

## LAUDO ARBITRAL

Lima, 16 de Julio de 2012

**Demandante: Roca S.A.C.**

**Demandado: Gobierno Regional de Moquegua**

**Expediente No S-047-2010**

**Contrato: Orden de Compra No 2538**

### VISTOS:

**PRIMERO:** Con fecha 18 de Mayo de 2010, Roca interpone demanda contra el Gobierno Regional de Moquegua con el siguiente petitorio:

- **Pretensión Principal:**

Declare la nulidad o, en su defecto, revoque la Resolución de la Orden de Compra emitida por la Entidad y, en esa medida, le ordene su cumplimiento, incluyendo la recepción y conformidad de los bienes cuya entrega constituye el objeto de la misma.

- **Primera Pretensión Accesoría a la Pretensión Principal**

Como consecuencia de declararse fundada la Pretensión Principal, ordene a la Entidad el pago a favor de Roca de una indemnización por daños y perjuicios ocasionados.

- **Segunda Pretensión Accesoría a la Pretensión Principal**

Como consecuencia de declararse fundada la Pretensión Principal, condene a la Entidad al pago a favor de Roca de los costos arbitrales del presente proceso.

  
JUAN CARLOS BENVENENTE PEREIRA  
ABOGADO  
Reg. CAL. 22229

- **Primera Pretensión Subordinada:**

En el supuesto negado que se desestime la Pretensión Principal, declare la Resolución de la Contrato por causal imputable a la Entidad.

- **Primera Pretensión Accesorio a la Primera Pretensión Subordinada:**

Como consecuencia de declararse fundada la Primera Pretensión Subordinada, ordene a la Entidad el pago a favor de Roca de una indemnización por daños y perjuicios ocasionados.

- **Segunda pretensión Accesorio a la Primera Pretensión Subordinada**

Como consecuencia de declararse fundada la Primera Pretensión Subordinada, condene a la Entidad al pago a favor de Roca de los costos arbitrales del presente proceso.

- **Segunda Pretensión Subordinada:**

En el supuesto negado que se desestime la Pretensión Principal y, además, se desestime la Primera Pretensión Subordinada, declare la nulidad de la Orden de Compra.

- **Primera Pretensión Accesorio a la Segunda Pretensión Subordinada:**

Como consecuencia de declararse fundada la Segunda Pretensión Subordinada, declare la nulidad de todos los actos posteriores a la emisión de la Orden de Compra.

- **Segunda Pretensión Accesorio a la Segunda Pretensión Subordinada:**

Como consecuencia de declararse fundada la Segunda Pretensión Subordinada, ordene a la Entidad el pago a favor de Roca de una indemnización por daños y perjuicios ocasionados.

  
JUAN CARLOS BENAVENTE TEIXEIRA  
ABOGADO  
Reg. CAL. 22229

- **Tercera Pretensión Accesorio a la Segunda Pretensión Subordinada**

Como consecuencia de declararse fundada la Segunda Pretensión Subordinada, condene a la Entidad al pago a favor de Roca de los costos arbitrales del presente proceso.

**SEGUNDO:** Roca sustenta su demanda arbitral en los fundamentos de derecho que precisa en su demanda y en los siguientes fundamentos de hecho que se proceden a resumir:

1.- El 7 de agosto de 2009, la Entidad emitió su Acuerdo de Consejo Regional N° 21-2009-CR/GRM, por el que declaró en Situación de Emergencia la Región de Moquegua en prevención del virus de la Influenza A (H1N1) y aprobó la Exoneración del Proceso de Selección para la adquisición de bienes y servicios incluidos en el PIP "Fortalecimiento de la Dirección de Atención Integral y Calidad en Salud de la Dirección Regional de Salud Moquegua, Región Moquegua", hasta por el monto de S/. 1'191,478.00.

