



LAUDO ARBITRAL

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO DICTADO EN EL ARBITRAJE SEGUIDO POR S.O.S. DISTRIBUIDORA MÉDICA S.A.C. CONTRA SEGURO SOCIAL DE SALUD – HOSPITAL NACIONAL EDGARDO REBAGLIATI MARTINS SOBRE PAGO DE INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS, ANTE EL TRIBUNAL ARBITRAL INTEGRADO POR LOS DOCTORES MICHAEL VIDAL SALAZAR, JORGE CASTAÑEDA MALDONADO Y CATALINA DULANTO TRUJILLO

Resolución No. 18

Lima, 09 de febrero de 2005

VISTOS:

1. Con fecha 24 de enero de 2003, S.O.S. Distribuidora Médica S.A.C (en adelante, **S.O.S.**) y Seguro Social de Salud – Hospital Nacional Edgardo Rebagliati Martins (en adelante, **LA ENTIDAD**) suscribieron el Contrato "Adquisición de Material Médico" N° 022-LPI 0207L00021, de fecha 24 de enero de 2003 (en adelante, denominado EL CONTRATO), cuyo objeto era el suministro de mandilones quirúrgicos descartables.

En la Cláusula Vigésima Octava de EL CONTRATO, se estipula que cualquier controversia que surja desde la celebración del mismo, debería solucionarse mediante arbitraje, de conformidad con las disposiciones contenidas en el Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (aprobado mediante Decreto Supremo N° 012-2001-PCM) y su Reglamento (aprobado mediante Decreto Supremo N° 013-2001-PCM).

2. Mediante Carta Notarial de fecha 08 de enero de 2004, S.O.S solicitó a LA ENTIDAD el inició del correspondiente proceso arbitral, designando como árbitro al doctor José Eugenio Castañeda Maldonado. LA ENTIDAD, contestó a dicho pedido mediante Carta Notarial N° 014-GG-ESSALUD-2004, de fecha 14 de enero de 2004, designando como árbitro de parte a la doctora Catalina Paula Dulanto Trujillo.

De otro lado, por Resolución N° 055-2004-CONSUCODE/PRE, se designó como Presidente del Tribunal Arbitral al doctor Sergio Salinas Rivas, quien finalmente fue reemplazado por el Michael Vidal Salazar, nombrado por Resolución N° 109-2004-CONSUCODE/PRE.

3. Con fecha 14 de abril de 2004 se instaló el Tribunal Arbitral, señalándose que el presente arbitraje sería nacional y de derecho, siendo aplicable al mismo lo dispuesto por la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento, y supletoriamente la Ley General de Arbitraje y demás normas pertinentes.
4. El 28 de abril de 2004, S.O.S. presentó su escrito de demanda solicitando, el pago de una indemnización por daños y perjuicios (daño emergente, lucro cesante y daño moral) ascendente a S/. 511,434.70 (Quinientos once mil cuatrocientos treinta y cuatro y 70/100) más intereses, derivada de la resolución de EL CONTRATO por incumplimiento de LA ENTIDAD, así como las costas y costos derivados del proceso.

El pedido de la demandante se fundamentó en el incumplimiento por parte de LA ENTIDAD de sus obligaciones derivadas del EL CONTRATO, consistentes fundamentalmente en la no entrega oportuna del cronograma de entregas de los productos a ser suministrados por S.O.S., el no requerimiento de las cantidades acordadas y la solicitud de tallas de mandilones diferentes a las que habían sido materia de EL CONTRATO, lo que le habría ocasionados serios daños.

En calidad de medios probatorios, S.O.S. ofreció aquellos citados en los numerales I y II del punto 11., titulado "MEDIOS PROBATORIOS", de su escrito de demanda presentado con fecha 28 de abril de 2004.

5. Por Resolución N° 01, de fecha 03 de mayo de 2004, el Tribunal Arbitral admitió a tramite la demanda arbitral presentada por S.O.S., tuvo por ofrecidos los medios probatorios, y confirió traslado de la misma a LA ENTIDAD por el término de diez (10) días hábiles.
6. Mediante escrito presentado el 21 de mayo de 2004, LA ENTIDAD contestó la demanda en término oportuno, exponiendo los fundamentos por los cuales considera que las pretensiones contenidas en la demanda presentada por S.O.S. debían ser declaradas infundadas en tanto no había existido incumplimiento alguno de su parte.

