

LAUDO ARBITRAL

Lima, 09 de setiembre de 2012

I. DATOS GENERALES

DEMANDANTE:

ENDOSCOPY CENTER EIRL (en adelante, "ENDOSCOPY")

DEMANDADO:

ESSALUD (en adelante, "ESSALUD")

ARBITRO UNICO:

Dr. Rafael Torres Morales.

SECRETARIO ARBITRAL:

Secretaría del Sistema Nacional de Arbitraje del OSCE.

SEDE DEL TRIBUNAL ARBITRAL:

CENTRO DE ARBITRAJE OSCE

IDIOMA DEL ARBITRAJE:

Español

TIPO DE ARBITRAJE:

Arbitraje de Derecho.

II. CUESTIÓN SOMETIDA A ARBITRAJE

La cuestión sometida a arbitraje por ENDOSCOPY deriva de las controversias

surgidas a raíz de la Celebración de la "Contratación de Servicio Tercerizado de Terapia CO2 con Láser para un paciente de la Red Asistencial Sabogal" (en adelante, EL CONTRATO) con ESSALUD con fecha 16 de setiembre de 2010, derivado del Proceso de Adjudicación de Menor Cuantía Electrónica N° 1005M03141.

III. DE LA DEMANDA INTERPUESTA POR LA EMPRESA

Con fecha 04 de julio de 2011, ENDOSCOPY interpuso demanda arbitral contra ESSALUD, planteando las siguientes pretensiones:

(i) PRIMERO :

Se tenga por ejecutada el SERVICIO TERCERIZADO DE TERAPIA C02 CON LÁSER PARA LA PACIENTE PERLA ZORRILLA LARREA.

(ii) SEGUNDO :

Se proceda a dar la conformidad del SERVICIO TERCERIZADO DE TERAPIA C02 CON LÁSER PARA LA PACIENTE PERLA ZORRILLA LARREA, proveniente de la Orden de Compra N° 4501370866 - AMC N°1005M03141.

(iii) TERCERO:

Pago por la prestación ejecutada por el monto de S/. 70,000.00 Nuevos Soles más intereses legales devengados y por devengarse desde la fecha en que se debió pagar inicialmente el adeudo referido, hasta la fecha efectiva de pago a ser ordenada por el laudo arbitral.

(iv) CUARTO:

Pago de S/. 70, 000.00 Nuevos Soles correspondiente a la Indemnización de Daños y Perjuicios irrogados por la negativa por parte de ESSALUD de otorgarles la conformidad al servicio prestado y la demora en el pago,

dado el tiempo transcurrido, nueve (09) meses aproximadamente

(v) QUINTO:

Pago de los gastos, costos y costas del proceso arbitral.

ENDOSCOPY sustenta su posición, principalmente en los siguientes fundamentos de hecho y de derecho:

- ENDOSCOPY señala que con fecha 02 de Setiembre del 2010 se les otorgó la Buena Pro de la Adjudicación de Menor Cuantía N°1005M03141 "CONTRATACIÓN DEL SERVICIO TERCERIZADO DE TERAPIA C02 CON LÁSER PARA UN PACIENTE DE LA RED ASISTENCIAL SABOGAL", emitiéndose la Orden de Compra N°4501370866 de fecha 16 de Setiembre de 2010 por el importe total de S/.70,000.00 Nuevos Soles, señalándose un plazo de entrega desde el 16 de setiembre de 2010 hasta el 17 de octubre de 2010.
- ENDOSCOPY señala que dicho servicio fue asignado para la paciente PERLA ZORRILLA LARREA.
- ENDOSCOPY señala que mediante Carta S/N de fecha 04 de Octubre de 2010 efectuaron el servicio y presentaron el Informe Médico de fecha 27 de Setiembre de 2010 en cumplimiento de su prestación requerido por la Entidad, al Jefe de Cirugía, Cabeza y Cuello; para su respectiva conformidad.
- De acuerdo a los Términos de Referencia TERCERIZACION DEL SERVICIO DE HOSPITALIZACIÓN PARA ATENCIÓN DE CUIDADOS INTERMEDIOS -- CONDICIONES BÁSICAS, (página 22 de las Bases), ENDOSCOPY indica que ESSALUD para otorgar la conformidad del Servicio, tenía que tener en su poder el Informe del Procedimiento, aspecto que ha sido cumplido.