2.- El 21 de octubre de 2009, mediante correos electrónicos suscritos por el señor Luis Álvarez G, el Departamento CEPA de la Entidad, se dirige a Roca con el objeto de remitirle las Especificaciones Técnicas y solicitarle su cotización para la "Adquisición de Equipamiento Biomédico", específicamente el siguiente equipamiento:

- (i) Ventilador Mecánico Adulto – Pediátrico (2)
- (ii) Monitor de Funciones Vitales Multiparámetros (2)
- (iii) Aspirador de Secreciones
- (iv) Cama Clínica con Baranda
- (v) Cuna Metálica Rodante con Baranda
- (vi) Pora Suero Metálico Rodante con Baranda
- (vii) Pulsoxímetro Adulto Pediátrico (2)
- (viii) Velador Metálico

3.- El 22 de octubre de 2009, mediante correo electrónico, Roca se dirigió a la Entidad y remitió su propuesta en relación con los equipos considerados en ítems (i), (ii) y (vii) del numeral precedente, por un total de S/. 461,052.00.

  
JUAN CARLOS BENAVENTE TEJERA  
ABOGADO  
Reg. CAL. 22229

4.- El 11 de noviembre de 2009, mediante fax, Roca recibe la Orden de Compra N° 2538 de fecha 30 de octubre de 2009, a través de la cual se le informaba la aceptación de su propuesta en todos sus términos, incluyendo precio, plazos y condiciones técnicas, transcribiéndose incluso el detalle de los equipos ofertados.

5.- El 1 y 16 de febrero de 2010, conforme consta en los cargos de recepción de las Guías de Remisión Nos. 001-015343 y 001-015388, Roca entregó los equipos correspondientes a los ítems (ii) Monitores y (vii) Pulsoxímetros, así como los correspondientes al ítem (i) Ventiladores, respectivamente.

6.- El 5 de abril de 2010, mediante Carta N° 104-2010-DRA/GR.MOQ de fecha 18 de marzo de 2010, la Entidad, a través de su Director de Administración, se dirigió a Roca con el objeto de remitir una serie de observaciones a los equipos recibidos, otorgándole un plazo de dos (2) días para su subsanación, bajo apercibimiento de resolverse la Orden de Compra.

Textualmente, la Entidad observa lo siguiente:

1. Para el caso del **VENTILADOR MECÁNICO ADULTO – PEDIÁTRICO:**

"OBSERVACIONES:

- a. *El ventilador comprado solo tiene la aplicación de Ventilación Invasiva de Paciente Adultos, Pediátricos PERO NO NEONATAL (Lo solicitado en las especificaciones técnicas que se entregó para que realizaran la compra indica claramente Ventilación Invasiva de Paciente Adultos, Pediátricos y Neonato).*
- b. *Por lo tanto, no cumple con ninguna función neonatal requerida.*
- c. *Así mismo al que trajeron le falta accesorios como: humidificador, entre otros."*

2. Para el caso del **MONITOR DE FUNCIONES VITALES MULTIPARÁMETROS:**

"OBSERVACIONES:

  
JUAN CARLOS BENVENISTE TEIXEIRA  
ABOGADO  
Reg. CAL. 22229

No cuenta con todos los accesorios necesarios para poder realizar la prueba operativa y dejar instalado el equipo en óptimo funcionamiento (según lo solicitado en las bases del expediente de dichas especificaciones) como por ejemplo:

a. **FUNCIÓN DE TENSIÓN ARTERIAL INVASIVA:**

Se solicitó de 1 a 4 canales, entregando solo uno.

b. **ELECTROCARDIOGRAMA (ECG)**

Faltan cables troncales para 3 y 10 Derivaciones.

c. **TENSIÓN ARTERIAL NO INVASIVA**

Falta brazaletes: brazal muslo, adulto corpulento, niño, niño pequeño y neonatal n°1-n°5.

d. Entre otros accesorios."

3. Para el caso del **PULSOXÍMETRO ADULTO PEDIÁTRICO:**

"OBSERVACIONES:

a. Indicador de calidad de pulso-es monocolor (no tricolor como lo solicitado).

b. Batería de 30 horas de vida (no de 100 horas de acuerdo a lo solicitado).

c. Faltan:

- Tres (2) (sic) sensores para pacientes adultos (reusables).
- Tres (3) sensores para pacientes pediátrico (reusables)
- Tres (3) sensores para pacientes neonatales (reusables).

d. Entre otros accesorios."