En calidad de medios probatorios, LA ENTIDAD presentó aquellos indicados en los numerales 1. al 6. del punto IV., denominado "MEDIOS PROBATORIOS" de su escrito de contestación a la demanda.

7. En su escrito de fecha 21 de mayo de 2004, LA ENTIDAD formuló RECONVENCIÓN contra S.O.S., solicitando el pago de una penalidad por mora ascendente a S/. 20,958.96 (Veinte mil novecientos cincuenta y ocho con 96/100 nuevos soles), más intereses legales, sin perjuicio de resolver EL CONTRATO por acumulación de penalidades y poner en conocimiento de CONSUCODE este incumplimiento.

Asimismo, exige el pago por parte de S.O.S. a su favor de una indemnización hasta por la suma de 119,757.00 (Ciento diecinueve mil setecientos cincuenta y siete con 00/100 nuevos soles), como consecuencia de no por desatender la Orden de Pago N° 4500391128.

LA ENTIDAD no presentó medios probatorios para sustentar su reconvencción, planteada mediante escrito de fecha 21 de mayo de 2004.

8. Por Resolución N° 02, de fecha 24 de mayo de 2004, el Tribunal Arbitral tuvo por contestada la demanda, por ofrecidos los medios probatorios acompañados, admitió la reconvencción de LA ENTIDAD y corrió traslado de la misma a S.O.S. por el término de diez (10) días.
9. El 08 de junio de 2004, S.O.S. contestó la reconvencción a la demanda, exponiendo los fundamentos por los cuales considera que las pretensiones contenidas en la reconvencción presentada por LA ENTIDAD deben ser declaradas infundadas.

En calidad de medios probatorios, S.O.S. ofreció aquellos citados en las páginas 11 y 12 de su escrito de demanda presentado con fecha 28 de abril de 2004.

10. Por Resolución N° 03, de fecha 15 de junio de 2004, el Tribunal Arbitral tuvo por contestada la reconvencción, poniendo en conocimiento de LA ENTIDAD la citada contestación.
11. Con fecha 18 de octubre de 2004, se llevó a cabo la Audiencia de Saneamiento, Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Saneamiento Probatorio declarándose saneado el proceso arbitral y fijándose los siguientes puntos controvertidos, dejándose constancia de su carácter meramente referencial:

Derivados de la demanda

- i) Determinar si procede el pago a S.O.S. de una indemnización por daños y perjuicios de parte de LA ENTIDAD como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones asumidas en EL CONTRATO.
- ii) Determinar si, de comprobarse la obligación de LA ENTIDAD de asumir el pago de una indemnización por daños y perjuicios a favor de S.O.S. como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones asumidas en EL CONTRATO, la misma ascendería a la suma de S/. 511,434.70 (Quinientos once mil cuatrocientos treinta y cuatro y 70/100) más intereses, costas y costos.

Derivadas de la reconvencción:

- i) Determinar si corresponde el pago de una penalidad por mora de parte de S.O.S. a LA ENTIDAD por no haber entregado a LA ENTIDAD las 9,500 unidades de mandilones quirúrgicos señalados en la orden de compra N° 4500391128, y de ser así, si dicha penalidad ascendería a la suma de S/. 20,958.95 (Veinte mil novecientos cincuenta y ocho con 96/100 nuevos soles) más intereses legales.
- ii) Determinar si corresponde el pago de indemnización por el incumplimiento de S.O.S., en la entrega de las 9,500 unidades de mandilones quirúrgicos señalados en la orden de compra N° 4500391128 y de ser así, si dicha indemnización a su favor ascendería a la suma de S/. 119,757.00 (Ciento diecinueve mil setecientos cincuenta y siete con 00/100 nuevos soles).

Asimismo, se admitieron todos los medios probatorios ofrecidos por las partes.

