

Tecnología Industrial y Nacional S.A.

Hospital Santa Rosa

Árbitro único: Ricardo Antonio León Pastor

765

DEMANDANTE: Tecnología Industrial y Nacional S.A.

DEMANDADO: Hospital Santa Rosa

Caso arbitral: A 100 2012

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

Resolución N° 37

Lima, 9 de marzo de 2015

I. EXISTENCIA DE UNA CLÁUSULA ARBITRAL

1. De acuerdo a la cláusula décimo séptima del contrato N° 143-2011-HSR producto de la licitación pública N° 0003-2011-HSR para la adquisición de equipo de rayos X fijo con fluoroscopia, suscrito entre Hospital Santa Rosa y la empresa Tecnología Industrial y Nacional S.A., las controversias surgidas durante la ejecución contractual serán sometidas a arbitraje administrativo dentro del plazo previsto en los artículos 144, 170, 175 y 177 del Reglamento o, en su defecto, en el artículo 52 de la Ley de Contrataciones con el Estado.

II. DE LA INSTALACIÓN DEL ARBITRAJE

- 
2. El 23 de octubre de 2012, en la sede institucional del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE, con la presencia de ambas partes, se realizó la audiencia de instalación del Árbitro Único, Ricardo Antonio León Pastor.
 3. El Árbitro Único declara que ha sido debidamente designado de acuerdo a ley y al convenio arbitral celebrado entre las partes, ratificándose en la aceptación del encargo de Árbitro Único y señala que no tiene ninguna incompatibilidad ni compromiso alguno con las partes. Asimismo, se obliga a desempeñar con imparcialidad y probidad la labor encomendada.
 4. Las partes asistentes declaran su conformidad con la designación realizada, manifestando que no tienen conocimiento de alguna causa que pudiera

motivar una recusación. En consecuencia, se declara formalmente instalado el Árbitro Único.

5. Se establece como lugar del arbitraje la ciudad de Lima y como sede del Árbitro Único, las oficinas ubicadas en Edificio El Regidor N° 108, Residencial San Felipe, distrito de Jesús María; lugar en el que se realizarán las audiencias y demás actos relativos al proceso; salvo la presentación de escritos y/o documentos, la misma que se realizará a través de las oficinas de trámite documentario del OSCE. El idioma aplicable al presente proceso arbitral es el castellano.
6. La legislación aplicable para resolver el fondo de la controversia sometida al presente proceso arbitral es la legislación peruana. Las normas aplicables al arbitraje, de acuerdo a lo establecido por el artículo 52º de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por el Decreto Legislativo N° 1017 (en adelante la Ley), deben mantener obligatoriamente el siguiente orden de prelación en la aplicación del derecho: 1) La Ley, 2) su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF, 3) las normas del derecho público y 4) las normas del derecho privado. La aplicación de las leyes especiales sobre arbitraje, como es el caso del Decreto Legislativo N° 1071, se realizará de manera supletoria y siempre que no se opongan a lo establecido en la Ley y el Reglamento.
7. En virtud del convenio arbitral contenido en la cláusula Décimo Séptima del Contrato N° 143-201-HSR, suscrito el 29 de diciembre del 2011 y, en aplicación del artículo 216º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF, el presente arbitraje será AD HOC, NACIONAL y de DERECHO.
8. El arbitraje se regirá de acuerdo a las reglas establecidas en la presente Acta; a lo dispuesto por la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Legislativo N° 1017, (en adelante la LCE); su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF (en adelante, RLCE); y por el Decreto Legislativo N° 1071 que norma el Arbitraje (en adelante el Decreto Legislativo).

III. DE LA DEMANDA ARBITRAL

9. El 07.11.12 TECNOLOGÍA INDUSTRIAL Y NACIONAL S.A. - TECNASA S.A., presenta demanda en los términos siguientes:

- 767
- a. PRIMERA PRETENSIÓN: Que se deje sin efecto el Oficio N° 031-2012-SA-DS-HSR-DG, el cual deniega, sin sustento válido alguno, la ampliación de plazo para la entrega del equipo.
 - b. SEGUNDA PRETENSIÓN: Que se apruebe la ampliación de plazo por (40) cuarenta días calendario para la entrega del equipo de Rayos X Fijo con Fluoroscopia, cuyo plazo es necesario para el cumplimiento de nuestra obligación, ya que ocurrió un hecho no imputable a nuestra parte y que, incluso, sería susceptible de ser considerado como motivo de caso fortuito y/o fuerza mayor.
 - c. PRIMERA PRETENSIÓN ACCESORIA A LA SEGUNDA PRETENSIÓN: Que al aprobarlos la ampliación de plazo por 40 días calendarios se nos otorgue los gastos generales derivados de dicha ampliación de plazo, conforme con la normativa de contrataciones.
 - d. SEGUNDA PRETENSIÓN ACCESORIA A LA SEGUNDA PRETENSIÓN: Que se nos apruebe una ampliación de plazo por el íntegro del periodo transcurrido entre el vencimiento del plazo del contrato y la fecha efectiva en la cual se apruebe la ampliación de plazo por 40 días previamente solicitadas.
 - e. PRETENSIÓN ACCESORIA A LA SEGUNDA PRETENSIÓN ACCESORIA DE LA SEGUNDA PRETENSIÓN: Que, al otorgarnos la ampliación de plazo solicitada en la tercera pretensión, se nos reconozca los gastos generales derivados de la misma.
 - f. PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA PRIMERA Y/O SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que, en el hipotético y negado caso que no se nos conceda la ampliación de plazo solicitada, se declare que el mayor tiempo transcurrido de cuarenta días, es sin culpa de TECNASA S.A., no correspondiendo por ende la aplicación de penalidad alguna, dado que el artículo 165º del Reglamento es muy claro cuando señala que esta sólo procede en caso de retraso injustificado.
 - g. PRETENSIÓN ACCESORIA A LA SUBORDINADA A LA PRIMERA Y/O SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que, no habiendo retraso injustificado de nuestra parte, se nos reconozcan los mayores costos en los que hemos incurrido durante dichos cuarenta días, incluidos los costos de mantenimiento de las cartas fianzas del contrato.

- fl*
- 10. El 29 de diciembre del 2011, nuestra empresa firmó el contrato N° 143-2011-HSR (en adelante el CONTRATO), cuyo objeto era la adquisición de Equipo de Rayos X fijo con Fluoroscopia, el plazo de entrega estipulado en el CONTRATO es de 44 días calendario a partir del día siguiente de suscrito el mismo.
 - 11. Con el fin de cumplir con el plazo acordado, nuestra empresa colocó las órdenes de compra correspondientes a nuestro proveedor el día siguiente de firmado el CONTRATO, la cual fue recibida el día 25 de enero de 2012.

12. Es el caso del proveedor Taichí Holdings Limited quien es el representante de Hitachi Medica para Latinoamérica, cuyo tiempo de entrega original era para el 3 de febrero del 2012, de esa manera cumpliríamos con el tiempo de entrega acordado con la Entidad para el 09 de marzo de 2012.

768

13. Sin embargo, con fecha 30 de enero del 2012 recibimos una comunicación de Hitachi Asia (Tailandia), mediante la cual nos manifiestan que han ocurrido una serie de eventos climáticos, provocando inundaciones en la fábrica donde se encuentra su planta, que les ha hecho retrasar su producción y, por lo tanto, el tiempo de entrega acordado originalmente.

14. Es por este hecho fortuito - sin culpa para nuestra parte - ocurrido en la fábrica de Tailandia, que resulta imposible cumplir con la fecha acordada de entrega del equipo de Rayos X, ya que ellos son los proveedores de varios de los componentes que son parte esencial del armado total de dicho equipo.

15. Ello ha generado que el tiempo previsto para la entrega se postergue, por lo que, el 15 de febrero de 2012, se solicitó una ampliación de plazo por causal de hecho fortuito y/o fuerza mayor, debido a la imposibilidad del fabricante para realizar la entrega oportuna de los componentes del equipo como consecuencia de eventos climáticos.

16. Pese a ello, a través del Oficio N° 031-2012-SA-DS-HSR-DG recibido el 20 de febrero de 2012, la Entidad consideró no otorgarnos la ampliación de plazo, contraviniendo lo estipulado por la normatividad de la materia y, pero aún, desconociendo que el hecho no es imputable a nuestra parte, pues de ningún modo el hecho generador del retraso pudo ser previsible, ni por la empresa ni por el propio fabricante.

17. Ante dicho hecho, en un ánimo conciliador, el 29 de febrero de 2012 invitamos a la Entidad a llegar a un acuerdo consensuado a fin de poder llegar a un acuerdo; sin embargo, no se llegó a acuerdo alguno.

18. En tal sentido, el 14 de mayo de 2012 solicitamos el inicio del presente arbitraje a fin de resolver las controversias antes planteadas.

19. El Oficio N° 031-2012-SA-DS-HSR-DG debe ser dejado sin efecto puesto que carece de argumentos válidos conforme con la normativa de

contrataciones, dado que se fundamenta en hechos subjetivos, los mismos que refutaremos en los siguientes párrafos.

769

20. El primer argumento tomado por la Entidad para no otorgar la ampliación de plazo es el supuesto perjuicio al prestigio de su institución, argumento que no calza en ningún supuesto de hecho tomado por la normativa de contrataciones para denegar una ampliación de plazo, la Constitución o la Ley de Procedimiento Administrativo General que están obligados a cumplir los funcionarios públicos, conforme con el numeral 1.1 del artículo IV de la Ley de Procedimiento Administrativo General (Ley 27444). "Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo: 1.1. Principio de legalidad.- Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que se estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas."
21. Otro de los argumentos tomados por la Entidad para denegar la ampliación de plazo es que las inundaciones se dieron desde octubre de 2011, por lo cual la empresa debió prever teniendo en cuenta que el contrato fue firmado en diciembre de 2011; al respecto, debemos señalar que en Tailandia las lluvias en esa época del año son fenómenos normales, sin que estas causen daños significativos en Bangkok, por lo cual la demasia de las lluvias fue un fenómeno totalmente imprevisto.
22. Además, si bien es cierto que las lluvias comenzaron antes de la firma del contrato estas se dieron en zonas diferentes a Bangkok, siendo que era totalmente imprevisible que dicho fenómeno alcance las dimensiones que alcanzó, tal es así que fue catalogado como "las peores inundaciones en cantidades de agua y personas afectadas", siendo considerado por el Banco Mundial en el 2011 como el cuarto desastre más costoso, superado solamente por el terremoto y tsunami de Japón de 2011, el terremoto de Kobe de 1995, y el huracán Katrina de 2005.
23. Como puede apreciarse de lo antes descrito, estas inundaciones fueron totalmente fortuitas, pues, si bien es cierto se veían lluvias antes de la fecha de la firma del contrato fue totalmente imposible prever que estas iban a alcanzar la magnitud que alcanzó, pues como es sabido, pese a los avances científicos, sigue siendo imposible predecir las dimensiones que puede alcanzar cualquier fenómeno natural.
24. Además de lo antes descrito, no es posible que se deniegue una ampliación de plazo por hechos que son ajenos al contratista, hechos

desconocidos en magnitud por nuestra parte, lo cual imposibilita cualquier medida de prevención que podría tomarse.

770

25. Respecto de la Aprobación de la Ampliación de plazo por 40 días y sus respectivos gastos generales, debemos demostrar que cumplimos con lo requerido en el artículo 175 del Reglamento, el mismo que señala:

"Artículo 175.- Ampliación de plazo contractual

Procede la ampliación contractual en los siguientes casos:

(...)

2. Por atrasos o paralizaciones no imputables al contratista.

(...)

4. Por caso fortuito o fuerza mayor.

El contratista deberá solicitar la ampliación dentro de los 7 días hábiles de aprobado el adicional o de finalizado el hecho generador del atraso o paralización.

(...)

En virtud de la ampliación otorgada, la Entidad ampliará el plazo de los contratos directamente vinculados al contrato principal.

Las ampliaciones de plazo en contratos de bienes o para la prestación de servicios darán lugar al pago de los gastos generales debidamente acreditados.

(...)"

26. Así pues, como ya lo mencionamos anteriormente, el hecho generador de la ampliación de plazo es la inundación que sufrieron las plantas localizadas en Bangkok - Tailandia, las mismas que abastecen de componentes indispensables para la fabricación del equipo.

27. Este hecho, conforme con el numeral 2 del artículo 175 es un acontecimiento que no es imputable al contratista, pues es un hecho ajeno que escapa de su dominio, hecho que por más que se actúe diligentemente y tomando las previsiones necesarias, no sería posible controlar o disminuir sus efectos y es un hecho que, sin duda alguna, afecta el plazo para el cumplimiento del objeto del CONTRATO.

28. Además de lo antes manifestado, el hecho generador del retraso es considerado también, conforme con el numeral 4 del artículo 175 del Reglamento, un hecho fortuito o de fuerza mayor. Para ello, resulta pertinente observar el artículo 1315º del Código Civil, el cual define lo que

se entiende para nuestro Ordenamiento Jurídico como caso fortuito o fuerza mayor, conforme a lo siguiente: "Caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso."

771

29. El hecho generador del retraso en la entrega del equipo calza exactamente en las tres características del artículo 1315 del Código Civil, antes señaladas, tal como pasaremos a demostrar:
30. Acontecimiento extraordinario: que un acontecimiento sea extraordinario, de conformidad con el diccionario de la Real Academia de la Lengua implica "fuera del orden o regla natural o común"; en efecto, en este caso en concreto, este es un hecho que nunca antes se había observado, un fenómeno climatológico de tal magnitud que incluso fue catalogado por el Banco Mundial como el cuarto desastre más costoso hasta el 2011, con lo cual queda demostrado que es fuera del orden común.
31. Acontecimiento imprevisible: Es decir, es un hecho inesperado, que no se puede prever, pues bien, según ya lo manifestamos anteriormente, en ningún momento se imaginó siquiera que las lluvias del 2011 afectarían en tal magnitud a las fábricas de Bangkok en Tailandia.
32. Acontecimiento irresistible: Dicho hecho climático, no pudo ser evitado de ninguna manera, pues pese a las medidas tomadas por el Gobierno Tailandés, no se pudo evitar las desastrosas consecuencias que trajeron las lluvias en el año 2011, lo cual es una constante en los fenómenos climatológicos, y prueba de ello son los millones de damnificados que produjo estas lluvias.
33. En tal sentido, ante este hecho imprevisible e inimputable al contratista, no pudo cumplir con el objeto del contrato el día 09 de marzo de 2012, en consecuencia, conforme con la carta enviada por nuestro proveedor Taichi Holdings Limited, el equipo sería embarcado recién el 10 de marzo de 2012. Así pues, considerando ello, fue necesario un plazo adicional para cumplir con el objeto del contrato. Ese plazo adicional se sustenta del Tiempo que demora el transporte vía marítima desde Japón hasta el Perú (45 días), Tiempo que demora la nacionalización del equipo (15 días hábiles), tiempo Total en días calendario (65 días)
34. Como puede observarse el plazo necesario a contarse a partir del 10 de marzo de 2012 era de 65 días calendario; sin embargo, solicitamos solo un

plazo de 40 días, ello a fin de compartir el riesgo con la Entidad; por lo cual, el plazo contractual con esta ampliación de plazo deberá extenderse hasta el 18 de abril de 2012.