- ENDOSCOPY precisa que con fecha 29 de setiembre de 2010 la propia paciente -luego de realizado el servicio DE TERAPIA CO2 CON LÁSER--, solicitó a la Comisión Médica que dada su actual estado de salud, la incapacidad permanente que le fuera otorgada oportunamente el 03 de setiembre 2010 como producto del accidente de la que fue víctima, le sea cambiada al grado de incapacidad TEMPORAL.
- ENDOSCOPY sostiene que, mediante INFORME MÉDICO de fecha 06 de octubre de 2010 el Jefe del Servicio de Cirugía Plástica: Dr. MARCO OTAROLA MALPARTIDA CMP. N° 20394, expresó que la Comisión Evaluadora le dio a la paciente incapacidad permanente, y que actualmente la paciente ha sido operada y ya no tiene la TRAQUEOTOMÍA y su condición física ha mejorado por lo que solicitó que la paciente pueda reintegrarse a su Centro Laboral; es decir, que se le dé de alta.
- En tal sentido, ENDOSCOPY advirtió que a esta fecha no se les comunicó observación alguna por el servicio prestado, y por el contrario la paciente no tenía ninguna complicación médica directa ni colateral originada por su intervención.
- ENDOSCOPY señala que con fecha 08 de Noviembre de 2010 reiteraron por primera vez, la entrega del Informe Médico y Control Post Operatorio a la Gerencia de Administración de la Red Asistencial Sabogal - ESSALUD, adjuntando en un CD, el video del procedimiento realizado a dicha paciente; solicitando, en consecuencia, conformidad del servicio dentro del plazo de diez (10) diez días calendarios establecidos en el artículo 181° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, no teniendo respuesta alguna dicho requerimiento.
- ENDOSCOPY manifiesta que con fecha 13 de Diciembre de 2010, mediante Carta Notarial, se reiteró por segunda vez, el requerimiento de otorgamiento de conformidad del servicio prestado, otorgándole a la

Entidad diez (10) días hábiles de plazo para dichos efectos, a partir del cual se le constituía en mora y al pago de intereses en caso de incumplimiento; así mismo, se le requirió proceder con el consecuente procedimiento de pago del monto pactado contractualmente, dentro de los plazos establecidos por las bases del proceso; caso contrario, se daría inicio al respectivo procedimiento de solución de controversias con expresa condena de costas, costos y gastos del proceso en contra de la Entidad.

- ENDOSCOPY señala que con fecha 09 Febrero de 2011, se reitera por tercera vez el requerimiento de otorgamiento de conformidad del servicio prestado, ante la omisión concurrente por parte de la Entidad de emitir pronunciamiento de los requerimientos antes referidos; estando a lo prescrito por el Artículo 181° del Reglamento, del cual se deriva que el plazo para emitir la conformidad de la recepción del servicio por parte de la Entidad, es de diez (10) días hábiles de recibidos éstos; así mismo, en dicho documento se invocó el Artículo 176° del procedimiento realizado; esto es, desde el día 04.10.2010 la Entidad no observó el servicio prestado, ni indicó, ni notificó el sentido de observación alguna para proceder a su respectiva subsanación en un plazo prudencial; es decir, no se les observó el servicio prestado, ni mucho menos se les otorgó un plazo para la subsanación respectiva de entre dos (02) a diez (10) días calendarios; motivo por el cual, precisan que ni siquiera están sujetos a la eventual determinación y/o aplicación de penalidad alguna, mucho menos a un acto unilateral de resolución de contrato.

- ENDOSCOPY señala que con fecha 14 de Marzo de 2011, se solicitó ante la Gerencia General de ESSALUD una investigación de la razón del porqué no se firmaba el acta de conformidad del servicio prestado, considerando que a dicha fecha habían transcurrido más de cinco (05) meses de entregado el servicio al Usuario - Servicio de Cirugía de Cabeza y Cuello; así como, por no haber obtenido respuesta a nuestras cartas requiriendo la

conformidad del servicio y pago correspondiente.