"Además todos los equipos no cumplen con presentar:

a. Requerimiento y especificaciones de los equipos médicos.

b. Garantía y reparación de los equipos médicos.

c. Procedimiento para el mantenimiento preventivo de equipos médicos.

d. Identificación de los equipos.

e. Conformidad y pruebas de los equipos médicos.

f. Condiciones básicas para garantizar la entrega."

  
JUAN CARLOS BENAVENTE TEIXEIRA  
ABOGADO  
REG. CAL. 22229

7.- Roca manifiesta que de la lectura de la Carta citada precedentemente, las observaciones efectuadas por la Entidad estaban sustentadas en el incumplimiento de las Especificaciones Técnicas que le remitiera a Roca solicitando su cotización el 21 de octubre de 2009.

8.- El 16 de abril de 2010, mediante Carta s/n de fecha 7 de abril de 2010, Roca se dirigió a la Entidad con el objeto de señalarle que los equipos entregados cumplían al cien por ciento (100%) con las Especificaciones Técnicas ofertadas en su cotización, las mismas que incluso habían sido detalladas minuciosamente por Roca en su cotización y que habían sido aceptadas por la Entidad, razón por la que no existía causal de resolución por incumplimiento puesto que los equipos suministrados cumplían cabalmente con las Especificaciones ofertadas.

9.- El 27 de abril de 2010, mediante Carta N° 101-2010-DLSG-DRA/GR.MOQ del 26 de abril de 2010, remitida vía fax, la Entidad señala que la solicitud de Roca contenida en su Carta s/n de fecha 7 de abril de 2010 resultaba improcedente por no haber subsanado las observaciones efectuadas, razón por la cual se había procedido a la resolución de la Orden de Compra No 2358.

**TERCERO:** Que corrido el traslado de la demanda a la entidad, ésta no la contestó dentro del plazo conferido para tales efectos.

**CUARTO:** Que con fecha 23 de Setiembre de 2011, se produce la Instalación del Arbitro Unico.

**QUINTO:** Que con fecha 15 de Diciembre de 2011 se llevó a cabo la Audiencia de Determinación de Puntos Controvertidos, habiéndose fijado los siguientes:

- a) Determinar si corresponde declarar la nulidad o, en su defecto, revocar la Resolución de la Orden de Compra N° 2538 de fecha 30 de octubre de 2009, y en consecuencia, ordenar a la Entidad la recepción y conformidad de los bienes objeto del Contrato.
- b) En caso de determinarse la nulidad y/o revocatoria de la resolución de la orden de compra, determinar si corresponde ordenar el pago de una indemnización de daños y perjuicios.

  
**JUAN CARLOS BENAVENTE TEIXEIRA**  
**ABOGADO**  
**Reg. CAL. 22229**

- c) En caso de desestimarse la pretensión principal, determinar si corresponde declarar la resolución del contrato por causal imputable a la Entidad.
- d) En caso de estimarse la declaración de resolución del contrato por causal imputable a la Entidad, determinar si corresponde ordenar a la Entidad el pago de una indemnización por daños y perjuicios.
- e) En caso de desestimarse la pretensión principal y la primera pretensión subordinada, determinar si corresponde ordenar a la Entidad el pago de una indemnización por daños y perjuicios.
- f) En caso de desestimarse la pretensión principal y la primera pretensión subordinada, determinar si corresponde declarar la nulidad de la orden de compra.
- g) En caso de estimarse la segunda pretensión subordinada, determinar si corresponde declarar la nulidad de los actos posteriores a la emisión de la orden de compra.
- h) En caso de estimarse la segunda pretensión subordinada, determinar si corresponde ordenar a la Entidad el pago de una indemnización por daños y perjuicios.
- i) Determinar, si corresponde ordenar a la Entidad pague al Contratista indemnización por daños y perjuicios.

En la citada Audiencia se admitieron además los correspondientes medios probatorios.

**SEXTO:** Que mediante Resolución No 5 se declaró concluida la etapa de actuación de medios probatorios y se otorgó a las partes el plazo respectivo para la presentación de alegatos, lo cual fue cumplido por Roca mediante escrito presentado el 15 de Febrero de 2012 y por la entidad mediante escrito presentado el 16 de Febrero de 2012, habiéndose citado a las partes a Audiencia de Informes Orales para el día 22 de Marzo de 2012, fecha en la que se llevó a cabo la citada actuación procesal según el Acta de Audiencia de Informes Orales que obra en autos.

