la Primera Pretensión Principal, su Primera Pretensión Accesorio, su Primera Pretensión Subordinada, la Pretensión Accesorio de la Primera Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal y la Segunda Pretensión Principal de la demanda arbitral.

SEGUNDO: DISPONER que los gastos arbitrales, que comprenden los honorarios de la Ábitro Único y los gastos administrativos del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de Arequipa, los cuales ascienden a la suma de **S/23,799.95 (Veintitrés mil setecientos noventa y nueve con noventa y cinco)**, sean asumidos proporcionalmente por ambas partes y; en consecuencia, corresponde ordenar a SEGURO SOCIAL DE SALUD - ESSALUD que reembolse a EDIMARZA CONSTRUCTORA E INMOBILIARIA S.R.L. la suma de **S/ 11,899.975 (Once mil ochocientos noventa y nueve con novecientos setenta y cinco)**, que equivalen a los pagos realizados por EDIMARZA CONSTRUCTORA E INMOBILIARIA S.R.L. vía subrogación. Fuera de esos conceptos, corresponde disponer que cada parte asuma directamente los costos en que incurrió o prometió pagar como consecuencia del presente arbitraje.



KATTY MENDOZA MURGADO
Ábitro