- ENDOSCOPY señala que mediante CARTA N° 828-OA-OADM-G-RAS-ESSALUD-2011 de fecha 04 de Abril de 2011, el Jefe de la Oficina de Adquisiciones de la Red Asistencial Sabogal, acusó recibo de su último requerimiento ante la Gerencia General y les señaló que el Área Usuaría es la encargada de brindar la conformidad de los servicios prestados a favor de la paciente Perla Zorrilla Larrea y del paciente Porfirio León Ramírez; habiendo trasladado en consecuencia el requerimiento de ambos pacientes a la Gerencia Quirúrgica del Hospital Alberto Sabogal para su pronunciamiento.
- ENDOSCOPY manifiesta que, mediante esta respuesta dicha Jefatura acumuló sus peticiones provenientes tanto de la Orden de Compra N° 4501370866 de fecha 16 de Setiembre de 2010 - AMC N° 1005M03141 de la paciente Perla Zorrilla Larrea y de la Orden de Compra N° 4501370877 - AMC N° 1005M02712 del paciente Porfirio León Ramírez.
- ENDOSCOPY precisa que con fecha 14 de Abril de 2011, formularon requerimiento de pago, más intereses, bajo apercibimiento de iniciar proceso de Arbitraje; sustentados en que los pacientes LEÓN RAMÍREZ PORFIRIO y ZORRILLA LARREA PERLA fueron atendidos oportuna y eficazmente prestándole el servicio médico de Terapia CO2 con Láser; que dichos pacientes fueron dados de alta por la Entidad - ESSALUD sin observación alguna respecto del servicio brindado por ellos y que dichos pacientes vienen haciendo su vida normal en sus respectivos domicilios; que la Entidad recepcionó oportunamente los servicios médicos prestados a ambos pacientes bajo el acuerdo contractual existente entre ambas partes, recepción que fue efectuada por el usuario sin observación alguna que subsanar.

- Mediante CARTA N° 1051-OA-OADM-G-RAS-ESSALUD-2011 recepcionado con fecha 27 de Abril de 2011, ENDOSCOPY manifiesta que el Jefe de la Oficina de Adquisiciones de la Red Asistencial Sabogal, por primera vez, después de aproximadamente siete (07) meses de entregado el servicio, les pone en conocimiento que la Jefatura del Departamento de Cirugía, Cabeza y Cuello no otorga la conformidad del servicio prestado aduciendo incumplimiento de sus obligaciones, sin especificar, precisar, ni mucho menos motivar el sentido de éstas.
- Mediante CARTA N° 1093-OA-OADM-G-RAS-ESSALUD-2011 de fecha 28 de Abril de 2011 ENDOSCOPY señala que el Jefe de la Oficina de Adquisiciones de la Red Asistencial Sabogal, nuevamente les puso en conocimiento que la Gerencia Quirúrgica del Hospital no otorga la conformidad al servicio prestado.
- Al respecto ENDOSCOPY indica que para el pago del servicio prestado se señaló como uno de los requisitos previos, contar con la recepción y conformidad de la Oficina de Ingeniería Hospitalaria; sin embargo, el Jefe de la Oficina de Adquisiciones de la Red Asistencial Sabogal, señaló que tanto la Jefatura del Departamento de Cirugía, Cabeza y Cuello como la Gerencia Quirúrgica del Hospital no otorgaron la conformidad al servicio prestado. Es decir, a la luz de las Bases del proceso, estas últimas dependencias no resultarían competentes para emitir la conformidad respectiva, debiendo dilucidarse esta situación en esta Instancia Jurisdiccional.
- Finalmente, ENDOSCOPY expresa que las Bases señalan que son requisitos para el pago, que en el caso de haber existido observaciones, éstas hayan sido subsanadas; condición prevista legalmente, que no ha sido invocada ni ejercitada por la Entidad dentro de los plazos establecidos al no haber

existido observaciones a la prestación de sus servicios.

IV. DE LA CONTESTACION DE LA DEMANDA PRESENTADA POR ESSALUD

Con fecha 19 de Agosto de 2011, ESSALUD presentó su Contestación, bajo los siguientes fundamentos:

- ESSALUD señala que la Red Asistencial Sabogal de ESSALUD, convocó el proceso de Adjudicación de Menor Cuantía Electrónica N° 1005M03141, para la contratación de una empresa de servicios para la prestación: **CONTRATACIÓN DEL SERVICIO TERCERIZADO DE TERAPIA CO2 CON LÁSER PARA UN PACIENTE DE LA RED ASISTENCIAL SABOGAL.**
- ESSALUD precisa que de acuerdo a lo señalado en la Carta N° 289-ORRHH-OADM-G-RAS-ESSALUD-2011, emitida por la Dra. María Elena Salazar Yamada, la paciente Perla Zorrilla Larrea fue llevada el 20 y 21 de setiembre de 2010, por la firma ENDOSCOPY del Hospital Nacional "Alberto Sabogal Sologuren" a la Clínica Brassini para que se le brinde el servicio de intervención quirúrgica con láser CO2, donde producto de la atención sufrió lesiones por quemadura, denunciando este hecho ante el Ministerio Público.
- Mediante escrito de fecha 30 de noviembre de 2010, ESSALUD manifiesta que la paciente presenta una denuncia por lesiones graves contra la empresa ENDOSCOPY, a efectos que se le denuncie ante el OSCE por ser "un peligro para la sociedad y asegurados".