12. Con fecha 26 de octubre de 2004, el señor Mario Carbone Isnardi, prestó su declaración de parte.
13. Mediante escrito presentado con fecha 11 de noviembre de 2004, S.O.S. presentó documentos adicionales, poniéndose en conocimiento de ello a LA ENTIDAD mediante Resolución N° 12, de fecha 15 de noviembre de 2004.
14. El 24 de noviembre de 2004 se realizó la continuación de la Audiencia de Pruebas prestando su declaración testimonial la señorita Cristina Chen Chen, dando el Tribunal Arbitral por concluida la etapa probatoria y otorgando a las partes un plazo de cinco (5) días hábiles para presentar sus alegatos escritos.

15. Mediante escrito presentado el 01 de diciembre de 2004, LA ENTIDAD se opuso a la admisión de los documentos presentados por S.O.S. en su escrito de fecha 11 de noviembre de 2004.

Sobre dicho pedido, por Resolución N° 13, de fecha 02 de diciembre de 2004, el Tribunal Arbitral dispuso dejar sin efecto la decisión consignada en el último párrafo del Acta de fecha 24 de noviembre de 2004, en el extremo que declaró "concluida la etapa de actuación de medios probatorios", y admitir los medios probatorios presentado por S.O.S. en su escrito de fecha 11 de noviembre de 2004, salvo la copia de Escritura Pública contenida en el Testimonio N° 1505, de fecha 13 de diciembre de 2003, la cual ya había sido admitido en la Audiencia de fecha 18 de octubre de 2004, ordenando que la misma sea tenida en cuenta.

En dicho acto, considerando que los medios probatorios admitidos eran de actuación inmediata, el Tribunal Arbitral declaró concluida la etapa de actuación probatoria, otorgando a las partes un plazo de cinco (5) días hábiles a fin de que presenten o amplíen sus alegatos escritos.

16. El 03 de diciembre de 2004, S.O.S. presentó un escrito exponiendo sus alegatos. El citado escrito fue declarado extemporáneo mediante Resolución N° 15 de fecha 04 de diciembre de 2004, sin perjuicio de lo señalado sobre el particular en la Resolución N° 13.
17. Con fecha 01 de diciembre de 2004, LA ENTIDAD presentó un escrito exponiendo sus alegatos finales y solicitando el uso de la palabra.
18. Por Resolución N° 14, de fecha 03 de diciembre de 2004, estando a lo dispuesto en el Acta de fecha 24 de noviembre de 2004, el Tribunal Arbitral tuvo por presentados los alegatos escritos de la demandada, sin perjuicio de lo dispuesto sobre el particular en la Resolución N° 13. Asimismo, en relación al pedido de LA ENTIDAD de uso de la palabra, el Tribunal Arbitral resolvió estar a lo dispuesto al respecto en la Resolución N° 13.
19. El 20 de diciembre de 2004 se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales, a la cual asistió únicamente S.O.S., quién procedió a rendir su informe por espacio de quince (15) minutos.

Asimismo, atendiendo al estado del proceso y a lo dispuesto en el numeral 25 del Acta de Instalación de fecha 14 de abril de 2004, se fijó

el plazo para laudar en veinte (20) días hábiles contados a partir del día siguiente de notificada el Acta, sin perjuicio de la facultad de prorrogarlo de acuerdo a lo dispuesto en el segundo párrafo del numeral 25 del Acta de Instalación.

20. Por Resolución N° 16, el Tribunal Arbitral, dentro de las facultades contenidas en el numeral 25 del Acta de Instalación, prorrogó el plazo para laudar por quince (15) días hábiles adicionales.

Y CONSIDERANDO:

PRIMERO:

Que, tratándose de una controversia en que existe pretensiones de ambas partes es necesario realizar un análisis de cada uno de los pedidos contenidos en la demanda y en la reconvencción presentadas, realizando dicho análisis a la luz de la legislación nacional aplicable, y en especial a la Constitución Política del Estado, el T.U.O de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado – Ley N° 26850, aprobada mediante Decreto Supremo N° 012-2001-PCM, y su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 013-2001-PCM, la Ley General de Arbitraje, el Código Civil y el Código Procesal Civil.