772

35. Además de ello, hemos cumplido a cabalidad con el procedimiento para la solicitud de ampliación de plazo al solicitar la misma dentro de los 7 días hábiles de recibida la comunicación por parte de nuestro proveedor, en la que nos señalan con certeza que el embarque nos lo harían el 10 de marzo de 2012 .
36. Sobre la ampliación de plazo por el tiempo que se demore la aprobación de la ampliación de plazo por 40 días, este mayor tiempo implica mayores gastos generales, específicamente, gastos financieros por la renovación de la carta fianza, los mismos que deben ser reconocidos.
37. Como ha quedado claro a lo largo de este escrito, el retraso en el que incurrió nuestra empresa para el cumplimiento de la obligación contractual fue sin culpa alguna atribuible a nuestra parte.
38. En tal sentido, debemos tener en cuenta que la normativa es clara cuando señala que solo en caso de retraso injustificado la Entidad podrá aplicar penalidad, conforme a lo siguiente: "Artículo 165º.-' Penalidad por mora en la ejecución de la prestación: En caso de retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la Entidad le aplicará al contratista una penalidad por cada día de atraso, hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente o, de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse. Esta penalidad será deducida de los pagos a cuenta, del pago final o en la liquidación final; o si fuese necesario se cobrará del monto resultante de la ejecución de las garantías de fiel cumplimiento o por el monto diferencial de propuesta."
39. Así pues, conforme con la norma antes citada, podemos resaltar dos requisitos para estar ante un supuesto de mora, los cuales son: i) Que exista retraso en el plazo del contrato, ii) Que dicho retraso sea injustificado.
40. Si bien es cierto, existe un retraso en el plazo del contrato, no se nos puede atribuir responsabilidad sobre ese hecho pues, en primer lugar, el motivo del retraso es un fenómeno climático cuyas consecuencias estuvimos impedidos de evitar; hecho fortuito de tal magnitud, capaz de justificar el retraso en el que nos vemos envueltos, pues no hubo forma de mitigar los

daños ocasionados que trajeron como consecuencia que el equipo de rayos X no sea presentado en la fecha pactada.

41. Por otro lado, debemos tener presente que la aplicación de mora corresponde a supuestos especiales, en los que debe observarse quienes son realmente merecedores de dicha mora ya que ésta cumple con una finalidad importante, la cual busca desalentar conductas del contratista que motiven una dilación del contrato, sobrepasando el plazo establecido por las partes.

773

42. En tal sentido, al no tratarse de un retraso injustificado, es preciso que la Entidad reconozca los mayores gastos generales en los que ha incurrido nuestra empresa en los 40 días, los mismos que se traducen en gastos financieros por renovación de carta fianza.

IV. DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y RECONVENCIÓN

43. HOSPITAL SANTA ROSA - MINISTERIO DE SALUD contesta demanda y formula reconvención. Conforme a lo dispuesto por el art. 47º de la Constitución Política del Estado, y el Decreto Legislativo N° 1068, de Defensa Jurídica del Estado, concordante con el Art. 13, inc. a) de la Ley del Ministerio de Salud N° 27657, dentro del término establecido, contesto la demanda, solicitando se declare infundada; conforme a las razones siguientes:

44. El 29 de diciembre de 2011 se suscribió el Contrato N° 143-2011-HSR-Licitación Pública N° 0003-2011-HSR "Adquisición de Equipo de Rayos X Fijo con Fluoroscopia" por la suma de S/. 949,000.00 (Novecientos Cuarenta y Nueve Mil y 00/100 Nuevos Soles), mediante el cual la contratista se obligaba a entregar un Equipo de Rayos X / Fluoroscopia Estacionario, de acuerdo a las características y especificaciones técnicas establecidas en las bases y en el contrato, y cuyo plazo de entrega se estableció en 44 días calendario a partir de la recepción formal de la orden de compra.

45. La contratista solicita como pretensión principal que se deje sin efecto el oficio N° 031-2012-SA-DS-HSR-DG, el cual deniega la ampliación de plazo de 40 días calendario solicitada, argumentando motivos de fuerza mayor, conforme a lo establecido en el numeral 4 del artículo 175 del Reglamento de Contrataciones del Estado, y de acuerdo a los fundamentos que se exponen y medios probatorios que se acompañan a la demanda; sin embargo, debe tenerse presente que la entidad denegó la ampliación de plazo solicitada básicamente porque la contratista no demostró que la causal invocada haya sido imprevisible, sino por el

ff

contrario, fue la propia empresa la que propuso el plazo de entrega del equipo de 44 días calendario (a pesar que las bases establecían un plazo de 90 días), conforme se advierte de su propuesta técnica y económica de fecha 15 de diciembre de 2011, motivo por el cual se le otorgó la buena pro y por el cual se suscribió el contrato unos días después, el 29 de diciembre de 2011.

774

46. Es decir, la empresa se comprometió a cumplir con dicho plazo aun conociendo los motivos imprevisibles por los cuales ahora argumenta su solicitud de ampliación de plazo, referido a que las lluvias producidas desde el mes de octubre de 2011 estaban afectando las plantas de cerca de 450 empresas japonesas, dentro de las cuales se encontraba su proveedora (específicamente refiriéndose a la empresa TAICHI HOLDINGS LIMITED); y aún así propuso un plazo de entrega de 44 días contabilizados desde el 29 de diciembre de 2011, fecha en que se firmó el contrato y tres meses después de iniciado el supuesto evento extraordinario. En ese sentido, advirtiéndose que no se trataba de un hecho fortuito ni imprevisible, se declaró improcedente su solicitud, por lo cual no resulta aplicable la causal establecida en el numeral 4 del artículo 175º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
47. Cabe precisar, conforme se advierte de la Nota Informativa Nº 003-2012-SA-DS-HSR-DDI de fecha 17 de enero de 2012, la Dra. Pilar Montenegro Rojas - entonces Jefa del Servicio de Radiología - informó a la Dirección General del Hospital Santa Rosa, señaló que la empresa TECNASA remitió la Carta de fecha 09 de enero de 2012 expresando que: "no cuenta con el modelo de equipo licitado POPOLUS y proponen cambiarlo por el modelo del equipo POPOLUS TI, además de proponer la donación de un equipo de rayos x estacionario", hecho que fue rechazado por el equipo de médicos radiólogos del área usuaria. Es decir, primeramente se solicitó el cambio del equipo y posteriormente, al no haberse aceptado el cambio del equipo se argumentó motivos de fuerza mayor.
48. En atención a los fundamentos expuestos, resulta claro que la empresa demandante no cumplió con entregar el equipo dentro del plazo establecido en el contrato, a pesar que dicho plazo fue el que él mismo propuso; asimismo, se advierte que el hecho invocado no se enmarca como un evento extraordinario, imprevisible ni irresistible, por cuanto se produjo tres meses antes de la suscripción del contrato (29 de diciembre de 2011) y, por lo tanto, pudo evitarse, si es que la contratista se hubiera ceñido a lo establecido en las bases del contrato que establecía un plazo inicial de 90 días para el cumplimiento de la obligación. En ese sentido, no resulta aplicable la causal de ampliación de plazo establecida



en el numeral 4 del artículo 175 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, por lo cual se declaró improcedente su solicitud, y resulta plenamente aplicable la penalidad por retraso injustificado establecida en el artículo 165º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

775

49. Formulamos la presente reconvención, solicitando que se declaren Fundadas las siguientes pretensiones:

- a. Que, la empresa TECNASA devuelva la suma de S/. 940,000.00 más intereses legales pago efectuado mediante Comprobante de Pago N° 0-0248 de fecha 25 de enero de 2012, cuando aún no se había emitido la conformidad de la prestación, en contravención con lo establecido en el artículo 177º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado y que no ha sido devuelto a pesar de los requerimientos efectuados por el Hospital mediante Carta Notarial N° 028-2012-SA-DS-HSR-DG.
- b. Que, se reconozca el consentimiento de la Carta Notarial N° 028-2012-SA-DS-HSR-DG, mediante la cual se resolvió el Contrato N° 143-2011-HSR - "Adquisición de Equipo Rayos X con Fluoroscopia", por no haber sido sometida a controversia dentro del plazo establecido en el artículo 170º del DS. N° 184-2008-EF, por lo cual surte todos sus efectos, resolución que se efectuó en aplicación de lo establecido en el artículo 40º inc. c) del Decreto Legislativo N° 1017 y el artículo 169 del DS. N° 184-2008-EF, al tratarse de un incumplimiento irreversible.
- c. Que, como consecuencia de lo expuesto y en aplicación de lo establecido en el artículo 170º del DS. N° 184-2008-EF, se disponga el pago de una indemnización por daños y perjuicios ascendente a la suma de S/. 94,000.00 (Noventa y cuatro Mil y 00/100 Nuevos Soles) más intereses legales calculados desde la fecha en que se establecieron las observaciones al equipo mediante Acta de fecha 03 de agosto de 2012 hasta la fecha de su pago.
- d. Que, se reconozcan el pago de todos los gastos arbitrales (honorarios del Árbitro Único y Gastos Administrativos) a cargo de la empresa demandante.

50. En relación a las pretensiones descritas debemos indicar que conforme se advierte de la Guía de Remisión N° 008730, la empresa TECNASA efectuó la entrega del equipo de Rayos X el 26 de marzo de 2012 y mediante Guía de Remisión N° 008916 se efectuó el cambio del equipo por garantía, con fecha 10 de julio de 2012. Asimismo, con fecha 03 de agosto de 2012 se suscribió el Acta de Verificación de requisitos

técnicos del equipo de Rayos X, entre las partes, apersonándose la Dra. Sarah Guerra como Jefa del Departamento de Diagnóstico por Imágenes representando al área usuaria competente para determinar la conformidad o no del equipo objeto del contrato; y en representación del contratista se apersonó el Ing. Ernesto Barbarán acreditado en el proceso de licitación, efectuándose observaciones a 05 ítems de las especificaciones técnicas del equipo, siendo relevante la observación al ítem B 14: "La bandeja del bucky no permite el ingreso de portachasis menor de 35 x 43. El sistema sólo permite el centraje con circuito cerrado (intensificador de imágenes). La mesa no cuenta con un sistema de elevación motorizada del tablero".

776

51. El 17 de septiembre de 2012, el área usuaria informó que la empresa contratista no había cumplido con subsanar las observaciones al ítem B 14, por lo que no otorgaba la conformidad, y adjuntaba el acta de fecha 13 de septiembre de 2012, y tratándose de un incumplimiento irreversible, y al no haber cumplido la empresa contratista con subsanar la observación efectuada al equipo después de más de un mes de efectuadas las observaciones, en aplicación de lo establecido en el artículo 40º inc. c) del Decreto Legislativo N° 1017 y el artículo 169 del DS. N° 184-2008-EF, se procedió a resolver el contrato mediante Carta Notarial N° 028-2012-SA-DS-HSR-DG, notificada a la empresa contratista con fecha 25 de septiembre de 2012, documento en mérito del cual la empresa no ha iniciado procedimiento alguno para su impugnación dentro del plazo establecido en el artículo 170º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, por lo cual se encuentra consentida.
52. En mérito de lo expuesto, solicitamos que se aplique la norma prevista, y que se establezca responsabilidad por daños y perjuicios, al no haber cumplido la empresa contratista con sus obligaciones establecidas en el contrato, al haber presentado un equipo que no cumple con las especificaciones técnicas, no haber subsanado las observaciones efectuadas por el área usuaria, hecho que no ha sido negado en ningún extremo del proceso de entrega ni en la demanda arbitral.
53. Asimismo, solicitamos que se nos devuelva la suma de S/. 940,000.00 más intereses legales que corresponden al pago efectuado mediante Comprobante de Pago N° 0-0248 con fecha 25 de enero de 2012, cuando aún no se había emitido conformidad de la prestación, en contravención con lo establecido en el artículo 177º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado y que no ha sido devuelto a pesar de los requerimientos efectuados mediante Carta Notarial N° 028-2012-SA-DS-HSR-DG, por tratarse de un pago indebido, efectuado aun cuando el



equipo no cumple con las especificaciones técnicas establecidas en las bases y el contrato.

54. Respecto de la pretensión referida al pago de los gastos arbitrales, debemos indicar que de conformidad con los fundamentos expuestos respecto de las anteriores pretensiones, al corresponder que se declare Infundada la Demanda en todos sus extremos y Fundada la Reconvención, corresponde que los gastos arbitrales sean asumidos con la parte demandante. 771
55. Posteriormente, ambas partes han cumplido con presentar sus alegatos escritos, reiterando la argumentación precedente.