En dicha Denuncia la paciente señaló lo siguiente:

- 4. El día 20/09/10 la denunciante fue llevada a la CLÍNICA BRASSINI para la terapia asignada, la misma que se suspendió, regresando al Hospital Sabogal.**
- 5. El día 21/09/10 nuevamente la denunciante es**

llevada a la Clínica Brassini, donde siendo las 14:00 se reinicia la intervención quirúrgica con el LÁSER CO2, sin embargo es en dicho momento donde SE PRENDIÓ EL TUBO QUEMANDO A LA DENUNCIADA EL MAXILAR INFERIOR, TANTO INTERNA COMO EXTERNAMENTE, luego de lo cual la intervención quirúrgica se suspendió siendo nuevamente trasladada al 'Hospital Alberto Sabogal'."

- En tal sentido, ESSALUD concluye que la atención del paciente realizada por ENDOSCOPY CENTER había sido deficiente, razón por la cual no correspondía otorgar la conformidad de servicio. Además, manifiestan que el servicio no fue otorgado por ENDOSCOPY CENTER sino por un tercero que no fue adjudicado con la buena pro.
- ESSALUD señala que de acuerdo a los Términos de Referencia del Servicio de Tratamiento con Láser CO2 y Stent Traqueal correspondiente a la paciente se estableció expresamente la obligatoriedad de que el servicio se preste en las instalaciones del centro adjudicado y por ende, no en los de terceros.
- ESSALUD puntualiza que la Jefatura del Departamento de Cirugía, Cabeza y Cuello mediante las Cartas 235 y 236 – JDCC y C – GQX - HIVASS – G – RAS – ESSALUD - 2010 afirmó que ENDOSCOPY no cumplió con las bases para otorgar el servicio de tercerización de terapia CO2 con láser, corroborándose ello con el evento ocurrido a la paciente Perla Zorrilla Larrea en la región mentoniana.
- ESSALUD señala que en la Carta N° 656-OAJ-G-RAS-ESSALUD-2010, de fecha 16 de diciembre de 2010, se dejó constancia que la paciente fue tratada en la Clínica Brassini y no en las instalaciones de la firma ENDOSCOPY CENTER, como correspondía según las Bases del Proceso de Selección.
- Finalmente, ESSALUD precisa que ello motivó que soliciten el inicio del

procedimiento sancionador ante el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, por incumplimiento del inciso g) del artículo 51.1 de la Ley de Contrataciones del Estado e inciso g) del artículo 237 de su Reglamento.

V. SOBRE LA ACUMULACION DE PROCESOS SOLICITADA POR ESSALUD

Al respecto, ESSALUD en su propio escrito de contestación de demanda, mediante TERCER OTROSI DECIMOS ha solicitado la acumulación de la demanda del presente caso junto con otro proceso arbitral en el que intervienen las mismas partes y similar controversia. Por ello solicitan que se evalúe esta situación y que de acumularse los procesos, que se les devuelva el pago de la tasa de contestación de la demanda arbitral abonada ante el OSCE.

Por lo demás no han presentado alegatos ni documentos que sustenten dicha acumulación y ENDOSCOPY tampoco se ha pronunciado sobre dicho tema, por lo que no corresponde emitir un pronunciamiento respecto al presente punto.

VI. AUDIENCIA DE SANEAMIENTO, CONCILIACIÓN, FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS Y ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS:

Con fecha 12 de abril del 2012 se llevó a cabo la Audiencia de Instalación, Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios Pruebas. En dicho acto, las partes no llegaron a un acuerdo conciliatorio; toda vez que, el representante de ESSALUD no se apersonó a la mencionada audiencia.