SEGUNDO:

Que, en relación a lo manifestado por S.O.S. en su escrito de demanda, su pretensión indemnizatoria se basa en el incumplimiento contractual de LA ENTIDAD, consistentes fundamentalmente en la no entrega oportuna del cronograma de entrega de los bienes a ser suministrados por S.O.S., el no requerimiento de las cantidades acordadas y la solicitud de tallas de mandilones diferentes a las que habían sido materia de EL CONTRATO, lo que la habría llevado a resolver el mismo, exigiendo el pago de la indemnización por daños y perjuicios correspondiente.

TERCERO:

Que, de acuerdo a lo manifestado por S.O.S. es materia del presente proceso determinar si los incumplimientos alegados se han configurado, si ellos justifican la resolución de EL CONTRATO, si la citada empresa cumplió con el procedimiento correspondiente para la resolución, y si procede admitir los conceptos incluidos en la demanda como montos a ser indemnizados por LA ENTIDAD.

CUARTO:

Que, sobre la entrega del cronograma de entregas de los bienes a ser suministrados por S.O.S., la demandante afirma que la misma fue tardía, razón por la cual se incumplió con EL CONTRATO.

Por su parte, LA ENTIDAD afirma que el cronograma de entrega era irrelevante para el proceso, en tanto se trata sólo de un marco referencial, siendo las órdenes de compra las que vinculan a las partes. Agrega que, la inexistencia del cronograma de entregas no imposibilitaba al proveedor a atender los pedidos con diligencia y de manera oportuna, y que, sin perjuicio de lo antes señalado, el 12 de febrero de 2003 se repartió a todos los proveedores (entre ellos S.O.S.) los cronogramas correspondientes.

Al respecto, considerando que EL CONTRATO no hace referencia a la entrega del cronograma de entregas de los bienes materia del suministro, debemos remitirnos a lo señalado en su Cláusula Sexta, la misma que señala que dicho acuerdo "está conformado por las bases integradas, la oferta ganadora y los documentos derivados del proceso de selección que establezcan obligaciones para las partes".

Es así como, al revisar las Bases de Licitación Pública Internacional según relación de ITEMS N° 0207L00021 "Adquisición de Material Médico", integradas mediante Carta N° 014-CE-LP 0207L00021, de fecha 27 de noviembre de 2002 (en adelante, LAS BASES), encontramos que su numeral 4.4. señala:

My
"(...)

↑
La primera entrega se realizará 75 días calendarios posteriores a la firma del contrato. A la firma del contrato, EsSalud proporcionará las cantidades referenciales correspondientes a la primera entrega, así como el cronograma por las futuras entregas. La Gerencia de Logística y Servicios podrá variar las fechas señaladas comunicándolo oportunamente a los contratistas y en coordinación con ellos.

(...)"

W
De lo antes señalado queda acreditado que las partes habían pactado la entrega del cronograma al momento de la suscripción de EL CONTRATO, pese a lo cual, ello no se cumplió.

Sobre el particular, este Tribunal Arbitral considera que el carácter referencial del cronograma no exime a LA ENTIDAD de cumplir con entregar dicho documento de manera oportuna a S.O.S., empresa para la cual era sumamente importante que existan proyecciones de entrega.

De otro lado, no se ha acreditado que el cronograma haya sido entregado a S.O.S. en el mes de febrero de 2003, por el contrario, de acuerdo a la documentación que obra en autos, ha quedado acreditado que dicho documento fue enviado a la contratista a mediados del mes de mayo, es decir, aproximadamente, cuatro (4) meses después de lo establecido.

Asimismo, no se ha acreditado que haya existido alguna comunicación de la Gerencia de Logística y Servicios dirigida a S.O.S. variando las fechas establecidas o alguna coordinación sobre el particular con la contratista, conforme a lo señalado en numeral 4.4 de LAS BASES.

En tal sentido, el Tribunal Arbitral ha comprobado que LA ENTIDAD incumplió con su obligación de entregar el cronograma de entregas en la fecha establecida en LAS BASES, es decir, al momento de suscribir EL CONTRATO.