V. PRETENSIONES ACUMULADAS

56. El 29 de agosto de 2013 TECNOLOGÍA INDUSTRIAL Y NACIONAL S.A. - TECNASA. presentó pretensiones acumuladas, en los siguientes términos.
- a. PRIMERA PRETENSIÓN: Se deje sin efecto la Resolución al Contrato N° 143-2011- HSR, interpuesta por la Entidad a través de la Carta Notarial N° 028-2012-SA-DS- HSR-DG, debido a que dicha resolución no se ciñe al procedimiento establecido en el artículo 169 del Reglamento de Contrataciones del Estado (Requisito formal).
 - b. SEGUNDA PRETENSIÓN: Sin perjuicio de la pretensión anterior, solicitamos a su Tribunal determine que no existe incumplimiento alguno por parte de TECNASA que dé mérito a una resolución por culpa imputable a esta (Requisito de Fondo).
 - c. TERCERA PRETENSIÓN: Que, de acuerdo a lo dictado por DIGIEM, se establezca que hemos cumplido debidamente con levantar las observaciones formuladas, en plazo y oportunidad requerido por parte de la Entidad, respecto del equipo de Rayos X Fijo con fluoroscopia, incluido el ítem B 14, que fue el único cuestionamiento.
 - d. CUARTA PRETENSIÓN: Que se establezca que, sin perjuicio de la garantía del producto, no existe la posibilidad de crear, inventar o incrementar mayores observaciones luego del acto normal de levantamiento de observaciones y de su atención por parte del proveedor.
 - e. QUINTA PRETENSIÓN: Que se ratifique que la parte técnica del Hospital Santa Rosa, ha dado su plena conformidad al levantamiento de observaciones por parte de TECNASA.



- 773
- f. SEXTA PRETENSIÓN: Que se establezca la plena validez del documento de recepción del equipo conforme del pasado 13 de septiembre de 2012, suscrito entre su Entidad y la nuestra.
 - g. PRETENSIÓN ACCESORIA A LA QUINTA Y/O SEXTA PRETENSIÓN: Que al haber la Entidad dado su conformidad al levantamiento de observaciones y haberse recibido válidamente el equipo, solicitamos que esta nos expida el documento de cumplimiento de la prestación del bien materia del contrato.
 - h. SÉPTIMA PRETENSIÓN: Que, en adición y sin perjuicio de lo anterior, se determine que el mayor tiempo de incertidumbre que transcurra hasta la conformidad final es sin culpa de nuestra parte, debiéndose nos reconocer los mayores costos y/o mayores gastos generales que ello nos genere.
 - i. OCTAVA PRETENSIÓN: Que se declare que su parte ha ejecutado la carta fianza de fiel cumplimiento otorgada por nuestra parte de modo prematuro y, por ende, indebido, sin que exista habilitación legal ni estar ninguno de los tres supuestos de ejecución de cartas fianza.
 - j. PRIMERA PRETENSIÓN ACCESORIA A LA OCTAVA PRETENSIÓN: Que, al tratarse de una ejecución indebida, se nos reintegre el íntegro de la garantía de fiel cumplimiento mal ejecutada, incluidos los intereses legales devengados hasta la fecha efectiva de su pago, así como todos los costos que nos ha irrogado tal ejecución ante el Banco Financiero, que emitió dichas fianzas, así como los daños y perjuicios generados por tal ejecución indebida.
 - k. SEGUNDA PRETENSIÓN ACCESORIA A LA OCTAVA PRETENSIÓN: Que se nos reconozca los mayores costos financieros que se nos ha generado por la ejecución indebida de nuestra garantía de fiel cumplimiento, así como todo otro costo, perjuicio o afectación que directa o indirectamente nos haya generado tal posición arbitraria de su Entidad, con los correspondientes daños, perjuicios y demás consecuencias económicas que de ello se deriven, incluso las de orden moral, así como los intereses que se devenguen en su integridad.
 - l. NOVENA PRETENSIÓN: Que se ratifique que ha quedado consentida la Resolución Parcial hecha por nuestra parte al Contrato N° 143-2011-HSR con fecha 04 de octubre de 2012, debido a la reticencia de la Entidad a dar la conformidad al contrato, quedando supérstite la carta ejecutada, es decir hasta la entrega y conformidad del producto.
 - m. DÉCIMA PRETENSIÓN: Solicitamos que la entidad nos indemnice por todos los daños y perjuicios ocasionados debido a la resolución contractual parcial por culpa única y exclusiva de la Entidad.



n. ONCEAVA PRETENSIÓN: Que se efectué expresa condena de costos y costas procesales a la Entidad, máxime si se tiene en cuenta la actitud abiertamente al margen de la ley con la que ha venido actuando.

779

57. Efectuado el acto de recepción del equipo posterior al pedido de ampliación del plazo denegado por la Entidad y ya explicado antes, se efectuaron observaciones que fueron levantadas en su integridad, tal como consta en el Acta de Levantamiento de Observaciones de fecha 13 de septiembre de 2012 suscrita entre nuestra parte y el Jefe de la Oficina de Servicios Generales y Mantenimiento de la entidad, en su calidad de área técnica. En dicha acta se dan por levantadas todas y cada una de las observaciones formuladas por la entidad.

58. Sin embargo, pese a la claridad de todo lo señalado, es el caso que el jefe del Departamento de Diagnóstico por Imágenes, Dra. Sarah Guerra Flores, mostrando un absoluto desconocimiento de la tecnología de fluoroscopía se ha venido oponiendo a la conformidad del contrato, específicamente del requisito contemplado en el ítem o acápite B14, relativo al sistema de elevación motorizada del tablero, altura máxima del tablero 90cm. o mayor, el mismo que cumple con todo lo establecido objetiva y fehacientemente en las Bases y en nuestra propuesta técnica, deviniendo en arbitraria y contraria a la ley, la posición de la persona aquí citada.

59. Sin embargo, pese a que nos encontrábamos realizando conversaciones para llegar a una solución, a través de una conciliación, con fecha 25 de setiembre de 2012, la Entidad nos remite la Carta Notarial N° 028-2012-SA-DS-HSR-DG, a través de la cual, sin ningún requerimiento previo resuelve el contrato, incumpliendo con lo señalado en el artículo 169 del Reglamento de Contrataciones del Estado.

60. El 28 de setiembre de 2012 requerimos el cumplimiento de obligaciones a la Entidad, en cuanto debe otorgarnos la conformidad definitiva del equipo, bajo apercibimiento de resolver el contrato; sin embargo, no se obtuvo respuesta alguna.


61. El 4 de octubre de 2013, ante el incumplimiento de la entidad del requerimiento previo, a través de carta notarial resolvimos parcialmente el contrato por culpa imputable a esta. En la misma fecha notificamos a la entidad la solicitud de arbitraje oponiéndonos a la efectuada por ésta.

62. El 29 de octubre a través de la Carta Notarial N° 1453/2012, ante el silencio de la Entidad sobre la resolución contractual le comunicamos el consentimiento de la mencionada resolución.

780

63. Con fecha 17 de enero de 2013, Informe Técnico N° 001-2013-MAQC DE-DGIEM/MINSA, de fecha 17 de enero del 2013, la Dirección General de Infraestructura, Equipamiento y Mantenimiento del Ministerio de Salud, en adelante DGIEM, emite pronunciamiento sobre el presunto y negado incumplimiento de nuestro equipo de Rayos X Fijo con Fluoroscopia, entregado a la Entidad en cumplimiento del Contrato N° 143-2011-HSR, en el cual señala que el equipo entrega cumple con el ítem B14, cuestionado por la Entidad.

64. Recordemos que la entidad no cumplió el procedimiento ordenado por el artículo 169 del Reglamento de Contrataciones del Estado, para la resolución contractual, pues deben cumplirse una serie de formalidades, entre la que se encuentra el requerimiento previo vía notarial de las obligaciones antes de proceder con la resolución contractual, conforme a lo siguiente:

65. Sin embargo, la Entidad, haciendo caso omiso de la normativa de contrataciones decidió resolver el contrato sin requerir el cumplimiento de las supuestas obligaciones

66. 3. En consecuencia, la Entidad no cumplió con la formalidad ordenada por la ley para la resolución contractual; razón suficiente para determinar que la mencionada resolución contractual es inválida e ILEGAL.

67. En necesario recordar que nuestra empresa cumplió a cabalidad con cada una de las obligaciones contractuales, así pues, el cumplimiento del Contrato N° 143-2011-HSR, para la adquisición del equipo de Rayos X fijo con Fluoroscopia, fueron entregados en el plazo y modo oportunos (conforme la posición que sostiene nuestra parte en este proceso arbitral, lo cual ha sido referido en nuestra demanda), cumplimos con hacer entrega del equipo adquirido.

68. Efectuadas las coordinaciones del caso, realizamos asimismo los trabajos de instalación pertinente e incluso proveímos la Entidad de elementos adicionales o mejoras a lo establecido, todo ello de forma



gratuita y sin exigir el adicional que todo ello hubiese demandado de haber tenido que ser retribuidas las mejoras y mayores trabajos implementados. A la fecha, el equipo se encuentra debidamente implementado para dicho fin, listo para ser puesto en funcionamiento en beneficio de la población adscrita al Hospital Santa Rosa.

781

69. Dicha oposición no cuenta con ningún sustento técnico, pues como señaláramos en nuestra carta N° C.147-12, del 11 de setiembre de 2012, cumplimos con todos los requisitos establecidos en el ítem B14 de las Bases, conforme a lo siguiente:
70. Al respecto debemos precisar que en ninguna especificación se indica que esta elevación debe ser horizontal, vertical o en los extremos o en uno de ellos, por lo que al no especificar se entiende que la notificación puede ser de cualquier forma. Asimismo, tampoco indica que la mesa debe de descender en forma horizontal como se aclaró anteriormente.
71. Esto no es solo opinión nuestra, la misma DIGEM a través de su Informe de fecha 17 de enero de 2013, señala que nuestro equipo cumple con todas las especificaciones técnicas establecidas en los términos de referencia y Bases del proceso de selección, incluso respecto al requisito B14, relativo al 'Tablero móvil motorizado con desplazamiento transversal que incluye sistema de bucky móvil, con rejilla mínimo 103 líneas, con bandeja portachasis de 18x24 cm hasta 35x43 cm., con un sistema de elevación motorizada del tablero, altura máxima del tablero 90 cm o mayor".
72. Por otro lado, es importante aclarar que algunos equipos de Rayos X convencionales pueden tener la función de altura variable de la mesa para facilitar el abordaje a la misma, ya que no cuentan con la función de abordaje de pie. Y en esos casos la especificación correcta es "altura variable de la mesa en forma horizontal de xx cm. a xx cm. desde el nivel del piso". Sin embargo, en el caso de las mesas basculantes para fluoroscopia, no cuentan con esta característica ya que cuentan con un método de abordaje superior debido a sus características técnicas y mecánicas superiores, como pasamos a explicar a continuación.

73. Los equipos mesa basculante para fluoroscopía cuentan con sistema de abordaje a la mesa distinto debido a sus movimientos motorizados avanzados. Este sistema de abordaje se realiza elevando mesa y colocándola en posición de 90°. En esa posición el paciente sube a una

plataforma (tal como se aprecia en la pagina 04 del catálogo del equipo en donde dice "Height of the imaging unit in the upright position"; Altura de la unidad de imaginología en posición de elevación derecha, cuya copia se adjunta), que usualmente no se encuentra a mas de 20 cm del piso; y luego, mediante el movimiento motorizado inverso la mesa vuelve a su posición horizontal con el paciente listo para el estudio. Para bajar de la mesa se vuelve a realizar el mismo procedimiento, quedando ésta en posición de abordaje para el siguiente paciente.

782

74. El motivo por el cual el abordaje a la mesa se realiza de esta manera en dichos equipos responde a las siguientes razones:

- a. Las mesas telecomandadas de Rayos x con Fluoroscopia trabajan con un intensificador y detector (cámara) CCD bajo la mesa, esto significa que la mesa de todos estos equipos resulta siendo bastante alta, es decir, el tablero la mesa, en la mayoría de marcas está a 90-100 cm. de la superficie del piso, lo cual ya significa una altura bastante considerable.
- b. Debido a que las mesas basculan generalmente de +90° a -15°, -25°, -30° o - 90°, éstas siempre cuentan con agarraderas para seguridad del paciente a ambos lados de la mesa, lo que resulta en un obstáculo para el abordaje lateral.
- c. Al ser la distancia foco-película nunca mayor de 100 cm, el cabezal donde se encuentra el tubo de Rayos X resulta siendo otro obstáculo para el paciente en el abordaje lateral; pudiendo causar un golpe en la cabeza o forzándolo a una maniobra difícil.
- d. En la demostración realizada por el proveedor se mostró que efectivamente la forma de abordar la mesa es mediante el abordaje de pie.

75. Hemos realizado un sondeo entre las distintas mesas telecomandadas instaladas en los principales centros hospitalarios de MINSA y ESSALUD, encontrándose que ninguno de los centros consultados cuenta con mesas telecomandadas con elevación horizontal de la mesa como podría interpretarse erróneamente la especificación B14. Los centros consultados fueron: Hospital María Auxiliadora, Hospital Hipólito Unanue, Hospital Edgardo Rebagliati, Hospital San José del Callao, Hospital de enfermedades Tropicales de la Merced, entre otros.

76. Con lo cual, ha quedado demostrado que no se ha incumplido con ninguna especificación, y que el equipo entregado al Hospital Rosa, es

ff

un equipo de tecnología de avanzada, por lo cual resulta completamente ilegítimo no otorgarnos la conformidad del contrato, y lo que es peor resolver el mismo por un supuesto incumplimiento.