**SEPTIMO:** Que mediante Resolución No 8 de fecha 23 de Mayo de 2012 y luego de cumplido el segundo pago de anticipo de los gastos y honorarios arbitrales, se fijó plazo para Laudar en 20 días hábiles, los cuales fueron prorrogados en 15 días hábiles más conforme a la Resolución No 9.

  
JUAN CARLOS BENAVENTE TEIXEIRA  
ABOGADO  
Reg. CAL. 22229

**CONSIDERANDO:**

**PRIMERO:** Que conforme al principio de respeto al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva que reconoce la Constitución Política del Peru, es deber del Arbitro ceñirse a lo que las partes plantean como controversia arbitral y en lo específico al petitorio y pretensiones de la demanda y en su caso, de la reconvención en caso de existir, caso contrario incurriría en responsabilidad.

**SEGUNDO:** Que en el presente proceso arbitral ha sido la parte demandante, Roca, la que ha planteado clara y específicamente sus pretensiones mientras que la defensa de la Entidad se ha producido fundamentalmente a nivel de Alegatos, dado que no contestó la demanda en forma oportuna.

**TERCERO:** Que en ese orden de ideas, corresponde al Arbitro resolver la controversia a la luz de lo actuado en el expediente y en base a las pretensiones planteadas en la demanda y los puntos declarados como controvertidos conforme al Acta de Fijación de Puntos Controvertidos, debiendo resaltarse que la demanda contiene una acumulación originaria de pretensiones con una Pretensión Principal y sus Accesorias y Dos Pretensiones Subordinadas y sus accesorias, siendo que estas últimas habrán de ser materia de desarrollo y pronunciamiento en caso de no ampararse la pretensión planteada como principal.

**CUARTO:** Que siendo ello así, corresponde al Arbitro Unico desarrollar los puntos declarados como controvertidos.

**4.1.- Determinar si corresponde declarar la nulidad o, en su defecto, revocar la Resolución de la Orden de Compra N° 2538 de fecha 30 de octubre de 2009, y en consecuencia, ordenar a la Entidad la recepción y conformidad de los bienes objeto del Contrato:**

Ha quedado establecido en autos que la Entidad efectuó un requerimiento de suministro de bienes con determinadas características y especificaciones técnicas y que Roca remitió su propuesta considerando equipos de características y especificaciones técnicas diferentes, no obstante lo cual la Entidad emitió la Orden de Compra No 2538. Así, Roca manifiesta en su demanda lo siguiente:

  
**JUAN CARLOS BENVENENTE TEIXEIRA**  
**ABOGADO**  
**Reg. CAL. 22229**

***“Dicho de otro modo, la controversia se centra en determinar cuáles son las Especificaciones Técnicas exigibles: si las establecidas por la Entidad o si, por el contrario, son las ofertadas por nuestra representada”.***

Por su parte, la Entidad señala en su escrito de Alegatos lo que a continuación se transcribe:

***“En ese sentido, con fecha 31 de octubre del 2009, se contrata con la demandante ROCA SAC la compra de equipo médico concretándose la Orden de Compra No 2538, .....”.***

En autos está probado que luego de detectada la discrepancia de las especificaciones técnicas de los equipos materia de venta, la Entidad procedió a requerir la subsanación correspondiente a Roca, la cual respondió considerando que cumplió en forma cabal con entregar los bienes de acuerdo a las especificaciones y características técnicas que ofreció a la Entidad en su oportunidad.

Del mismo modo, ha quedado acreditado en autos que la Entidad resolvió el contrato mediante Carta No 101-2010-DLSG-DRA/GR.MOQ del 26 de Abril de 2010, habiendo remitido dicha comunicación mediante Fax conforme es de apreciarse del documento identificado como Anexo 1-L que aparece el escrito de demanda, el que tiene las características de haber sido enviado por la vía del Fax y por el contrario no corresponde a una comunicación tramitada en forma notarial más aun si no existe en autos constancia notarial de diligenciamiento ni la Entidad ha negado en momento alguno que la citada comunicación haya sido remitida vía Fax.