QUINTO:

Que, en lo que se refiere a la obligación de requerir las cantidades de mandilones quirúrgicos establecidos en EL CONTRATO, S.O.S. afirma que la misma fue incumplida por LA ENTIDAD, la cual, al mes de noviembre de 2003, LA ENTIDAD sólo había solicitado y recibido 11,500 unidades, es decir, el 38.33 % del total establecido en EL CONTRATO.

Por su parte, LA ENTIDAD señala que el plazo de EL CONTRATO era de doce (12) meses, al término del cual, según EL CONTRATO, si no se llegaba al 70% de unidades del ítem contratado, LA ENTIDAD se encontraba perfectamente facultada para requerir el saldo y cumplir con el proveedor. Siendo ello así, el hecho que no se requiera el producto de manera regular y periódica no significaba que se incumplía con lo pactado. Asimismo, señala que de ninguna manera se quiso incumplir con los proveedores, sino que sencillamente las necesidades eran proyectadas anualmente y éstas podían variar por diversos factores.

En relación a este punto debemos revisar nuevamente lo indicado en el numeral 4.4. de LAS BASES, el cual señala:

"(...)

EsSalud asegura una compra total mínima por ítem del 70% de la cantidad referencial total (ver anexo 3). Para el cálculo de éste 70% se incluirían las cantidades correspondientes a las entregas normales y los incrementos, incluyéndose aquellas que el contratista no hubiese podido atender. En caso de que hasta el final de la ejecución del contrato no se hubiese alcanzado esta cantidad, EsSalud ordenará el saldo correspondiente.

El contratista está obligado a suministrar hasta el 130% de la cantidad referencial total.

La primera entrega se realizará 75 días calendarios posteriores a la firma del contrato. A la firma del contrato, EsSalud proporcionará las cantidades referenciales correspondientes a la primera entrega, así como el cronograma por las futuras entregas. La Gerencia de Logística y Servicios podrá variar las fechas señaladas comunicándolo oportunamente a los contratistas y en coordinación con ellos.

Para las cantidades referenciales correspondientes a las siguientes entregas éstas serán proporcionadas con 30 días calendario de anticipación a la fecha de entrega, a través de su publicación en la marquesina de la Gerencia de Logística y Servicios del HNERM. Las cantidades referenciales de estas entregas no serán necesariamente iguales a la primera.

EsSalud se compromete a entregar al contratista las Ordenes de Compra con las cantidades definitivas, como mínimo 25 (VENTICINCO) días calendario antes del primer día de la fecha de entrega."

A partir de lo señalado en LAS BASES, el Tribunal Arbitral concluye que LA ENTIDAD tenía la obligación de señalar las cantidades referenciales a ser entregadas por S.O.S. con 30 días de anticipación a la fecha de entrega, que entendemos, estaba consignada en el cronograma. Asimismo, tenía la obligación de entregar a S.O.S. las Ordenes de Compra con las cantidades definitivas con una anticipación de 25 días a la fecha de entrega (consignada en el cronograma).

Sin embargo, LAS BASES permitían a LA ENTIDAD variar las citadas fechas, estableciendo como requisito para ello que se comunique de tal decisión a la contratista y previa coordinación con ésta.

En el presente caso, se ha comprobado que no existió comunicación alguna de LA ENTIDAD variando las fechas consignadas en el cronograma, ni comunicando que no requerirían en ese momento del material quirúrgico objeto de EL CONTRATO.

Por el contrario, existen comunicaciones cursadas por S.O.S. a LA ENTIDAD solicitando cumpla con lo establecido en EL CONTRATO.

Lo antes señalado, no contradice el derecho de LA ENTIDAD a solicitar únicamente el 70% del número total de unidades fijadas en EL CONTRATO, y retrasar su entrega hasta la conclusión del mismo. Sin embargo, como se ha señalado, para ello era necesario comunicar periódicamente de tal decisión a S.O.S., modificando de esa manera las fechas consignadas en el cronograma (el cual establecía además cantidades referenciales).