783

77. Respecto a las fianzas, el Reglamento de Contrataciones del Estado lo señala, la Carta fianza podrá ser ejecutada por la Entidad: "1. Cuando el Contratista no la hubiere renovado antes de la fecha de su vencimiento. Contra esta ejecución, el contratista no tiene derecho a interponer reclamo alguno. Una vez culminado el contrato, y siempre que no existan deudas a cargo del contratista, el monto ejecutado le será devuelto a éste sin dar lugar al pago de intereses. Tratándose de las garantías por adelantos, no corresponde devolución alguna por entenderse amortizado el adelanto otorgado. 2. La garantía de fiel cumplimiento y la garantía adicional por el monto diferencial de opuesta se ejecutarán, en su totalidad, sólo cuando la resolución por la cual la Entidad resuelve el contrato por causa imputable al contratista, hoy quedada consentida o cuando por laudo arbitral consentido y ejecutoriado se considere procedente la decisión de resolver el contrato. El monto de las garantías corresponderá íntegramente a la Entidad, independientemente de la cuantificación del daño efectivamente irrogada."
78. Supuestos en los que no se encuentra inmersa nuestra empresa, pues el 14 de setiembre de 2012, fecha en la que se solicitó la ejecución de la carta fianza, ésta aún se encontraba vigente, por lo cual, no se ha incurrido en el numeral 1 del artículo 164 del Reglamento de Contrataciones del Estado.
79. Tampoco se ha incurrido en el supuesto de hecho del numeral 2 del artículo 164 del Reglamento de Contrataciones del Estado, pues como ya lo señalamos anteriormente, la resolución contractual efectuada por la Entidad es arbitraria y, además, no cumple con los procedimientos legales para ello; siendo que además dicha resolución contractual se encuentra en discusión a través de este proceso arbitral.
80. Por otro lado, el 28 de setiembre de 2012, nuestra empresa, luego de varias comunicaciones previas, y actuando conforme a nuestro derecho, requerimos, conforme con el artículo 169 del Reglamento de Contrataciones del Estado, nos otorguen la conformidad del Contrato, bajo apercibimiento de resolver el Contrato, ello teniendo en cuenta que el especialista por parte de la Entidad recibió y dio la conformidad al equipo y su respectiva instalación; sin embargo, por un



actuar arbitrario de otra funcionaria de la Entidad no se nos otorgaba la mencionada conformidad del contrato.

784

81. Pese a dicho requerimiento, la Entidad no cumplió ello dentro del plazo contemplado, razón por la cual, a través de carta notarial del 04 de octubre de 2012, nuestra empresa no tuvo otra opción que resolver parcialmente el contrato, respecto únicamente de las siguientes obligaciones de la Entidad: Otorgarnos la conformidad definitiva del equipo materia del contrato, la misma que ya ha sido concedida por su área técnica. Expedirnos la constancia o certificado de ejecución satisfactoria del contrato. Restituirnos el íntegro del monto de la garantía del fiel cumplimiento, ilegalmente ejecutada por su parte o, en su defecto, reconstituir la carta fianza indebidamente ejecutada.
82. Quedando claro, como la misma carta de resolución parcial lo señala, que tratándose de una resolución parcial, quedan supérstites y con plenos efectos, el resto de los demás aspectos del contrato, incluidas las prestaciones ejecutadas por nuestra parte, indemnizadas por los incumplimientos incurridos por la Entidad.

VI. DE LA CONTESTACIÓN A LAS PRETENSIONES ACUMULADAS

- 
86. El 18 de octubre de 2013 Hospital Santa Rosa respondió sosteniendo que la demandante pretende que se deje sin efecto la Resolución al Contrato N° 143-2011-HRS, interpuesta por la entidad a través de la Carta Notarial N° 028-2012-SA-DS-HRS-DG debido a que dicha resolución no se ciñe al procedimiento establecido en el artículo 169 del Reglamento de Contrataciones del Estado (requisito formal), por cuanto la Entidad decidió resolver el contrato sin requerir previamente, vía notarial, el cumplimiento de las supuestas obligaciones incumplidas.
 87. Sin embargo, lo que no ha manifestado la demandante, es que en la Carta N° 28-2012-SA-DS-HSR-DG se precisó que la contratista no cumplió con subsanar la observación al ítem B14 de los requerimientos técnicos mínimos (especificaciones técnicas) establecidos en las bases para el equipo de Rayos X Fluroscopia Estacionario, conforme se señala en las Actas de fecha 3 de agosto y 13 de setiembre de 2012, lo que constitúa un incumplimiento irreversible; por lo que, de conformidad con el artículo 40 inciso c) de la Ley de Contrataciones del Estado y el artículo 169 de su Reglamento, se declaró la resolución del contrato.

88. En efecto, el inciso c) del artículo 40 de la Ley establece que en caso de incumplimiento del contratista de alguna de sus obligaciones y que no haya sido materia de subsanación, la Entidad podrá resolver el contrato mediante la remisión por vía notarial del documento en el que se manifieste esta decisión y el motivo que la justifica , precisándose que el requerimiento previo por parte de la Entidad podrá omitirse en los casos que señale el Reglamento.

785

89. Por su parte, el artículo 169 del Reglamento prescribe que no será necesario un requerimiento previo cuando la resolución del contrato se deba a la acumulación del monto máximo de penalidad por mora, o por otras penalidades, o cuando la situación de incumplimiento no pueda ser revertida. En este caso, bastará comunicar al contratista mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato.

90. En ese sentido, como puede advertirse de lo expuesto, mi representada ha resuelto el contrato conforme al procedimiento establecido en la norma acotada, en tanto que el bien ofrecido por la demandante no cumplía con las especificaciones técnicas, tomándose en un incumplimiento irreversible de sus obligaciones establecidas en el contrato; por lo que la pretensión del demandante debe declararse INFUNDADA.

91. Con relación a la segunda pretensión, la accionante solicita, sin perjuicio de la pretensión anterior, que se determine que no existió incumplimiento alguno por parte de TECNASA que dé mérito a una resolución por culpa imputable a esta, por cuanto alegan que se efectuó el acto de recepción conforme al acta suscrita entre la demandante y el Jefe de la Oficina de Servicios Generales y Mantenimiento el 13 de septiembre de 2012 donde se dan por levantadas todas y cada una de las observaciones formuladas dándose la conformidad al bien equipo de Rayos X Fijo con Fluoroscopía entregado e instalado en la Entidad.

92. Agrega que, el Jefe de la Oficina de Servicios Generales y Mantenimiento, en calidad de área técnica del Hospital Santa Rosa, es el que determina si el equipo cumple con los requerimientos de tecnología y especificaciones contempladas en las bases por ser el área que tiene los conocimientos específicos para tal determinación; sin embargo, aduce que el Jefe del Departamento de Diagnóstico por Imágenes, se opuso a dar la conformidad del contrato, pese a la conformidad dada con anterioridad.

fl

93. Alega que dicha oposición no cuenta con ningún sustento técnico, y que por el contrario han cumplido con todos los requisitos establecidos en el ítem B14 de las bases conforme lo han manifestado en su Carta N° C.147-12 del 11 de setiembre de 2012, lo que incluso ha sido corroborado por la Dirección General de Infraestructura , Equipamiento y Mantenimiento del Ministerio de salud (DGIEM) a través del Informe N° 001-2013-MAQG de fecha 17 de enero de 2013.

786

94. Al respecto, es menester precisar que el 3 de agosto de 2012, se suscribió el Acta de Verificación de Requisitos Técnicos del equipo de Rayos X, con la presencia de la Dra. Sarah Guerra como Jefa del Departamento de Diagnóstico por Imágenes representando al área usuaria y en representación del contratista estuvo presente el Ing. Ernesto Barbarán efectuándose observaciones a 5 ítems de las especificaciones técnicas del equipo, entre ellas se observó el ítem B14, respecto de lo siguiente: "La bandeja del bucky no permite el ingreso de portachasis menor de 35 x 43. El sistema solo permite el centraje con circuito cerrado (intensificador de imágenes). La mesa no cuenta con un sistema de elevación motorizada del tablero".

95. Además, con fecha 17 de setiembre de 2012, el área usuaria informó que la empresa contratista no había cumplido con subsanar las observaciones al ítem B14 que a la letra dice: "...con bandeja portachasis de 18 x 24 hasta 35 x 43 cm, con un sistema de elevación motorizada del tablero ...", conforme consta del Acta de fecha 13 de setiembre de 2012, por lo que NO otorgó la conformidad de la recepción del bien.

96. Es menester precisar que, de conformidad con el artículo 176 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, "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". Por ello, correspondía al área usuaria, en este caso a la Jefatura del Departamento de Diagnóstico por Imágenes, otorgar la conformidad de la recepción del bien, de ser el caso.



97. En ese sentido, el argumento de la jurídica demandante, al sostener que el 13 de setiembre de 2012 absolvió las observaciones referidas al ítem B14 conforme al Acta de Levantamiento de Observaciones emitida por el Jefe de la oficina de Servicios Generales y Mantenimiento del HSR,

carece de asidero legal; por lo que debe declarar INFUNDADA esta pretensión.

98. En cuanto a la tercera pretensión la accionante pide que, de acuerdo a lo dictado por DGIEM, se establezca que han cumplido debidamente con levantar las observaciones formuladas, en el plazo y oportunidad requerido por parte de la Entidad, respecto del equipo de Rayos X Fijo con fluoroscopia, incluido el ítem B14, que fue el único cuestionamiento.

787

99. En los fundamentos de la demanda acumulada, se sostiene que la DGIEM a través del Informe Nº 1-2013-MAQC ha emitido pronunciamiento sobre el presunto incumplimiento del equipo de Rayos X sub materia, en el cual señala que el equipo entregado cumple con el ítem B14, cuestionado por la Entidad.

100. Al respecto, del tenor del referido informe que ha sido presentado por la demandante, no se advierte que la DGIEM haya concluido que el equipo entregado cumple con todas las especificaciones técnicas del ítem B14, es más, en dicho informe no se ha tomado en cuenta cuáles han sido las observaciones advertidas por el área usuaria; sin embargo, es menester resaltar que el referido informe reconoce que el equipo entregado debe contar con elevación motorizada del tablero, lo que ha sido una de las observaciones advertida por el área usuaria.

101. Respecto de la Cuarta pretensión principal, la demandante pide que se establezca que, sin perjuicio de la garantía del producto, no existe la posibilidad de crear, inventar o incrementar mayores observaciones luego del acto formal de levantamiento de observaciones y de su atención por parte del proveedor.

102. Sobre el particular, es preciso reiterar que el área usuaria advirtió observaciones en 5 ítems de las especificaciones técnicas del equipo de rayos X ofertado por el contratista, entre estos el ítem 814, conforme consta en el Acta de verificación de requisitos técnicos de fecha 3 de agosto de 2012, y que mediante Acta de fecha 13 de setiembre de 2012 el área usuaria verificó que persistían algunas observaciones del ítem 814 advertidas en el acta de fecha 3 de agosto de 2012 y por ello NO otorgó la conformidad del bien; por lo que no hubo un acto formal de levantamiento de observaciones ni de conformidad en la entrega del bien emitido por el área usuaria.



103. Como puede apreciarse, mi representada no ha creado, inventado o incrementado mayores observaciones como alega la demandante; por lo que debe declararse INFUNDADA esta pretensión.

783

104. Con relación a la Quinta y sexta pretensión, y a la pretensión accesoria a estas, la accionante pide que se ratifique que la parte técnica del Hospital Santa Rosa ha dado su plena conformidad al levantamiento de observaciones por parte de TECNASA y que se establezca la plena validez del documento de Recepción del equipo de fecha 13 de septiembre de 2012 suscrito entre la Entidad y la demandante; debiéndosele otorgar el documento de cumplimiento de la prestación del bien materia del contrato.

105. Como ya se expresó, de conformidad con el artículo 176 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, la conformidad de la recepción del bien requiere del informe del área usuaria, quien deberá verificar el cumplimiento de las condiciones contractuales.

106. En cuanto a la Séptima pretensión, la demandante solicita que se determine que el mayor tiempo de incertidumbre que transcurra hasta la conformidad final es sin culpa de su parte, debiéndoseles reconocer los mayores costos y/o mayores gastos generales que les genere.

107. Al respecto, cabe precisar que el Reglamento de la Ley de Contrataciones (artículo 175) establece que en los contratos de bienes procede el pago de gastos generales debidamente acreditados al otorgarse ampliaciones de plazo; no obstante, en la demanda acumulada no se cuestiona ampliación de plazo alguna, sino la supuesta demora en otorgarse al contratista la conformidad de la entrega del mencionado equipo de rayos X; por lo que, en este caso, no procede el reconocimiento de mayores gastos generales.

108. Respecto a la Octava pretensión, y las primeras y segundas pretensiones accesorias, la demandante solicita que se declare que la Entidad ha ejecutado la carta fianza de fiel cumplimiento de modo prematuro y por ende indebido, sin que exista habilitación legal ni estar en ninguno de los tres supuestos de ejecución de cartas fianzas; debiéndoseles reintegrar dicha garantía, incluidos los intereses legales, los costos ante el Banco Financiero, los daños y perjuicios de tal ejecución y los costos financieros.

ff

109. Al respecto, la contratista otorgó en garantía la carta fianza de fiel cumplimiento N° 0004999391446 del banco Financiero por el importe de S/. 94'900.00 con vencimiento al 20 de marzo de 2012, la cual, por la demora en la entrega del bien, fue renovada sucesivamente hasta el 16 de setiembre de 2012, fecha en la que mi representada ejecutó dicha carta por falta de renovación al amparo del inciso 1 del artículo 164 del Reglamento, el cual establece que las garantías se ejecutarán a simple requerimiento de la Entidad en los siguientes supuestos: 1. Cuando el contratista no la hubiere renovado antes de la fecha de su vencimiento. Contra esta ejecución, el contratista no tiene derecho a interponer reclamo alguno.

789

110. En cuanto a la novena pretensión, la accionante solicita que se ratifique que ha quedado consentida la Resolución parcial efectuada por su parte al Contrato N° 143-2011-HRS debido a la renuencia de la Entidad en otorgar la conformidad. En los fundamentos de la demanda acumulada, la accionante manifiesta que el 28 de setiembre de 2012, requirió a mi representada el cumplimiento de sus obligaciones, por cuanto debe otorgarle la conformidad definitiva del equipo de rayos X sub Litis, bajo apercibimiento de resolver el contrato.

111. Al no haber obtenido respuesta alguna, con fecha 4 de octubre de 2012, cursaron la Carta Notarial N° 129-12 a mi representada, por la cual resolvieron parcialmente el contrato. Posteriormente, con fecha 29 de octubre de 2012, mediante la Carta Notarial N° 1453/2012, comunicaron a la Entidad la resolución contractual había quedado consentida; por lo que en esta demanda acumulada solicitan que se ratifique el consentimiento de la resolución parcial del contrato efectuada por su parte.

112. Al respecto, es menester precisar que mi representada mediante Carta Notarial N° 028-2012-SA-DS- HRS-DG, recibida por la contratista el 25 de setiembre de 2012, le comunicó su decisión de resolver el Contrato N° 143-2011-HRS. Ante ello, debe tenerse en cuenta que, de conformidad con el inciso c) del artículo 40 de la Ley de Contrataciones del Estado, el contrato queda resuelto de pleno derecho a partir de la recepción de la comunicación efectuada al contratista.