Que a efectos de discernir si corresponde declarar la nulidad de la Resolución de la Orden de Compra No 2538 (entiéndase la Nulidad del Acto Jurídico de Resolución de la Orden de Compra No 2538), y sin necesidad aún de ingresar en el tema vinculado a si los bienes entregados correspondieron o no a las especificaciones técnicas requeridas por la Entidad, es necesario apreciar si el acto de resolución cumplió con las características formales que exige la Ley y sólo

  
**JUAN CARLOS SEMBRANTE TELAVERA**  
**ABOGADO**  
**Reg. CAL. 22229**

luego de superado ese análisis se ingresaría a definir la controversia por el fondo de la misma.

Que conforme es de apreciarse de autos, el acto resolutorio ejecutado por la Entidad mediante Carta No 101-2010-DLSG-DRA/GR.MOQ del 26 de Abril de 2010, se produjo mediante la remisión hacia Roca, de la citada carta pero vía fax, lo cual no ha sido desvirtuado ni negado por la Entidad, lo que contraviene en forma específica el procedimiento contemplado en la legislación, es decir en el Artículo 169 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado aprobado por D.S. No 184-2008-EF, que exige que el acto resolutorio sea comunicado mediante carta notarial, siendo importante resaltar que incluso dicha formalidad se encontraba en la normatividad actualmente derogada, específicamente en el Artículo 226 del Reglamento de la Ley No 26850.

***“Artículo 169.- Si alguna de las partes falta al cumplimiento de sus obligaciones, la parte perjudicada deberá requerirla mediante carta notarial para que las satisfaga en un plazo no mayor a cinco (5) días, bajo apercibimiento de resolver el contrato.***

***Dependiendo del monto contractual y de la complejidad, envergadura o sofisticación de la contratación, la Entidad puede establecer plazos mayores, pero en ningún caso mayor a quince (15) días, plazo éste último que se otorgará necesariamente en el caso de obras. Si vencido dicho plazo el cumplimiento continúa, la parte perjudicada resolverá el contrato en forma total o parcial, comunicando mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato. (el subrayado es un agregado del Arbitro Unico)***

(...)”.

Que en ese orden de ideas, y reiterando que muy al margen del análisis legal en relación a si los bienes entregados por Roca a la Entidad correspondieron o no a los realmente requeridos por ésta, es de apreciarse que la Entidad no ejecutó adecuadamente la resolución del contrato, motivo por el cual se incurrió en un vicio del acto resolutorio, en un incumplimiento formal del procedimiento resolutorio, lo que conlleva a la violación de la forma prescrita y por tanto a una

  
**JUAN CARLOS BENAVENTE TEIXEIRA**  
**ABOGADO**  
**Reg. CAL. 22229**

deficiente manifestación de voluntad resolutoria, lo que acarrea indefectiblemente su nulidad y por tanto la subsistencia de la Orden de Compra No 2538.

Que debe resaltarse que no ha sido puesto a conocimiento del Arbitro Unico una pretensión de  nulidad de la Orden de Compra No 2538, por lo que no corresponde a éste pronunciarse respecto de la validez y/o eficacia de la Orden de Compra en sí,, presumiéndose por tanto que la citada Orden de Compra se encuentra dotada de los elementos de legalidad que se presumen en este tipo de circunstancias y procedimientos, y que en todo caso la discrepancia que pudiera existir entre los bienes requeridos por la Entidad y los ofertados y entregados por Roca, constituye un aspecto sobre el cual el Arbitro Unico ya no puede pronunciarse al haberse resuelto la controversia arbitral por un aspecto de orden formal que impide al Arbitro Unico continuar un análisis sobre los aspectos de fondo puestos a consideración en el proceso.

**4.2.- En caso de determinarse la nulidad y/o revocatoria de la resolución de la orden de compra, determinar si corresponde ordenar el pago de una indemnización de daños y perjuicios:**

Conforme ha sido establecido en el numeral 4.1 precedente, el acto de resolución de la orden de compra No 2538 ejecutado por la Entidad incumplió el requisito formal y esencial de ser comunicado a Roca por la vía notarial, lo que implica su nulidad y poro tanto la subsistencia de la Orden de Compra No 2538.