Acto seguido y en atención a lo señalado por las partes en su escrito de demanda y contestación respectivamente, el Árbitro Único procedió a fijar como puntos controvertidos, los siguientes:

1. Determinar si corresponde tener por ejecutado el servicio desarrollado por la contratista.
2. Determinar si corresponde dar conformidad al servicio Tercerizado de terapia CO2 con láser para la paciente Perla Zorrilla Larrea, proveniente de la Orden de Compra N° 4501370866 – AMC N° 1005M03141.
3. Determinar si corresponde a la entidad cumplir con el pago de S/. 70 000.00 por la prestación del servicio para el que fue contratado el contratista, más intereses legales devengados y por devengarse, desde la fecha en que debió pagar inicialmente el adeudo referido hasta la fecha efectiva de pago a ser ordenada por el laudo arbitral, con la tasa establecida por el Banco Central de Reserva del Perú, conforme a lo previsto por el artículo 1244° del Código Civil y en concordancia al artículo 48 del Decreto Legislativo N° 1017 "Ley de Contrataciones del Estado".
4. Determinar si corresponde el pago al contratista por un monto igual al adeudado (S/. 70, 000.00) por daños y perjuicios, dado el tiempo transcurrido de nueve (09) meses aproximadamente.
5. Determinar a quién corresponde el pago de costos y costas.

Asimismo, luego de revisada la demanda y contestación de la demanda se procedió a admitir los medios probatorios presentados por las partes.

VII. SOBRE LA AUDIENCIA DE ACTUACIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS Y LA AUDIENCIA DE INFORMES ORALES

Mediante Resolución No. 2 de fecha 8 de junio de 2012, se cita a las partes y a la Señora Perla Zorrilla Larrea a efectos de que se lleve a cabo la Audiencia de

Actuación de Medios Probatorios para el día miércoles 11 de Julio de 2012 a horas 10:00 a.m.

En la fecha de la mencionada audiencia se dispuso reprogramarla para el miércoles 18 de julio de 2012 a horas 10:00 a.m. debido a la inasistencia de la señora Perla Zorrilla Larrea. Sin embargo, el día que se reprogramó, nuevamente se produjo la inasistencia de la citada señora dejándose constancia de tal situación por lo que se dispuso prescindir de dicho medio probatorio.

Es por ello que, mediante Resolución No, 4 de fecha 19 de julio del mismo año, se resolvió declarar concluida la etapa probatoria fijándose fecha para la Audiencia de Informes Orales el día 17 de agosto del 2012 a horas 4:00, donde las partes expusieron sus posiciones. En esa misma audiencia se emitió la Resolución No. 6 mediante la cual se fijo el plazo de 20 días hábiles para laudar prorrogables a 15 días hábiles adicionales.

VIII. ANALISIS DEL ÁRBITRO ÚNICO

a) Declarar si corresponde tener por ejecutado el servicio desarrollado por la contratista

Tal y como señalan Osterling y Castillo,¹ se considerará ejecutada una prestación, solamente cuando ésta se cumpla y este cumplimiento implique la realización completa, íntegra, del dar, hacer o no hacer prometidos. Definitivamente un dar, hacer o no hacer cumplidos parcialmente, nos llevará al tema del cumplimiento parcial, puesto que si algo se cumple en parte, ese algo también se incumple en otra parte.

De los actuados obrantes en el expediente arbitral, se demuestra que, no existe medio probatorio alguno en el que se evidencie o pruebe técnicamente, llámese

¹ OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTELLO FREYRE. *Compendio de Derecho de las Obligaciones*. Lima: Palestra editores S.A.C., 2009, pp. 447-448.

Pericia, Auditoria, informes médicos, una incorrecta prestación de servicios a la paciente por parte de la demandante.

Si bien es cierto, existe dentro de los medios probatorios una denuncia administrativa ingresada por la paciente, pese al tiempo transcurrido no existe en los actuados documento alguno en que se determine responsabilidad a ENDOSCOPY.

Por otro lado, ha quedado acreditado en vista al informe médico de fecha 6 de octubre de 2010 que, el jefe del Servicio de Cirugía Plástica: Cabeza y Cuello Dr. Marco Otarola Malpartida con CMP N° 20394 señala que la Comisión Evaluadora le dio la paciente incapacidad permanente y que luego de la operación realizada por el contratista en las fechas 20, 21 y 23 de setiembre del mismo año, el estado de la paciente ha mejorado y que ya no tiene TRAQUEOTOMÍA por lo que se solicitó que la paciente pueda reintegrarse que a su Centro Laboral, por lo que se logra deducir que la operación fue exitosa.