Por lo antes expuesto, el Tribunal Arbitral ha llegado a la conclusión que LA ENTIDAD incumplió con su obligación de emitir las Ordenes de Compra en el momento establecido en EL CONTRATO y el cronograma entregado, y el incumplimiento de esta manera con requerir el número de mandilones quirúrgicos descartables pactados.

SEXTO:

Que, en relación al pedido de tallas de mandilones no acordes con lo establecido en EL CONTRATO, S.O.S. señala que las órdenes de compra emitidas por LA ENTIDAD requerían la entrega de mandilones talla EX (extra large), contradiciendo la programación contenida en la Carta N° 1496-GLS-HNERM-ESSALUD-2003 de fecha 21 de mayo de 2003, en la cual se establecía que los mandilones debían ser entregados en tallas M (médium) y L (large), constituyendo ello una exigencia extra contractual con consecuencias perjudiciales en el ritmo de producción de la contratista.

Por su parte, LA ENTIDAD indica que en el ítem 40 del proceso de selección se consignó expresamente que los mandilones podían ser de tallas M, L, y XL, siendo falso lo expuesto por la contratista.

Sobre el particular, LAS BASES señalan presentadas por S.O.S., se encuentran incompletas, faltando el ítem 40 que contendría las especificaciones técnicas de los bienes materia de EL CONTRATO, el mismo que no ha sido adjuntado pese al requerimiento contenido en la Resolución N° 17.

En tal sentido, el TRIBUNAL ARBITRAL no ha podido constatar el incumplimiento alegado por S.O.S. sobre el particular, razón por la cual considera que no se ha acreditado el mismo.

SÉTIMO:

Que, a pesar de lo señalado en el considerando precedente, se ha comprobado que existieron incumplimientos contractuales por parte de LA ENTIDAD, siendo necesario determinar si dichos incumplimientos justificaron la resolución de EL CONTRATO por parte de S.O.S.

Sobre el particular, EL CONTRATO sólo prevé su resolución por incumplimiento del contratista, remitiéndose en cuanto al procedimiento al artículo 144° del Reglamento de las Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

Considerando ello, debemos recurrir a las normas que regulan la contratación con el Estado, a fin de determinar las causales que facultan al contratista a resolver EL CONTRATO.

En tal sentido, el artículo 144° del Decreto Supremo N° 013-2002-PCM señala lo siguiente:

*"Si alguna de las partes falta al cumplimiento de sus obligaciones, la parte perjudicada deberá requerirla mediante carta notarial para que las satisfaga en un plazo no menor a dos (2) ni mayor a quince (15) días, dependiendo del motivo involucrado y de la complejidad, envergadura o sofisticación de la adquisición o contratación y, en el caso de obra, para que las satisfaga dentro de un plazo de quince (15) días, bajo apercibimiento de que el contrato quede resuelto de pleno derecho. Si vencido dicho plazo el incumplimiento continúa, la parte perjudicada, mediante carta notarial, resolverá el contrato en forma total o parcial.
(...)"*

De lo antes señalado, podemos concluir que cualquier incumplimiento puede justificar la resolución de un contrato con el Estado, siempre que exista el requerimiento correspondiente vía notarial, por el cual se exija a la parte infractora el cumplimiento de sus obligaciones en un plazo no menor de dos (2) ni mayor de quince (15) días, y ésta no cumpla con ello, debiendo la parte afectada cursar un carta notarial dando por resuelto el acuerdo.

En el presente caso, mediante carta notarial de fecha 22 de noviembre de 2003, recibida por LA ENTIDAD el 28 de noviembre del mismo año, S.O.S. procedió a imputar los incumplimientos en que había incurrido LA ENTIDAD, citados en líneas anteriores, exigiendo que en un plazo de tres (3) días hábiles subsanase los mismos.

Considerando la naturaleza de las obligaciones materia de incumplimiento, consideramos que el plazo de tres (3) días hábiles resultaba suficiente para que LA ENTIDAD procediese a cumplir con lo exigido.

Pese a ello, LA ENTIDAD no subsanó los incumplimientos en que había incurrido, más aún, guardó silencio sobre el particular, sin realizar descargo alguno o solicitar la modificación del calendario entregado a S.O.S. (tal como estaba facultada).