113. En ese sentido, la resolución parcial del contrato efectuada por el contratista con fecha 4 de octubre de 2013, no tiene efecto legal alguno, por cuanto -como ya se indicó- la resolución del contrato efectuada por mi representada operó desde el 25 de setiembre de 2012; por tal motivo mi representada no ha consentido tal resolución, ni

es posible jurídicamente que se ratifique tal consentimiento, debiéndose declarar INFUNDADA esta pretensión.

790

114. Con relación a la décima pretensión, la demandante pide que la Entidad le indemnice por todos los daños y perjuicios ocasionados debido a la resolución contractual parcial por culpa única y exclusiva de la Entidad. Sobre el particular, debe tenerse en cuenta que, según la Casación N° 99-99 del 16 de Junio de 1999, 'Tanto en la responsabilidad contractual como en la responsabilidad extracontractual, a fin de que se proceda a la indemnización por daños y perjuicios se requiere la concurrencia de los siguientes requisitos: a) el daño b) el dolo o culpa, salvo en los casos de responsabilidad objetiva y c) la relación de causalidad entre el hecho y el daño producido (...) y la legitimidad.'.
115. Asimismo conviene recordar que, conforme lo señala la doctrina contemporánea, en los supuestos de responsabilidad civil contractual y extracontractual, el daño producido para la primera es consecuencia del hecho generador en forma directa e inmediata; y para la segunda es la causa adecuada (nexo causal adecuado). En el presente caso, se advierte que en la demanda acumulada no existe fundamento ni medio probatorio alguno que acredite debidamente el daño que hubiera producido el accionar de mi representada al resolver el contrato sub materia ni el monto indemnizatorio.
116. Respecto a la onceava pretensión, la accionante solicita que se condene al pago de costos y costas procesales a la Entidad, por su actitud abiertamente al margen de la ley. Por los fundamentos esbozados, la demandante no tiene motivos fundados para recurrir al presente arbitraje, por lo que solicitamos al Tribunal que se sirva ordenar a la demandante el pago íntegro de los gastos arbitrales que se generen en el presente proceso.
117. Respecto a la RECONVENCIÓN, pedimos que se ratifique la invalidez o ineficacia de la resolución parcial del contrato efectuada por la contratista mediante la Carta Notarial N° 129-12. Ya hemos argumentado esto antes, la resolución parcial del contrato efectuada por el contratista con fecha 4 de octubre de 2013, no tiene efecto legal alguno, por cuanto – como ya se indicó- el contrato dejó de producir efectos jurídicos desde la resolución efectuada por mí representada.



118. El 22 de enero del 2014, en la sede del OSCE se reunieron las partes para celebrar la audiencia referida en el sub título anterior. Ante la existencia de una relación jurídica procesal válida, el Árbitro Único declara saneado el proceso. Asimismo, habiendo analizado las pretensiones de las partes, el Árbitro Único establece que dichas pretensiones no se encuentran incursas en las excepciones establecidas en el artículo 2º del Decreto Legislativo N° 1071 (en adelante, Ley de Arbitraje), por lo que se declara el saneamiento arbitral.

119. El Árbitro Único indicó que no resulta posible llevar a cabo una conciliación. Sin embargo, la misma que podrá producirse en cualquier estado del proceso.

120. El Árbitro Único, luego de revisar lo expuesto por las partes en sus escritos de demanda, contestación de demanda, reconvención, adecuación de pretensiones y la propuesta de puntos controvertidos presentada por la parte demandante, consideró como puntos controvertidos los siguientes:

121. PRETENSIONES DE LA DEMANDA:

- a. Primera Pretensión Principal: Determinar si corresponde o no que se deje sin efecto el Oficio N° 031-2012-SA-DS-HSR-DG, el cual deniega la ampliación de plazo de entrega del equipo.
- b. Segunda Pretensión Principal: Determinar si corresponde o no que se apruebe al CONTRATISTA la ampliación de plazo por cuarenta (40) días calendarios para la entrega del equipo de rayos X fijo con fluoroscopio, debido a que ocurrió un hecho no imputable a su parte y que incluso podría ser considerado como motivo de caso fortuito y/o fuerza mayor.
- c. Primera Pretensión Accesoria a la Segunda Pretensión Principal: Determinar si corresponde o no aprobar al CONTRATISTA una ampliación de plazo por el íntegro del periodo transcurrido entre el vencimiento del plazo del contrato y la fecha efectiva en la cual se apruebe la ampliación de plazo por cuarenta (40) días previamente.
- d. Segunda Pretensión Accesoria a la Segunda Pretensión Principal: Determinar si corresponde o no que se apruebe una ampliación de plazo por el íntegro del periodo transcurrido entre el vencimiento del plazo del contrato y la fecha

efectiva en la cual se apruebe la ampliación de plazo por cuarenta (40) días previamente.

792

- e. Pretensión Accesoria a la Segunda Pretensión Accesoria de la Segunda Pretensión Principal: Determinar si corresponde o no que la ENTIDAD reconozca mayores gastos generales derivados de la misma.
- f. Pretensión Subordinada a la Primera y Segunda Pretensión Principal: Si en caso no se concedan la Primera y Segunda Pretensión Principal, determinar si corresponde o no declarar que el mayor tiempo transcurrido de cuarenta (40) días es sin culpa del CONTRATISTA no correspondiendo por ende la aplicación de penalidad alguna.
- g. Pretensión Accesoria a la Subordinada a la Primera y Segunda Pretensión Principal: Determinar si corresponde o no que se reconozcan los mayores costos que supuestamente ha incurrido el CONTRATISTA durante dichos cuarenta (40) días, incluidos los costos de mantenimiento de las cartas fianzas.

122. PRETENSIONES DE LA RECONVENCIÓN:

- a. Primera Pretensión Principal: Determinar si corresponde o no que el CONTRATISTA devuelva a la ENTIDAD la suma de S./ 940,000.00 más intereses legales .
- b. Segunda Pretensión Principal: Determinar si corresponde o no reconocer el consentimiento de la carta notarial N° 028-2012-SA-DS-HSR-DG mediante el cual se resuelve el contrato por no haberse sometido a controversia en el plazo establecido en el artículo 170º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
- c. Tercera Pretensión Principal: Determinar si corresponde o no que en aplicación del artículo 170º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado el CONTRATISTA pague a la ENTIDAD la suma de S./ 94,000.00 mas intereses legales calculados desde la fecha en que se establecieron las observaciones al equipo mediante acta de fecha 03 de agosto de 2012 hasta la fecha de su pago.

123. ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES A LA DEMANDA:

- a. Primera Pretensión Principal: Determinar si corresponde o no que se deje sin efecto la resolución del contrato N° 143-2011-HSR interpuesta por la ENTIDAD mediante Carta Notarial N° 028-2012-SA-DS-HSR-DG de conformidad al artículo 169º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

- 793
- b. Segunda Pretensión Principal: Determinar si existió o no incumplimiento por parte del CONTRATISTA en merito a la resolución realizada por la ENTIDAD por culpa imputable del CONTRATISTA.
 - c. Tercera Pretensión Principal: Determinar si corresponde señalar que el CONTRATISTA ha cumplido con levantar las observaciones formuladas en el plazo y oportunidad requeridas por la ENTIDAD respecto al equipo de rayos X fijo con fluoroscopia incluido el ítem B 14.
 - d. Cuarta Pretensión Principal: Determinar si corresponde o no señalar que, sin perjuicio de las garantías del producto, no existe la posibilidad de crear, inventar o incrementar mayores observaciones luego del acto formal de levantamiento de observaciones.
 - e. Quinta Pretensión Principal: Determinar si corresponde o no ratificar que la parte técnica de la ENTIDAD ha dado plena conformidad al levantamiento de observaciones por parte del CONTRATISTA.
 - f. Sexta Pretensión Principal: Determinar si corresponde o no establecer plena validez del documento de recepción del equipo conforme de fecha 13 de setiembre de 2012.
 - g. Pretensión Accesoria a la Quinta y Sexta Pretensión Principal: Determinar si corresponde o no que la ENTIDAD expida al CONTRATISTA el documento de cumplimiento de la prestación del bien materia del contrato.
 - h. Séptima Pretensión Principal: Determinar si corresponde o no se determine que el mayor tiempo que transcurra hasta la conformidad final es sin culpa del CONTRATISTA, debiéndose reconocer al mismo los mayores costos y/o gastos generales que se generen.
 - i. Octava Pretensión Principal: Determinar si corresponde o no que se declare que la ENTIDAD ejecutó de manera indebida la carta fianza sin existir habilitación legal.
 - j. Primera Pretensión Accesoria a la Octava Pretensión Principal: Determinar si corresponde o no que la ENTIDAD devuelva al CONTRATISTA el íntegro de la garantía de fiel cumplimiento, incluidos los intereses legales devengados hasta la fecha efectiva de su pago, así como todos los costos que ha irrogado la ejecución ante el Banco Financiero, así como los daños y perjuicios generados por la supuesta ejecución indebida.
 - k. Segunda Pretensión Accesoria a la Octava Pretensión Principal: Determinar si corresponde o no que la ENTIDAD devuelva al CONTRATISTA el íntegro de la garantía de fiel cumplimiento, incluidos los intereses legales devengados



hasta la fecha efectiva de su pago, así como todo otro costo, perjuicio o afectación que directa o indirectamente nos haya generado tal posición con los correspondientes daños, perjuicios y demás consecuencias económicas que de ello se deriven incluso las de orden moral, así como los intereses que se devenguen en su integridad.

- I. Novena Pretensión Principal: Determinar si corresponde o no que se declare consentida la resolución parcial hecha por el CONTRATISTA con fecha 04 de octubre de 2012.
- m. Decima Pretensión Principal: Determinar si corresponde o no que la ENTIDAD indemnice al CONTRATISTA por todos los daños y perjuicios ocasionados debido a la resolución contractual parcial por culpa única y exclusiva de la ENTIDAD.
- n. Onceava Pretensión Principal: Determinar a quién corresponde el pago de las costas y costos del proceso arbitral.

124. RECONVENCIÓN DE LAS PRETENSIONES ACUMULADAS:

- a. Pretensión Principal: Determinar si corresponde o no que se ratifique la invalidez o ineficacia de la resolución del contrato efectuada por el CONTRATISTA mediante carta notarial N° 129-12.

125. El Árbitro Único se reserva el derecho de pronunciarse respecto a la materia controvertida, no necesariamente en el orden en el que han sido señalados los puntos controvertidos en la presente Acta. Asimismo, podrá omitir, expresando sus motivos, el pronunciamiento sobre algún punto controvertido si ello careciera de objeto en razón del pronunciamiento sobre otro u otros puntos controvertidos con los que el omitido guarde vinculación.

126. Del mismo modo, los puntos controvertidos podrán ser ajustados o reformulados por el Árbitro Único si ello resultara, a su juicio, más conveniente para resolver las pretensiones planteadas por las partes, sin que el orden empleado o el ajuste, omisión o interpretación genere nulidad de ningún tipo, sin excederse de la materia sometida a este arbitraje.

127. En este acto el Árbitro Único admite y tiene por actuado los medios probatorios ofrecidos por el CONTRATISTA en el punto "MEDIOS PROBATORIOS" del literal "a)" al "i)" del escrito de fecha 07 de noviembre de 2012.

128. También se admiten y se tienen por actuados los medios probatorios ofrecidos por el CONTRATISTA en los siguientes escritos:

795

- El escrito N° 4 del CONTRATISTA en el punto "MEDIOS PROBATORIOS" del literal a) al d) del escrito de fecha 10 de enero de 2013.
- El escrito N° 5 del CONTRATISTA en el punto PRIMER OTROSI DIGO del numeral 1) al 5) del escrito de fecha 10 de enero de 2013.
- El escrito s/n del CONTRATISTA en el punto OTROSI DIGO del numeral 1) al 3) del escrito de fecha 28 de febrero de 2013
- El escrito s/n del CONTRATISTA en el punto MEDIOS PROBATORIOS del literal a) al k) del escrito de fecha 29 de agosto de 2013

129. Asimismo se admite y tiene por actuado los medios probatorios ofrecidos por el ENTIDAD en el punto IV "MEDIOS PROBATORIOS DE LA CONTESTACIÓN DE DEMANDA Y LA RECONVENCIÓN del numeral 1) al 11) del escrito de fecha 11 de diciembre de 2012.

130. También se admite y se tiene por actuado los medios probatorios ofrecidos por la ENTIDAD en el punto IV MEDIOS PROBATORIOS del numeral 1) al 7) del escrito de fecha 18 de octubre de 2013.

VIII. DE LAS AUDIENCIAS ESPECIALES

131. El 25 de febrero del 2014. Se produjo la audiencia especial con asistencia de ambas partes, las mismas que hicieron uso de la palabra, también de réplica y dúplica, insistiendo en la argumentación que cada lado hizo en sus escritos anteriores.

132. El 9 de setiembre del 2014, se celebró una segunda audiencia especial con presencia de ambas partes, las mismas que reprodujeron su argumentación anterior.

IX. ALEGATOS ESCRITOS Y FIJACIÓN DE PLAZO PARA LAUDAR

133. El 23 de septiembre y el 12 de noviembre TECNASA presentó escritos insistiendo en su argumentación para que el árbitro único pueda mejor resolver, los mismos que no han sido contestados por el Hospital Santa Rosa.



134. Mediante resolución N° 36 del 27 de enero de 2015 fijamos plazo para laudar por 30 días hábiles. Ha llegado el momento de laudar.

X. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA

135. Antes de entrar a analizar la materia controvertida, resulta pertinente confirmar lo siguiente: i) que, el árbitro único se constituyó de conformidad con las disposiciones establecidas en el CONTRATO, así como según lo dispuesto por la normativa aplicable; ii) que, en ningún momento se interpuso recusación o se efectuó algún reclamo contra las disposiciones establecidas en el Acta de Instalación; iii) que, la demandante presentó su escrito de demanda dentro de los plazos dispuestos, así como se le concedió la posibilidad de acumular pretensiones, ejerciendo plenamente su derecho al debido proceso; iv) que, por su parte la demandada fue debidamente emplazado, contestando la demanda dentro del plazo dispuesto para ello, formulando reconvención, ejerciendo plenamente su derecho de defensa y; v) que, las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como ejercer la facultad de presentar alegatos e, inclusive, de informar oralmente.
136. Asimismo, dejamos constancia que los puntos controvertidos podrán ser ajustados, reformulados y/o analizados en el orden que considere pertinente para resolver las pretensiones planteadas por las partes sin que el orden empleado o el ajuste genere nulidad de ningún tipo y sin que exceda en la materia sometida a arbitraje.
137. En cuanto a las pruebas, expresamos que los medios probatorios deben tener por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el árbitro respecto a los puntos controvertidos y fundamentar las decisiones, conforme a los principios generales de la prueba; Necesidad, Originalidad, Pertinencia y Utilidad de la prueba. Estos medios probatorios deben ser valorados de manera conjunta, utilizando su apreciación razonada y que, si no se prueban los hechos que fundamentan su pretensión, la demanda deberá ser declarada infundada.
138. Siendo ello así, pasamos a analizar los argumentos vertidos por las partes, así como la valoración de los medios probatorios que obran en el expediente.
139. Hay dos cuestiones centrales discutidas en el presente caso, La primera es si el hecho de la inundación de la fábrica de componentes para equipos de rayos X contratada por el contratista puede entenderse como un atraso no imputable al contratista. Esta discusión corresponde al grueso de pretensiones originalmente presentadas con la demanda, La segunda discusión relevante es si el equipo de rayos X

entregado a la entidad cumplió por completo con los requisitos y características técnicas consignadas en el contrato. La alegación de la entidad en sentido contrario pretendió justificar la resolución contractual por incumplimiento atribuido al contratista. Este debate está vinculado a las pretensiones que, con posterioridad, se cumularon a la demanda original.

797

Primera Pretensión Principal de la demanda: Determinar si corresponde o no que se deje sin efecto el Oficio N° 031-2012-SA-DS-HSR-DG, el cual deniega la ampliación de plazo de entrega del equipo.

140. Esta carta firmada por el doctor Carlos Alberto DEZA BRAVO alega dos argumentos: que la ampliación perjudicaría el prestigio del hospital y ocasionaría malestar en los pacientes, de un lado, que el documento de internet presentado por el contratista "40% Of Flood Hit Japan Firms To Shrink Thai Ops: Poll" menciona que las inundaciones están desde octubre del 2011 por lo que la TECNASA debió prever la situación en la medida que firmó el contrato en diciembre de 2011.
141. Respecto al primer argumento, de un lado está el prestigio comercial y el bienestar de los pacientes del hospital y del otro, la alegada imposibilidad de TECNASA para cumplir con el plazo de entrega por una causa sobreviniente y no atribuible a su conducta contractual. Por tanto, para saber si dicha causa justificante es atendible, y más importante que el prestigio institucional y bienestar de los pacientes, es menester analizar si efectivamente no puede imputársele a TECNASA.
142. TECNASA ha argumentado a lo largo de este proceso que se trató de un hecho extraordinario, imprevisible e irresistible. Ha dicho que es extraordinario porque estuvo fuera del orden natural y que el propio Banco Mundial lo catalogó como el cuarto desastre más costoso hasta el año 2011. De acuerdo a la información que citaremos más adelante, fue extraordinario efectivamente en su magnitud y en los daños que causó a los fabricantes de la zona de Bangkok. Dice TECNASA que fue imprevisible. Si bien las lluvias son comunes en ese sector geográfico, las inundaciones de fábricas no lo son, de acuerdo a la información que citaremos más adelante. Dice TECNASA que fue irresistible. Un hecho extraordinario de la naturaleza como vientos y lluvias de magnitudes enormes no pueden ser controlados por el ser humano.

143. La cita exacta y completa en inglés "40% Of Flood..." es la siguiente: "The flooding since October damaged facilities of about 450 Japanese firms at seven industrial parks in central regions". Esto es, que

las inundaciones iniciadas en octubre dañaron fábricas de 450 compañías japonesas de siete parques industriales en las zonas centrales. No indica la cita qué compañías fueron las afectadas en ese párrafo, tampoco lo hace en ninguno de los cuatro párrafos restantes. Por ello, no se puede inferir válidamente que la noticia consigna información específica sobre la situación climática producida ni los daños causados a la compañía Taichi Holdings Limited como representante de Hitachi Medical para América Latina.

793

144. Sí existe como recaudo de la demanda copia de la carta del 6 de febrero de 2012 dirigida TECNASA por el señor Ken OKUNO; gerente de Taichi Holding Limited donde afirma que "Nosotros recibimos su orden de compra y propusimos como fecha de embarque el 3 de febrero, lamentablemente debido a las grandes inundaciones en nuestras plantas localizadas en Bangkok – Tailandia, las cuales nos abastecen de componentes indispensables para la fabricación de nuestros equipos, no vamos a poder cumplir con la fecha de entrega acordada. El equipo modelo Populus So, recién podrá ser embarcado el día 10 de marzo del 2012".
145. Este medio probatorio no ha sido impugnado ni contestado por la entidad, razón por la cual causa certeza respecto de las afirmaciones en él contenidas.
146. Adicionalmente, TECNASA ha presentado el 23 de setiembre de 2014 dos documentos consistentes con la afirmación del hecho anterior. Por un lado, un informe del Banco Mundial, en idioma inglés, fechado en el año 2012 "Thai Flood 2011, 69822 v1. Overview, Rapid Assessment for Resilient Recovery and Reconstruction Planning". El informe refleja en la página 4 que se han perdido más de un billón de dólares americanos sólo en manufactura. De acuerdo a la información consignada en la página 5, el sector manufacturero representa cerca del 38.5% del PBI de Tailandia que lidera las exportaciones. El 70% de las fábricas están localizados en las provincias afectadas por las inundaciones, principalmente Bangkok entre otras.
147. El segundo fue el informe de la Organización Meteorológica Mundial para el año 2012. OMM Nº 1085, páginas 13 y 14 en las que se lee "Este desastre (inundaciones) se debió más a la persistencia de una lluvia superior al promedio que cayó a mediados de año sobre el norte de Tailandia (donde las precipitaciones de mayo a octubre estaban 35% por encima del promedio)... en Tailandia una extensa superficie de Bangkok y de la región colindante fue inundada por las crecidas que

hubo desde octubre hasta principios de diciembre, con daños a propiedades y alteraciones del funcionamiento de la industria que ocasionaron pérdidas considerables... el Banco Mundial estimó que las pérdidas económicas totales de Tailandia fueron de aproximadamente 45 000 millones de dólares de los Estados Unidos, de las cuales el 70% correspondía al sector manufacturero".

148. Ambas documentos gozan de categoría mundial. Las afirmaciones de ambos documentos tienen valor de declaraciones asimiladas de TECNASA, que no han sido rebatidas por la entidad, en aplicación supletoria del artículo 221º del Código Procesal Civil "Las afirmaciones contenidas en actuaciones judiciales o escritos de las partes, se tienen como declaraciones de estas, aunque el proceso sea declarado nulo..."
149. Por estas consideraciones, sostenemos que la inundación comunicada por Taichi representante de Hitachi realmente afectó gravemente la producción del fabricante en Bangkok, Tailandia, que tal inundación fue un hecho imprevisible no imputable a TECNASA y que este hecho es, ponderando las cosas, justificación suficiente para que la entidad haya otorgado la ampliación de plazo solicitada, prefiriendo su prestigio institucional y el bienestar de sus pacientes, en la medida que al contratista le era IMPOSIBLE cumplir con el plazo contractual.
150. Exigir el cumplimiento de dicho plazo, como en efecto hizo el hospital, es una conducta irracional que linda en el abuso, situación que no debemos tolerar.
151. Por todo lo razonado, declararemos sin valor legal el oficio N° 031-2012-SA-DS-HSR-DG, que denegó la ampliación de plazo de entrega del equipo materia del contrato.

Segunda Pretensión Principal de la demanda: Determinar si corresponde o no que se apruebe al CONTRATISTA la ampliación de plazo por cuarenta (40) días calendarios para la entrega del equipo de rayos X fijo con fluoroscopio, debido a que ocurrió un hecho no imputable a su parte y que incluso podría ser considerado como motivo de caso fortuito y/o fuerza mayor.

152. De acuerdo al razonamiento anterior, corresponde a la entidad aprobar la solicitud de ampliación de plazo formulada por el contratista.

Primera Pretensión Accesoria a la Segunda Pretensión Principal de la demanda: Determinar si corresponde o no aprobar al CONTRATISTA una

ampliación de plazo por el íntegro del periodo transcurrido entre el vencimiento del plazo del contrato y la fecha efectiva en la cual se apruebe la ampliación de plazo por cuarenta (40) días previamente.

80 ii

153. TECNASA ha sostenido en el párrafo 12 de su demanda que "el contratista no pudo cumplir con el objeto del contrato el día 09 de marzo de 2012". Desde ese entonces hasta el día de hoy han transcurrido 3 años.

154. Tal como a afirmado el hospital y no ha contravenido TECNASA, como se advierte de la guía de remisión N° 008730 TECNASA entregó el equipo de Rayos X en 26 de marzo de 2012.

155. Esto significa que el 26 de marzo de 2012 Hospital Santa Rosa recibió el objeto contractual.. El hospital discute que no produjo una recepción en forma porque le faltó la intervención de la unidad usuaria y que se formularon posteriormente una serie de observaciones no satisfechas por el contratista, cuestión que discutiremos más adelante. Lo que sí prueba es que el hospital tiene en su poder dicho equipo desde esa fecha, razón por la cual no es necesario que aprobemos una ampliación de plazo por 3 años, sino por los 40 días solicitados por TECNASA

Segunda Pretensión Accesoria a la Segunda Pretensión Principal de la demanda: Determinar si corresponde o no que se apruebe una ampliación de plazo por el íntegro del periodo transcurrido entre el vencimiento del plazo del contrato y la fecha efectiva en la cual se apruebe la ampliación de plazo por cuarenta (40) días previamente.

156. En la medida en que esta pretensión repite el contenido de la pretensión anterior, carece de objeto pronunciarnos sobre ella.

Pretensión Accesoria a la Segunda Pretensión Accesoria de la Segunda Pretensión Principal de la demanda: Determinar si corresponde o no que la ENTIDAD reconozca mayores gastos generales derivados de la misma.

157. TECNASA ha alegado en el párrafo 20 de su demanda que los mayores gastos generales se refieren específicamente a los gastos financieros por el mantenimiento de la carta fianza.

158. El hospital demandado ha guardado silencio sobre este extremo.

159. Nos preguntamos, si TECNASA se ha visto obligada a mantener vigente la carta fianza otorgada, ¿es equitativo que el hospital reconozca y pague el monto que resulte al momento de la ejecución del presente laudo? Este punto es exactamente coincidente con una pretensión acumulada que ha presentado TECNASA en este mismo proceso, específicamente sobre el monto de la carta fianza más intereses legales más costos financieros. Por ello reservaremos el razonamiento hasta llegar a ese punto.

801

160. Asimismo es menester declarar, conforme a la argumentación que ha hecho TECNASA, que el único concepto integrante de los gastos generales corresponde al mantenimiento de la referida carta fianza.

Pretensión Subordinada a la Primera y Segunda Pretensión Principal de la demanda: Si en caso no se concedan la Primera y Segunda Pretensión Principal, determinar si corresponde o no declarar que el mayor tiempo transcurrido de cuarenta (40) días es sin culpa del CONTRATISTA no correspondiendo por ende la aplicación de penalidad alguna.

161. De acuerdo a los razonamientos anteriores, hemos hasta ahora concedido las pretensiones de TECNASA, razón por la cual carece de objeto pronunciarnos por esta pretensión subordinada, en la medida que sólo correspondería decisión si hubiéramos negado las anteriores.

Pretensión Accesoria a la Subordinada a la Primera y Segunda Pretensión Principal de la demanda: Determinar si corresponde o no que se reconozcan los mayores costos que supuestamente ha incurrido el CONTRATISTA durante dichos cuarenta (40) días, incluidos los costos de mantenimiento de las cartas fianzas.

162. De acuerdo al párrafo 160 de este laudo, en la medida en que los únicos gastos generales corresponden al reconocimiento y pago por mantenimiento de las cartas fianza.

163. En esta pretensión el demandante repite que el hospital pague el costo del mantenimiento de las cartas fianza, lo que ya hemos razonado antes, razón por la cual no podemos ordenar dos veces el pago por el mismo concepto.

164. El demandante no ha argumentado en su demanda cuáles son "los mayores costos en los que supuestamente ha incurrido el contratista" como un concepto separado y distinto de los costos por el mantenimiento de las cartas fianza.

165. Siendo este un pedido vacío de contenido, declararemos infundada esta pretensión.

802

Primera Pretensión Principal de la reconvención: Determinar si corresponde o no que el CONTRATISTA devuelva a la ENTIDAD la suma de S./ 940,000.00 más intereses legales .

166. El hospital ha argumentado que, de acuerdo al comprobante de pago N° 0-0248 de 25 de enero de 2012, el hospital pagó a TECNASA la suma de S/. 940,000.00 por el equipo de rayos X que aún no había entregado, por lo que no se había otorgado la conformidad de la prestación.

167. Alega que posteriormente, mediante guía de remisión N° 008730 del 26 de marzo de 2006 TECNASA efectuó la entrega del referido equipo. Pero el 3 de agosto de 2012 se suscribió el acta de verificación de requisitos técnicos del equipo, apersonándose la Dra. Sarah Guerra como Jefa del Departamento de Diagnóstico por Imágenes que representa al área usuaria competente para determinar la conformidad o no del equipo objeto del contrato, y el ingeniero Ernesto Barbarán acreditado en la licitación.

168. Conforme a dicha acta se efectuaron observaciones a 5 ítems siendo relevante la observación al ítem B 14 "La bandeja del bucky no permite el ingreso de portachasis menos de 35 x 43. El sistema sólo permite el centraje con circuito cerrado (intensificador de imágenes). La mesa no cuenta con un sistema de elevación motorizada del tablero". El hospital sostiene que al no haber subsanado las observaciones, procedió a resolver el contrato.