Es por ello que, en virtud al cuarto párrafo del artículo 176° del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1017 que aprobó la Ley de Contrataciones del Estado - DS 184-2008-EF² y dado a que de las pruebas presentadas por las partes no se evidencia alguna comunicación por parte de ESSALUD en donde cumpliéndose el plazo indicado de la mencionada norma, haya observado la calidad, cantidad y cumplimiento de las condiciones contractuales se debe tener por ejecutado el servicio desarrollado por la contratista.

b) Declarar si corresponde dar la conformidad al servicio Tercerizado de terapia CO2 con láser para la paciente Perla Zorrilla Larrea,

² **ARTÍCULO 176°.- RECEPCIÓN Y CONFORMIDAD**

(...)

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

(...)

proveniente de la Orden de Compra N° 4501370866 – AMC N° 1005M03141.

Respecto al presente punto controvertido, resulta necesario referirnos al primer y segundo párrafo del artículo 176° del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1017 que aprobó la Ley de Contrataciones del Estado - DS 184-2008-EF que a la letra indica:

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

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

(...)"

En concordancia con los numerales 2.6³ y 2.7⁴ de las bases (Plazo para el pago y Forma de pago respectivamente) se evidencia que es la oficina de Ingeniería Hospitalaria la competente para otorgar la conformidad del servicio y no otra.

De los actuados se evidencia que la supuesta observación realizada por ESSALUD, comunicada mediante Carta 1051 se encuentra en un informe

3 PLAZO PARA EL PAGO

La Entidad se compromete a efectuar el pago al contratista en un plazo máximo de treinta (30) días calendarios de otorgada la conformidad de recepción de la prestación.

4 FORMA DE PAGO

De acuerdo con el artículo 176° del Reglamento, para efectos del pago de las contraprestaciones ejecutadas por el contratista, la Entidad deberá contar con la siguiente documentación:

- Recepción y conformidad de la Oficina de Ingeniería Hospitalaria
(...)

expedido por el departamento de cabeza cuello y columna del HIVASS, el cual concluyó en no dar la conformidad, cuando de acuerdo al punto 2.7 de las bases tal y como se mencionó líneas arriba, el ente competente para emitir o no la citada conformidad era la oficina de Ingeniería Hospitalaria; es por ello que, carece de fundamento el rechazo emitido por el departamento de cabeza cuello y columna del HIVASS.

El Árbitro considera pertinente destacar la evidente inacción de parte de la demandada, quien pese haber sido requerida desde el mes de noviembre de 2010 en múltiples oportunidades, obvió seguir con los plazos y procedimientos previstos en el artículo 176 del Reglamento.

En tal sentido, aun en el supuesto negado que el Departamento de Cirugía de Cabeza, Cuello y Columna hubiese sido el ente el competente para pronunciarse sobre la conformidad del servicio, su pronunciamiento finalmente habría sido totalmente extemporáneo (en más de 5 meses) es decir, fuera del plazo máximo previsto por nuestra normatividad, no generando efecto legal alguno.

Otro de los argumentos advertidos por la demandada a lo largo del presente proceso para sustentar la negatoria de la conformidad del servicio, se sustentó en una supuesta subcontratación realizada por parte del demandante para la ejecución del servicio, situación que se encontraba prohibida de acuerdo a las bases.

Al respecto se ha tenido acceso al Acuerdo No. 866/2011/TC-S2 de fecha 20 de diciembre de 2011, en donde se aprecia que este órgano colegiado no admitió el inicio de un procedimiento administrativo sancionador contra la demandante soportado en esta supuesta falta, (sobre una supuesta subcontratación), hecho que ciertamente debilita este argumento empleado por ESSALUD para no dar la conformidad del servicio. En el acuerdo antes mencionado se resuelve lo siguiente:

"(...)

SE ACORDÓ: NO HA LUGAR al inicio del procedimiento administrativo sancionador a la empresa ENDOSCOPY CENTER E.I.R.L., por la supuesta comisión de la infracción tipificada en el literal g) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley, conforme los fundamentos expuestos; Disponer el archivamiento del presente expediente; y poner el presente Acuerdo en conocimiento de la Contraloría General de la República, a fin que tome las medidas que correspondan respecto de los hechos expuestos. (...)"

Atendiendo a ello y dado a que dentro del plazo propuesto por ley la entidad del Estado no observó el servicio conferido, debe entenderse a éste como plenamente conforme por lo que corresponde otorgársele la conformidad del servicio Tercerizado de terapia CO2 con láser para la paciente Perla Zorrilla Larrea, proveniente de la Orden de Compra N° 4501370866 – AMC N° 1005M03141.