Por tanto, al vencimiento del plazo otorgado a LA ENTIDAD para subsanar sus incumplimientos, S.O.S. quedando expedito su derecho de resolver el contrato en cualquier momento.

Aún así, S.O.S. cursó la carta notarial resolviendo EL CONTRATO recién el día 15 de diciembre de 2003, es decir, diecisiete (17) días calendario posteriores a la recepción de la carta de imputación, habiéndose dado en la práctica un tiempo suficiente para que LA ENTIDAD subsane sus incumplimientos.

OCTAVO:

Que, de lo señalado en el considerando anterior, podemos concluir que los incumplimientos de LA ENTIDAD justificaron la resolución de EL CONTRATO por parte de S.O.S., quien además cumplió adecuadamente el procedimiento, regulado por el artículo 144° del Decreto Supremo 013-2001-PCM se siguió adecuadamente.

En tal sentido, este Tribunal Arbitral considera que EL CONTRATO fue debidamente resuelto mediante carta notarial cursada por S.O.S. a LA ENTIDAD el día 15 de diciembre de 2003.

NOVENO:

Que, habiendo determinado que EL CONTRATO fue debidamente resuelto por S.O.S. a consecuencia de los incumplimientos contractuales de LA ENTIDAD, es necesario analizar si procede el reclamo indemnizatorio presentado por la contratista en su demanda.

El citado reclamo asciende a la suma de S/. 511,434.70 (Quinientos once mil cuatrocientos treinta y cuatro y 70/100) más intereses, monto que comprende el lucro cesante, daño emergente y daño moral supuestamente sufrido por S.O.S.

Sobre el particular, el artículo 144° del Decreto Supremo N° 013-2001-PCM establece que en caso de resolución de contrato con el Estado,

"(...)

Si la parte perjudicada es el contratista, LA ENTIDAD deberá reconocerle en la liquidación del contrato la respectiva indemnización por los daños y perjuicios irrogados ..."

Por su parte, el Código Civil señala en su artículo 1321° que:

*"Queda sujeto a la indemnización por daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve. El resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución.
(...)"*

Asimismo, el citado texto normativo indica en su artículo 1322° que:

"El daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento".

En atención a lo antes señalado, debemos analizar si los conceptos comprendidos en la liquidación de la indemnización contenida en el documento presentado por S.O.S. denominado "Anexo A", que corre a fojas 280 - 283, deben ser resarcidos por LA ENTIDAD, al estar referidos a un daño emergente, lucro cesante o daño moral ocasionados como consecuencia sus incumplimientos contractuales.

DÉCIMO:

Que, en relación al lucro cesante, S.O.S. incluye en dicho concepto las utilidades dejadas de percibir, entendiendo como tales las utilidades que producto de EL CONTRATO, percibiría en su condición de empresa ganadora de la buena pro.

El monto de dicho concepto ascendería a S/. 44,528.11 (Cuarenta y cuatro mil quinientos veintiocho y 11/100 nuevos soles), para cuyo cálculo se ha considerado las unidades recepcionadas por LA ENTIDAD (18,500), el precio concertado por unidad de mandilón quirúrgico descartable, el promedio del margen operativo que registro contablemente la empresa en los años 2001 y 2002 (coeficiente de 18.93%) y la deducción del Impuesto General a las Ventas (19%), a lo cual se ha sumado el costo de oportunidad de S.O.S. (S/. 6,769.17) obtenido de multiplicar la utilidad dejada de percibir por su margen operativo.

Al respecto debemos señalar que, se entiende como lucro cesante "aquello que ha sido o será dejado de ganar a causa del acto dañino"¹.

En el presente caso las utilidades que pudiera haber obtenido S.O.S. de haber cumplido LA ENTIDAD con adquirir el total de mandilones pactado en EL CONTRATO, constituyen un ingreso que la contratista dejó de percibir a consecuencia de los incumplimientos contractuales de LA ENTIDAD. Por lo tanto, comprenden indudablemente un lucro cesante que debe ser materia de resarcimiento.