169. TECNASA ha respondido a lo largo del proceso afirmando que sí cumplió con levantar todas las observaciones, incluyendo la relativa al ítem B 14. Para dilucidar este punto controvertido, razonemos en torno a la siguiente documentación:

170. Como parte de los recaudos de la contestación de las pretensiones acumuladas por la demandante, el hospital ha cumplido con presentar copia del Acta de Recepción, Instalación y Prueba de Operatividad LP-N° 0003-2011-HSR de fecha 13 de septiembre de 2012 en que se acredita que el equipo de rayos X fluoroscopia marca Hitachi modelo Populus So, N° de serie KG13024202 objeto de la orden de compra 0002216 de 28 de diciembre de 2011 fue instalado y probado operativamente "encontrándose todo conforme".

171. El acta se encuentra suscrita por el señor Víctor Isla Sánchez, Jefe del área técnica de TECNASA y por el ingeniero Johnny Choquehuanca Pacheco, Jefe de la oficina de servicios generales del Hospital Santa Rosa. Aparecen impresas al final del acta, en la zona de firmas, los membretes "Usuario Final" y "Almacén Central", sin embargo no figuran nombres ni firmas. ¿Qué significa esto? Sin duda, que las áreas "usuario final" y "almacén central" no manifestaron conformidad alguna, pero que, de acuerdo al formato del acta previamente elaborada, estaban llamados a intervenir en dicho acto, de los contrario ¿qué sentido tendría incluir los nombres de las referidas áreas si no se había previsto su intervención?
172. El hospital ha dicho que en la medida en que no participó la representante del área usuaria, no existe una conformidad en la recepción del equipo. Ello porque el artículo 176 del reglamento de la Ley de Contrataciones exige que la conformidad la brinde el área usuaria. Es preciso añadir que de acuerdo a la cláusula novena del contrato que vincula a las partes, el procedimiento de recepción se hará de acuerdo a lo establecido en dicho artículo.
173. El artículo en mención ordena, a la letra: "La recepción y conformidad es responsabilidad del órgano de administración o, en su caso, des órgano establecido en las Bases... La conformidad requiere del informe del funcionario responsable del área usuaria..." No hemos identificado en las bases un proceso específico que otorgue a alguna autoridad o área de la entidad la responsabilidad de recibir el bien materia del contrato.
174. Como hemos indicado antes, del lado estatal quien suscribe el acta de recepción (instalación y prueba de operatividad) es el jefe de la oficina de servicios generales del hospital. No intervino representante alguno del área usuaria ni del almacén central. Nos preguntamos: ¿la conducta negligente de los representantes de las áreas no intervenientes puede oponerse a la diligencia del contratista al momento de entregar, instalar y hacer pruebas de operatividad del equipo objeto del contrato? La respuesta es: de ninguna manera. Es un principio del derecho unánimemente admitido que nadie puede beneficiarse de sus propios errores. Una interpretación contraria a este principio significaría admitir la posibilidad de quien se conduzca de mala fe pueda legítimamente alegarla para incumplir una obligación que ha contraído, sea contractualmente o sea por el imperio del derecho administrativo que informa su actuación como funcionario público.

175. En cualquier caso, si un funcionario público incumple sus atribuciones legales o reglamentarias debe ser investigado y sancionado por ello. Cuando el una de las audiencias especiales preguntamos al representante del hospital si se había iniciado proceso disciplinario en este caso, la respuesta fue que no se sabía a ciencia cierta.
176. La negligencia en el cumplimiento de funciones internas de los funcionarios de la entidad no puede ser causa de perjuicio para el contratista. Por ello, daremos pleno valor legal al acta mencionada en los párrafos 170 y 171 como un acta de recepción válida para todos los efectos legales.
177. Que exista otra acta de fecha 3 de agosto de 2012, 40 días anterior al acta de 13 de septiembre del mismo año, en que la Dra. Sarah Guerra como Jefa del Departamento de Diagnóstico por Imágenes haya hecho observaciones, sólo significa que observó. Pero 40 días después la entidad recibió, instaló y probó el equipo operativamente "encontrándose todo conforme".
178. Adicionalmente TECNASA ha presentado copias de los informes Nº 001-2013-MAQG de 17 de enero de 2013, Informe Nº 0521-2013-DE-DGIEM/MINSA de fecha 22 de octubre de 2013, y acta de levantamiento de observaciones del 13 de septiembre de 2012. Estos documentos no han sido impugnados ni su contenido contravenido por el hospital.
179. El informe 001 sostiene respecto al ítem B 14 "tablero móvil motorizado" que "este tipo de especificación se conoce como mesa con altura variable y no ha sido solicitada en las especificaciones técnicas de las bases integradas".
180. El informe 0521 respecto al ítem B 14 concluye que "la observación efectuada por el área usuaria del Hospital Santa Rosa respecto a con bandeja portachasis de 18 x 24, hasta 35 x 43... No tendría sustento (para el equipo de Rayos X fijo con Fluoroscopia Marca Hitachi, modelo Populus So).
181. El acta de levantamiento de observaciones del 13 de septiembre de 2012, suscrita por Víctor Isla Sánchez y Oscar La Rosa Camacho de

parte de TECNASA y por el ingeniero Johnny Choquehuanca Pacheco, jefe de la oficina de servicios generales del Hospital Santa Rosa, respecto a cada uno de los ítem A2, B13, B14, B26 y F6 sostiene que el equipo cumple con las especificaciones técnicas.

805

182. Toda esta documentación demuestra que TECNASA cumplió con entregar el equipo de rayos X materia del contrato, el mismo que recibió hasta 5 observaciones, las mismas que fueron levantadas oportunamente, razón por la cual pudo entregarlo, instalarlo y probarlo operativamente a satisfacción del hospital, razón por la cual no debe devolver a la entidad el precio pagado por el mismo.

Segunda Pretensión Principal de la reconvenición: Determinar si corresponde o no reconocer el consentimiento de la carta notarial N° 028-2012-SA-DS-HSR-DG mediante el cual se resuelve el contrato por no haberse sometido a controversia en el plazo establecido en el artículo 170º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

183. Efectivamente, la carta notarial N° 028-2012-SA-DS-HSR de fecha 24 de septiembre de 2012 consigna la resolución contractual que practicó el hospital del contrato vinculante entre las partes. Sin embargo, cinco meses antes, y antes dos solicitudes de conciliación frustradas por inasistencia de la propia entidad, el 20 de abril de 2012 TECNASA cursó la carta N° 1315/2012 al hospital con la solicitud de arbitraje respecto a su decisión de desestimar su pedido de ampliación de plazo y ruptura del proceso de conciliación.

184. Si bien es cierto que la solicitud de arbitraje es sobre la ampliación de plazo y no sobre la resolución contractual a esa fecha aún no practicada, el 17 de agosto de 2012 OSCE mediante resolución N° 235-2012-OSCE/PRE designó al suscrito como árbitro único en la presente controversia, la que aceptamos el 29 de agosto de ese año. Producida la instalación el 24 de octubre, la regla 29 del acta de instalación previó que "de surgir nuevas controversias relativas al mismo contrato, cualquiera de las partes puede pedir al árbitro único la acumulación de pretensiones en este proceso, dentro del plazo de caducidad previsto en la Ley de Contrataciones del Estado..."

185. Mediante resolución N° 10 de 21 de marzo de 2013 aprobamos el pedido de acumulación de TECNASA presentado el 14 de enero de 2013 que contenía el debate sobre el estatus jurídico de la resolución contractual practicada por la entidad. Corrido traslado al hospital sin controversia, el 29 de agosto de 2013 TECNASA cumplió con hacer la

adecuación de pretensiones por acumulación la misma que fue contestada por el hospital mediante escrito de fondo de 18 de octubre de 2013 en que solicitó que dichas pretensiones sean declaradas infundadas y presentó también una reconvención.

186. Habiéndose acumulado válidamente nuevas pretensiones, entre las que figura el debate sobre el estatus jurídico de la resolución contractual practicada por la entidad, sin que en su momento ésta se haya opuesto a tal acumulación de pretensiones, declararemos no consentida la carta notarial Nº 028-2012-SA-DS-HSR-DG.

Tercera Pretensión Principal de la reconvención: Determinar si corresponde o no que en aplicación del artículo 170º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado el CONTRATISTA pague a la ENTIDAD la suma de S./ 94,000.00 mas intereses legales calculados desde la fecha en que se establecieron las observaciones al equipo mediante acta de fecha 03 de agosto de 2012 hasta la fecha de su pago.

187. Esta pretensión está vinculada a una indemnización que sobre este punto reclama el hospital. Sin embargo, en la medida en que decidiremos que la carta con la resolución contractual practicada por el hospital no ha quedado consentida, sino que es precisamente materia de este proceso arbitral, decidiremos que no corresponde indemnización alguna a favor de la entidad.

188. Ello porque, de acuerdo a nuestros razonamientos previos, TECNASA cumplió con entregar el equipo materia del contrato, levantando todas las observaciones oportunamente. Por ello, no hay causa material que justifique la resolución contractual practicada por la entidad, y tampoco el pago de indemnización alguna ya que TECNASA no irrogó daño al Hospital Santa Rosa.

Primera Pretensión Principal acumulada: Determinar si corresponde o no que se deje sin efecto la resolución del contrato Nº 143-2011-HSR interpuesta por la ENTIDAD mediante Carta Notarial Nº 028-2012-SA-DS-HSR-DG de conformidad al artículo 169º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

189. De acuerdo a nuestro razonamiento anterior, la resolución contractual practicada por la entidad careció de causa material, dado que TECNASA sí cumplió con la entrega, finalmente sin objeciones, del objeto materia del contrato entre las partes. En virtud a ese raciocinio, corresponde que dejemos sin efecto legal dicha resolución contractual.

Segunda Pretensión Principal acumulada: Determinar si existió o no incumplimiento por parte del CONTRATISTA en merito a la resolución realizada por la ENTIDAD por culpa imputable del CONTRATISTA.

807

190. De acuerdo al mismo razonamiento anterior, debemos declarar que no hubo incumplimiento alguno del contratista ni culpa imputable al contratista en la ejecución del contrato sobre el equipo de rayos X.

Tercera Pretensión Principal acumulada: Determinar si corresponde señalar que el CONTRATISTA ha cumplido con levantar las observaciones formuladas en el plazo y oportunidad requeridas por la ENTIDAD respecto al equipo de rayos X fijo con fluoroscopia incluido el ítem B 14.

191. De acuerdo al mismo razonamiento anterior, debemos declarar que el contratista ha cumplido con levantar las observaciones formuladas en el plazo y oportunidad requeridas por la entidad respecto al equipo de rayos X fijo con fluoroscopia objeto del contrato incluido el ítem B 14.

Cuarta Pretensión Principal acumulada: Determinar si corresponde o no señalar que, sin perjuicio de las garantías del producto, no existe la posibilidad de crear, inventar o incrementar mayores observaciones luego del acto formal de levantamiento de observaciones.

192. Las partes se deben al contenido expreso de las cláusulas contractuales vinculantes, así como a las bases integradas o términos de referencia cuando haya una remisión expresa en el contrato.

193. El contrato N° 143-2011-HSR vinculante entre las partes, consignó clara y detalladamente en su cláusula segunda, 49 ítems como requerimientos técnicos mínimos, ese conjunto y ningún otro configura las características del equipo objeto del contrato, dada la convención libremente así pactada por las partes.

194. La conformidad respecto al bien objeto del contrato debe darse sólo y exclusivamente en vinculación directa a los 49 ítems mencionados.

195. En tal virtud, nada más le es exigible al contratista. La entidad no puede hacer observación alguna con pretensión de validez que sea ajena a tales 49 ítems en la primera oportunidad que tenga para hacerlo.



196. Por estas razones, no existe la posibilidad legal de crear, inventar o incrementar mayores observaciones luego del acto formal de levantamiento de observaciones.

803

Quinta Pretensión Principal acumulada: Determinar si corresponde o no ratificar que la parte técnica de la ENTIDAD ha dado plena conformidad al levantamiento de observaciones por parte del CONTRATISTA.

197. Dadas las mismas consideraciones de razonamiento sobre el levantamiento de observaciones que hizo oportunamente TECNASA, ratificaremos que la parte técnica del Hospital Santa Rosa ha dado plena conformidad al levantamiento de observaciones por parte del contratista.

Sexta Pretensión Principal acumulada: Determinar si corresponde o no establecer plena validez del documento de recepción del equipo conforme de fecha 13 de setiembre de 2012.

198. Tal como ya hemos analizado anteriormente en detalle, corresponde establecer la plena validez del documento de recepción, instalación y prueba operativa del equipo de rayos X del 13 de setiembre de 2012.

Pretensión Accesoria a la Quinta y Sexta Pretensión Principal acumulada: Determinar si corresponde o no que la ENTIDAD expida al CONTRATISTA el documento de cumplimiento de la prestación del bien materia del contrato.

199. Dado el razonamiento anterior, corresponde que la entidad expida al contratista el documento de cumplimiento de la prestación del bien materia del contrato.

Sétima Pretensión Principal acumulada: Determinar si corresponde o no se determine que el mayor tiempo que transcurra hasta la conformidad final es sin culpa del CONTRATISTA, debiéndose reconocer al mismo los mayores costos y/o gastos generales que se generen.

200. Ya hemos razonado sobre que el plazo transcurrido hasta la conformidad del bien materia del contrato es sin culpa del contratista, lo que ha sido materia de decisión anterior. Por ello, declararemos que carece de objeto pronunciarse sobre este extremo.

Octava Pretensión Principal acumulada: Determinar si corresponde o no que se declare que la ENTIDAD ejecutó de manera indebida la carta fianza sin existir habilitación legal.