- c) **Determinar si corresponde a la entidad cumplir con el pago de S/. 70 000.00 por la prestación del servicio para el que fue contratado el contratista, más intereses legales devengados y por devengarse, desde la fecha en que debió pagar inicialmente el adeudo referido hasta la fecha efectiva de pago a ser ordenada por el laudo arbitral, con la tasa establecida por el Banco Central de Reserva del Perú, conforme a lo previsto por el artículo 1244° del Código Civil y en concordancia al artículo 48 del Decreto**

Legislativo N° 1017 "Ley de Contrataciones del Estado".

Conforme se aprecia del contrato, las partes pactaron como contraprestación por los servicios hacer provistos por ENDOSCOPY, la suma ascendente a S/. 70,000.00 Nuevos Soles, situación que no ha sido materia de discusión.

Por otro lado, de los actuados se aprecia que dicho monto pactado por ESSALUD con ENDOSCOPY nunca fue cancelado, máxime si este pago se encontraba supeditado a la conformidad de la entidad, la misma que fue solicitada en múltiples ocasiones sin que hubiese respuesta alguna. Atendiendo a ello y a lo señalado en el punto anterior en el sentido que la entidad debería dar la conformidad del servicio a ENDOSCOPY, esta situación de plano genera la obligación del pago de los S/. 70,000.00 Nuevos Soles.

Con relación al pago de intereses, el artículo 48 del Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Contrataciones del Estado - D.LEG. 1017, concordado con el artículo 181 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1017 que aprobó la Ley de Contrataciones del Estado - DS 184-2008-EF, a la letra establecen lo siguiente:

***"Artículo 49°.- Intereses y penalidades.-
En caso de atraso en el pago por parte de la
Entidad, salvo que se deba a caso fortuito o
fuerza mayor, ésta reconocerá al
contratista los intereses legales
correspondientes. Igual derecho
corresponde a la Entidad en caso sea la
acreedora. (...) (Parte pertinente)".***

***"Artículo 181°.- Plazos para los pagos
La Entidad deberá pagar las
contraprestaciones pactadas a favor del
contratista en la oportunidad establecida en
las Bases o en el contrato. Para tal efecto, el
responsable de dar la conformidad de
recepción de los bienes o servicios, deberá***

hacerlo en un plazo que no excederá de los diez (10) días calendario de ser éstos recibidos.

En caso de retraso en el pago, el contratista tendrá derecho al pago de intereses conforme a lo establecido en el artículo 48° de la Ley, contado desde la oportunidad en que el pago debió efectuarse.”

Resulta evidente que las citadas normas tienen carácter imperativo, e implican que, en caso de retraso en el pago, será obligación de ESSALUD pagar los intereses moratorios devengados a partir del día siguiente de la fecha límite de pago que tenía ESSALUD.

Dado que ni las Bases ni el Contrato habrían fijado la tasa de interés aplicable para el caso de demora en el pago, corresponde, conforme al Código Civil se aplique la tasa de interés legal.

En efecto, producido el retardo culposo del deudor en el cumplimiento de la prestación debida y ante la concurrencia de los requisitos para el devengamiento de intereses moratorios, por acuerdo de partes o mandato de la ley, dicho deudor estará obligado a su pago.⁵

Sobre el particular, el artículo 1246 del Código Civil Peruano establece que si los contratantes no pactan el pago de un interés moratorio, el deudor se encontrará obligado al pago de un determinado tipo de interés por causa de mora, que, según sea el caso, se tratará del interés compensatorio o del interés legal.

Por otro lado, cabe precisar que ESSALUD deberá reconocer los intereses legales generados a partir del día 8 de noviembre de 2010 más 10 días naturales⁶ hasta la fecha que se haga efectivo el pago, dado que el citado artículo 181 del Reglamento, regula un supuesto de mora automática.

⁵ OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. *Op. Cit.*, p. 533.

⁶ Fecha en la que se solicitó por primera vez a ESSALUD para que realice la conformidad de la obra.

En efecto, el devengo de intereses se da «desde la oportunidad en que el pago debió efectuarse», es decir, no se requiere que el acreedor (es decir, ENDOSCOPY) intime en mora al deudor.

Recordemos que, según el inciso 1 del artículo 1333 del Código Civil, no es necesaria la intimación para que la mora exista cuando la ley o el pacto lo declaren expresamente.

Resulta evidente que el citado artículo 181 del Reglamento constituye un supuesto de mora automática por mandato de la ley, pues el simple transcurso del tiempo (fecha en la que el pago se debió efectuar) origina la deuda de intereses legales, por parte de la Entidad.