Que en ese orden de ideas no cabe duda que la Entidad actuó en forma contraria a lo que la Ley le ordena, lo cual avalaría una pretensión indemnizatoria de la parte afectada.

Que no obstante lo dicho, es de apreciarse que de autos no se ha acreditado en forma alguna con ningún tipo de medio probatorio los daños y perjuicios ocasionados a Roca ni mucho menos se ha identificado en forma precisa su naturaleza (es decir si se trató de daño emergente, lucro cesante, etc) y lo que es peor, Roca no ha establecido en forma alguna el quantum de su pretensión indemnizatoria.

  
JUAN CARLOS BENVENISTE FERREIRA  
ABOGADO  
Reg. CAL. 22229

Que en tal sentido, Roca no ha acreditado haber sufrido daños y perjuicios (al margen de que en la realidad los pudiera haber sufrido) por lo que no corresponde al Arbitro Unico emitir un pronunciamiento estimatorio de esta pretensión no obstante haber sido planteada como de naturaleza accesoria a la primera pretensión principal.

Que debe resaltarse que es un principio de orden procesal que aquél que alega un hecho debe probarlo, carga probatoria que se encuentra contemplada en los Artículos 188 y 200 del Código Procesal Civil que determinan la obligación de la parte que expone un hecho de acreditarlo con medios probatorios, caso contrario si la pretensión es improbadamente la demanda debe ser declarada infundada.

Que este deber de probanza era de perfecto conocimiento de Roca y así lo expresó incluso en la demanda, tal como puede apreciarse del primer pie de página de su demanda en el que al referirse a la pretensión indemnizatoria señala textualmente lo siguiente: "**habida cuenta de que es preciso probar también de manera independiente los daños irrogados a la demandante**", obligación probatoria que justamente ha sido totalmente incumplida en autos.

#### **4.3.- En relación a los demás puntos controvertidos:**

Que al haberse desarrollado el primer punto controvertido y que, como consecuencia de ello, es evidente que la primera pretensión principal de la demanda es estimada por el Arbitro Unico, los demás puntos controvertidos no serán materia de desarrollo pues se encuentran vinculados a pretensiones que hubieran sido materia de pronunciamiento únicamente de haberse desestimado la primera pretensión principal, situación ante la cual no nos encontramos.

**QUINTO:** Que conforme se desprende del considerando cuarto precedente del presente acápite, la primera pretensión principal de Roca es estimada por el Arbitro Unico lo que ubica a la Entidad como parte "vencida" en el presente proceso por lo que en aplicación del Artículo 59 del Reglamento del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje de la OSCE, el Arbitro Unico considera que todos los gastos de honorarios arbitrales así como los gastos administrativos (honorarios de la Secretaría Arbitral) pagados ante la OSCE y asumidos en su integridad por ROCA, deben ser asumidos por la Entidad.

JUAN CARLOS BENVENITE TEJERA  
ABOGADO  
Reg. CAL. 22229

**PARTE RESOLUTIVA:**

Que en atención a lo expuesto en la parte considerativa del presente Laudo Arbitral, el Arbitro Unico resuelve:

- 1.- Declarar Fundada la primera pretensión principal y por tanto declarar la nulidad de la resolución de la Orden de Compra No 2538, ordenándose a la Entidad cumplirla y dar conformidad a los bienes recibidos.
  
- 2.- Declarar infundada la primera pretensión accesoria a la pretensión principal y por tanto desestimar el pago de indemnización de daños y perjuicios a favor de Roca.
  
- 3.- Ordenar a la Entidad asumir el íntegro de los honorarios arbitrales y gastos arbitrales administrativos que se hubiera tenido que pagar a la OSCE en el marco del presente proceso arbitral.

Firmado en 04 ejemplares por el Arbitro Unico, Dr. Juan Carlos Benavente Teixeira, a los 16 días del mes de Julio de 2012, administrando justicia arbitral conforme a Ley.

**JUAN CARLOS BENAVENTE TEIXEIRA**  
**ARBITRO UNICO**



**FABIOLA PAULET MONTEAGUDO**  
**Directora de Arbitraje Administrativo**