201. El artículo 164-1 del Reglamento de la Ley de contrataciones del estado prevé lo siguiente: "Las garantías se ejecutarán a simple requerimiento de la Entidad en los siguientes supuestos: 1) Cuando el contratista no la hubiere renovado antes de la fecha de su vencimiento. Contra esta ejecución, el contratista no tiene derecho a interponer reclamo alguno. Una vez culminado el contrato, y siempre que no existan deudas a cargo del contratista, el monto ejecutado le será devuelto a éste sin dar lugar al pago de intereses..."
202. En su escrito de acumulación de pretensiones de 29 de agosto de 2013, TECNASA alega que el hospital solicitó la ejecución de la carta fianza el 14 de septiembre de 2012, cuando aún se mantenía vigente. Sin embargo, no ofrece medio probatorio alguno que acredite tal alegación. Si quien alega no prueba lo que dice, es un principio general que al no haber acreditado su dicho, no puede dársele una decisión sobre el hecho como si éste efectivamente hubiera ocurrido.
203. El hospital contestó en su escrito de 18 de octubre de 2013 que ejecutó la carta fianza el 16 de septiembre de 2012 porque ya no estaba vigente, aunque tampoco nos ofrece medio probatorio alguno. A esto no se ha opuesto TECNASA.
204. Resulta imposible que la ejecución de la carta fianza haya estado vinculada a la resolución contractual practicada por el hospital, por la sencilla razón de que ésta fue decidida 10 días después de la alegada solicitud de ejecución. En efecto, la carta de resolución contractual, como hemos consignado anteriormente, lleva como fecha el 24 de septiembre del 2012, lo que ha quedado plenamente acreditado en este proceso arbitral, dado que ni siquiera las partes han discutido la fecha de este hecho.
205. No sabemos a ciencia cierta cuándo exactamente se ejecutó la carta fianza, pero lo que sí se ha probado es que no guardó conexión, como causa justificante, con la resolución contractual.
206. En la medida en que TECNASA que alegó una ejecución de fianza prematura no ha probado esta afirmación, no podemos declarar que la entidad ejecutó la carta fianza indebidamente.

lD

Primera Pretensión Accesoria a la Octava Pretensión Principal acumulada: Determinar si corresponde o no que la ENTIDAD devuelva al CONTRATISTA el íntegro de la garantía de fiel cumplimiento, incluidos los intereses legales devengados hasta la fecha efectiva de su pago, así como todos los costos que

ha irrogado la ejecución ante el Banco Financiero, así como los daños y perjuicios generados por la supuesta ejecución indebida.

207. La segunda parte del artículo 164-1 citado anteriormente nos ofrece la decisión que sobre este punto ya ha tomado el legislador peruano. Ya que nos encontramos, a partir de las decisiones contenidas en este laudo, en fase de culminación contractual, sin deudas a cargo de TECNASA, el legislador ha dispuesto que ordenemos la devolución del monto consignado en la carta fianza, ya que no hay nada pendiente de afianzar, sin pago de intereses, lo que así dispondremos oportunamente. No podemos otorgar ningún pago adicional por voluntad legislativa clara y expresa contenida en el Reglamento.
208. Adicionalmente, sobre los daños y perjuicios reclamados, no existe un solo fundamento en el escrito del 29 de agosto de 2013 mediante el que TECNASA formuló la adecuación de pretensiones por acumulación, que justifique tal pedido. En esa medida, ya que no hay fundamentos que podamos evaluar ni desde el punto de vista normativo ni desde la perspectiva de los hechos que integran el caso, carecemos de prueba del daño así como de base legal para evaluarlo. Por estas consideraciones, no ampararemos el pedido de daños y perjuicios.

Segunda Pretensión Accesoria a la Octava Pretensión Principal acumulada: Determinar si corresponde o no que la ENTIDAD devuelva al CONTRATISTA el íntegro de la garantía de fiel cumplimiento, incluidos los intereses legales devengados hasta la fecha efectiva de su pago, así como todo otro costo, perjuicio o afectación que directa o indirectamente nos haya generado tal posición con los correspondientes daños, perjuicios y demás consecuencias económicas que de ello se deriven incluso las de orden moral, así como los intereses que se devenguen en su integridad.

209. Esta pretensión es esencialmente similar a la anterior ya razonada, con una única mención adicional a un daño moral, sobre el que no se ha dado argumento de justificación alguno en el escrito del 29 de agosto de 2013.

210. Por esas consideraciones declararemos que carece de objeto emitir pronunciamiento.

Novena Pretensión Principal acumulada: Determinar si corresponde o no que se declare consentida la resolución parcial hecha por el CONTRATISTA con fecha 04 de octubre de 2012.

211. En efecto TECNASA presentó mediante carta notarial N° 129-12 de 4 de octubre de 2012, una resolución parcial de contrato, alegando que el hospital, luego de reiteradas comunicaciones, no le dio la conformidad de contrato, lo que ha sido probado a lo largo de este proceso arbitral con los dichos y medios probatorios presentados por ambas partes.
212. La resolución parcial del contrato tuvo por objeto las siguientes obligaciones de la entidad: 1) otorgamiento de la conformidad definitiva del bien materia de contrato, 2) expedición de la constancia de ejecución satisfactoria del contrato y la restitución del monto de la garantía de fiel cumplimiento.
213. El hospital ha contestado diciendo que esta resolución contractual no tiene efecto jurídico al ser válida la resolución que el hospital practicó antes, el 24 de septiembre de 2012.
214. Sin embargo, ya hemos razonado extensamente en este laudo respecto a las razones por las cuales vamos a declarar sin efecto legal a este resolución del 24 de septiembre, no cabe redundar más. Si la resolución practicada por la entidad no existe para efectos legales, y si la resolución parcial practicada por el contratista carece de vicio alguno, ésta última es válida para efectos legales al no haber sido contestada por el hospital.
215. Por estas razones, declararemos consentida la resolución contractual parcial practicada por el contratista el 4 de octubre de 2012.

Decima Pretensión Principal acumulada: Determinar si corresponde o no que la ENTIDAD indemnice al CONTRATISTA por todos los daños y perjuicios ocasionados debido a la resolución contractual parcial por culpa única y exclusiva de la ENTIDAD.

216. Como señala Felipe Osterling Parodi en "La indemnización de Daños y Perjuicios", para que proceda una indemnización de daños y perjuicios se requiere que concurran tres requisitos, a saber, i) la in ejecución de la obligación, ii) el vínculo de causalidad entre el dolo o la culpa del deudor y el daño, y iii) el daño propiamente dicho.
- ff*
- a. El deudor incumple la obligación o la cumple en forma parcial, tardía o defectuosa. Para ello debe demostrarse la existencia de la obligación y el incumplimiento.

- b. Para que el daño sea imputable al deudor, se requiere un nexo causal entre la acción u omisión del deudor y la inejecución de la obligación y el consecuentemente daño.
- c. El daño es todo detrimiento o perjuicio que sufre una persona por la inejecución de la obligación y debe ser cierto.
217. Para que exista un daño contractual indemnizable no es suficiente que se incumpla la obligación, es necesario además que tal incumplimiento produzca un daño al acreedor. La indemnización debe comprender todo lo necesario para poner al acreedor en la misma situación que se encontraría si la obligación hubiera sido cumplida, por lo que debe comprender tanto las pérdidas sufridas (daño emergente) como las ganancias frustradas (lucro cesante), ambas en el ámbito del daño patrimonial. Puede darse también un daño moral de contenido no patrimonial.
218. Ninguno de estos aspectos ha sido tematizado por el demandante, quien se ha limitado a alegar y probar por qué razones el no otorgamiento de ampliación de plazo primero y la resolución contractual practicada por la entidad después, carecen de fundamento fáctico y jurídico. Pero no ha presentado su caso bajo la perspectiva de la demostración racional de cada uno de los elementos de la teoría del daño consignados en el párrafo 2016,
219. Más aún, no hay un solo lineamiento en la demanda y el la acumulación de pretensiones que sugiera a cuánto ascienden los daños y perjuicios presuntamente causados por la conducta del hospital.
220. Si el demandante no propone su caso desde una perspectiva que cumpla con los requisitos para su amparo legal y la doctrina usual sobre la materia, y tampoco propone cuáles son los montos ni sobre qué base los reclama, el tomador de decisión no puede intervenir proponiendo criterios ni montos, pues debe mantenerse imparcial para dar garantías de debido proceso a las partes en controversia.
221. Por estas razones no ampararemos de daños y perjuicios intentados por el contratista.



222. Ambas partes, consideramos, han tenido algunas razones para litigar mostradas en las reseñas anteriores y ninguna de ellas ha sido completamente vencida en este proceso.
223. Por estas consideraciones, ordenaremos que las costas y costos de este proceso sean asumidos en partes iguales.

Pretensión Principal de la reconvención acumulada: Determinar si corresponde o no que se ratifique la invalidez o ineficacia de la resolución del contrato efectuada por el CONTRATISTA mediante carta notarial N° 129-12.

224. Ya entre los párrafos 211 a 215 de este laudo hemos razonado en torno a este punto controvertido, sosteniendo los fundamentos jurídicos por los cuales la resolución contractual parcial contenida en la carta notarial N° 129-12 tiene efectos legales.

Por todas las consideraciones antedichas, LAUDO:

PRIMERO: Declaramos fundada la Primera Pretensión Principal de la demanda, en consecuencia dejamos sin efecto el oficio N° 031-2012-SA-DS-HSR-DG, el que denegó la ampliación de plazo para la entrega del equipo de Rayos X objeto del contrato entre las partes.

SEGUNDO: Declaramos fundada la Segunda Pretensión Principal de la demanda, en consecuencia aprobamos la ampliación de plazo por cuarenta (40) días calendarios para la entrega del equipo de Rayos X, debido a que ocurrió un hecho no imputable al contratista.

TERCERO: Declaramos fundada parcialmente la Primera Pretensión Accesoria a la Segunda Pretensión Principal de la demanda, en consecuencia aprobamos una ampliación de plazo al contratista hasta la fecha en que efectivamente hizo entre a la entidad del equipo de Rayos X materia del contrato.

CUARTO: Declaramos que carece de objeto pronunciarnos sobre la Segunda Pretensión Accesoria a la Segunda Pretensión Principal de la demanda.

QUINTO: Declaramos que carece de objeto pronunciarnos sobre la Pretensión Accesoria a la Segunda Pretensión Accesoria de la Segunda Pretensión Principal de la demanda.

SEXTO: Declaramos que carece de objeto pronunciarnos sobre la Pretensión Subordinada a la Primera y Segunda Pretensión Principal de la demanda.

SÉPTIMO: Declaramos que carece de objeto pronunciarnos sobre la Pretensión Accesoria a la Subordinada a la Primera y Segunda Pretensión Principal de la demanda.

814

OCTAVO: Declaramos infundada la Primera Pretensión Principal de la reconvenCIÓN, en consecuencia el contratista no tiene obligación de devolver a la entidad la suma de S./ 940,000.00.

NOVENO: Declaramos infundada la Segunda Pretensión Principal de la reconvenCIÓN, en consecuencia no ha quedado consentida la carta notarial Nº 028-2012-SA-DS-HSR-DG que resolvió el contrato materia de esta controversia.

DÉCIMO: Declaramos infundada la Tercera Pretensión Principal de la reconvenCIÓN, en consecuencia no corresponde que el contratista pague a la entidad la suma de S./ 94,000.00 más intereses legales.

UNDÉCIMO: Declaramos fundada la Primera Pretensión Principal acumulada, en consecuencia dejamos sin efecto la resolución del contrato Nº 143-2011-HSR interpuesta por la entidad mediante Carta Notarial Nº 028-2012-SA-DS-HSR-DG.

DUODÉCIMO: Declaramos fundada la Segunda Pretensión Principal acumulada, en consecuencia no existió incumplimiento por parte del contratista de sus obligaciones contractuales.

DÉCIMO TERCERO: Declaramos fundada la Tercera Pretensión Principal acumulada, en consecuencia el contratista ha cumplido con levantar las observaciones formuladas en el plazo y oportunidad requeridas por la entidad respecto al equipo de rayos X fijo con fluoroscopia incluido el ítem B 14.

DÉCIMO CUARTO: Declaramos fundada la Cuarta Pretensión Principal acumulada, en consecuencia, jurídicamente no existe la posibilidad de crear, inventar o incrementar mayores observaciones luego del acto formal de levantamiento de observaciones.

DÉCIMO QUINTO: Declaramos fundada la Quinta Pretensión Principal acumulada, en consecuencia la parte técnica de la entidad ha dado plena conformidad al levantamiento de observaciones por parte del contratista.

DÉCIMO SEXTO: Declaramos fundada la Sexta Pretensión Principal acumulada, en consecuencia, tiene plena validez del documento de recepción del equipo conforme de fecha 13 de setiembre de 2012.

DÉCIMO SÉPTIMO: Declaramos fundada la Pretensión Accesoria a la Quinta y Sexta Pretensión Principal acumulada, en consecuencia, ordenamos que la entidad expida al contratista el documento de cumplimiento de la prestación del bien materia del contrato.

DÉCIMO OCTAVO: Declaramos fundada parcialmente la Séptima Pretensión Principal acumulada, en consecuencia establecemos que el mayor tiempo que transcurra hasta la conformidad final es sin culpa del contratista, sin reconocerle mayores gastos generales. **815**

DÉCIMO NOVENO: Declaramos infundada la Octava Pretensión Principal acumulada, en consecuencia no declaramos que la entidad ejecutó de manera indebida la carta fianza sin existir habilitación legal.

VIGÉSIMO: Declaramos fundada parcialmente la Primera Pretensión Accesoria a la Octava Pretensión Principal acumulada, en consecuencia, ordenamos que la entidad devuelva al contratista el monto de la garantía de fiel cumplimiento.

VIGÉSIMO PRIMERO: Declaramos que carece de objeto pronunciarnos sobre la Segunda Pretensión Accesoria a la Octava Pretensión Principal acumulada. Declaramos infundado el extremo referido al daño moral.

VIGÉSIMO SEGUNDO: Declaramos fundada la Novena Pretensión Principal acumulada, en consecuencia, declaramos consentida la resolución parcial hecha por el contratista el 4 de octubre de 2012.

VIGÉSIMO TERCERO: Declaramos infundada la Decima Pretensión Principal acumulada, en consecuencia la entidad no debe indemnizar al contratista por daños y perjuicios.

VIGÉSIMO CUARTO: Declaramos fundada parcialmente la Onceava Pretensión Principal acumulada, en consecuencia, ambas partes deben asumir iguales costas y costos del presente proceso arbitral.

VIGÉSIMO QUINTO: Declaramos infundada la Pretensión Principal de la reconvenCIÓN acumulada, en consecuencia, no declaramos la invalidez ni ineficacia de la resolución del contrato efectuada por el contratista mediante carta notarial Nº 129-12.



Ricardo Antonio León Pastor

Árbitro único