Dentro de tal orden de ideas, corresponde declarar Fundada la tercera pretensión de ENDOSCOPY y, en consecuencia, se ordena a ESSALUD pagar a favor del demandante los intereses legales (moratorios) devengados desde el 19 de noviembre de 2010, hasta la fecha efectiva de pago.

d) Determinar si corresponde el pago al contratista por un monto igual al adeudado (S/. 70 000.00) por daños y perjuicios, dado el tiempo transcurrido de nueve (09) meses aproximadamente.

Tal como señala Juan Espinoza Espinoza, en cuanto a la carga de la prueba de la responsabilidad contractual se refiere, corresponde al dañado probar e identificar correctamente el daño originado.

Al respecto y de un estudio de los actuados se puede apreciar que ENDOSCOPY no ha cumplido con sustentar su pedido de indemnización por daños y perjuicios, pues no ha identificado correctamente el supuesto daño que le había originado la demora en el pago producto de la resistencia de ESSALUD de emitir

la conformidad; menso aún no ha presentado medio probatorio alguno que avale su pedido indemnizatorio, conforme así lo prescribe el artículo 196° del Código Procesal Civil⁷.

En tal sentido, el Arbitro Unico considera que este punto al no haber sido debidamente acreditado por la parte demandante debe declararse infundado.

e) Determinar a quién corresponde el pago de costos y costas.

En cuanto a los costos del arbitraje, el numeral 1 del artículo 73 del Decreto Legislativo N° 1071, dispone que el Árbitro Único tendrá en cuenta —a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje — el acuerdo de las partes. A falta de acuerdo, aquellos serán de cargo de la parte vencida. No obstante, el Árbitro Único tiene la potestad de poder distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

Asimismo, el artículo 70 del citado cuerpo legal establece que los costos incluyen (i) los honorarios y gastos del tribunal arbitral; (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 el tribunal arbitral; (v) los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje; y (vi) los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales».

En el presente caso, en el Contrato no establece pacto alguno relativo a los costos arbitrales;

Al respecto el Árbitro Único observa que, los hechos que propiciaron la

7

Artículo 196.- Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos.

controversia se derivan del incumplimiento por parte de ESSALUD de dar conformidad al servicio Tercerizado de terapia CO2 con láser para la paciente Perla Zorrilla Larrea, sin mediar causa justa que valide dicho accionar. De esta manera, el actuar de ESSALUD obligó a ENDOSCOPY a ejercer su derecho en la vía arbitral. Por ello, el Árbitro considera que corresponde a ESSALUD asumir el íntegro de los costos que generó el presente proceso arbitral.

En consecuencia, corresponde declarar fundada la quinta pretensión y ordenar que ESSALUD asuma el íntegro de los costos arbitrales, más los intereses legales devengados desde la fecha de la notificación de la demanda, hasta la fecha efectiva de pago, así como los gastos que ha incurrido para su defensa la contratista en el proceso arbitral.

9.2. PARTE RESOLUTIVA:

Por los Considerando Expuestos y con criterio de conciencia, el Árbitro Único resuelve:

PRIMERO: Declarar **FUNDADA** la primera pretensión de ENDOSCOPY y, en consecuencia, téngase por ejecutada el Servicio Tercerizado de Terapia C02 con Láser para la paciente Perla Zorrilla Larrea.

SEGUNDO: Declarar **FUNDADA** la segunda pretensión de ENDOSCOPY y, en consecuencia, procédase a dar la conformidad del Servicio Tercerizado de Terapia C02 con Láser para la paciente Perla Zorrilla Larrea, proveniente de la Orden de Compra N° 4501370866 – AMC N° 1005M03141.

TERCERO: Declarar **FUNDADA** la tercera pretensión de ENDOSCOPY y, en consecuencia, se ordena a ESSALUD pagar a favor del demandante la suma de S/. 70,000.00 Nuevos Soles más los intereses legales devengados hasta la fecha efectiva del pago.

CUARTO: Declarar **INFUNDADA** la cuarta pretensión de ENDOSCOPY, en relación a los daños y perjuicios deducidos.

QUINTO: Declarar **FUNDADA** la quinta pretensión de ENDOSCOPY, en relación a los costos arbitrales del presente proceso; y, en consecuencia, se ordena que los mismos sean asumidos en su integridad por ESSALUD, monto que se calculará en ejecución del laudo arbitral.



RAFAEL TORRES MORALES
ÁRBITRO ÚNICO

FABIOLA PAULET MONTEAGUDO
Directora de Arbitraje Administrativo