DÉCIMO PRIMERO:

Que, acerca del monto exigido como concepto de lucro cesante, el Tribunal Arbitral considera que el mismo puede ser calculado sobre la base del número de bienes no requeridos por LA ENTIDAD (18,500) considerando el número total consignado en EL CONTRATO (30,000), a pesar de que LA ENTIDAD podía requerir sólo la entrega del 70%.

La conclusión antes citada tiene su origen en el hecho que, a nuestro entender, la expectativa real de S.O.S. se regía a partir de dicho número, más aún si el cronograma de entregas estaba elaborado sobre dicha base, no habiendo sido modificado por LA ENTIDAD.

Asimismo, de la revisión de la Cláusulas Décimo Octava y Décimo Novena de EL CONTRATO puede observarse que las penalidades a las que se encontraba sujeta S.O.S. en caso de incumplir EL CONTRATO, debían determinarse sobre la base del monto señalado en el mismo (S/. 375,000.00), equivalente al número total (100%) de mandilones (30,000), hecho que se comprueba a partir de la pretensión contenida en la reconvencción. Por tanto, resultaría injustificado otorgar un tratamiento

¹ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. La responsabilidad extracontractual (arts. 1969-1988). Séptima edición. Tomo II. (Biblioteca para leer el Código Civil, Vol. IV). Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2003. p. 37.

diferente al cálculo del lucro cesante derivado del incumplimiento de LA ENTIDAD.

Sobre el mecanismo utilizado por S.O.S. para el cálculo del lucro cesante, el Tribunal considera que debido a la naturaleza del pedido, resulta aceptable.

Por lo antes señalado, este Tribunal Arbitral establece como lucro cesante a favor de S.O.S. la suma de S/. 44,528.11 (Cuarenta y cuatro mil quinientos veintiocho y 11/100 nuevos soles).

DÉCIMO SEGUNDO:

Que, en relación al daño emergente, S.O.S. incluye en dicho reclamo los siguientes conceptos:

- i) Gastos no recuperados, entendiendo como tales el conjunto de gastos que ha realizado la empresa para la producción de las 18,500 unidades de mandilones quirúrgicos descartables, que forman parte del costo de la mercadería no entregada (materia prima, gastos directos de producción -mano de obra, insumo, guardianía- y los costos de ventas), ascendente a S/. 153,141.97 (Ciento cincuenta y tres mil ciento cuarenta y un y 97/100 nuevos soles), resultado de la diferencia entre las ventas totales deducidas, las utilidades dejadas de percibir y el Impuesto General a las Ventas.
- ii) Gastos financieros, entendiendo como tales los costos de intereses que asume la empresa derivados de préstamos recibidos de terceros, destinados a financiar la producción de mandilones quirúrgicos descartables. Los daños por dicho concepto ascenderían a S/. 32,159.81 (Treinta y dos mil ciento cincuenta y nueve y 81/100) nuevos soles), calculados de acuerdo a los gastos realizados por la empresa, la tasa de interés en moneda extranjera que paga la empresa en el mercado financiero informal (3.0% mensual) y los intereses correspondientes a siete (7) meses.
- iii) Gastos de Comisiones por Carta Fianza, entendiendo como tales las comisiones cobradas por FOGAPI que por concepto de la carta fianza emitida a favor de LA ENTIDAD equivalente al 10% del monto total de la licitación, ascendentes a S/. 2,500.00 (Dos mil y 00/100 quinientos nuevos soles).

Al respecto debemos señalar que, *"la indemnización del daño emergente es la que pretende restituir la pérdida sufrida"*, siendo el daño emergente *"siempre un empobrecimiento"*².

En el presente caso, según las definiciones presentadas por S.O.S., los conceptos antes citados podrían ser calificados como daño emergente, debiéndose, sin embargo, acreditar que los mismos existieron y estuvieron vinculados al incumplimiento de EL CONTRATO.

DÉCIMO TERCERO:

Que, en el caso de los gastos no recuperados, los mismos están íntimamente relacionados a la elaboración de los mandilones quirúrgicos descartables que iban a ser entregados por S.O.S. a LA ENTIDAD. Por tal motivo, para acreditar que existió el daño consistente en los gastos realizados para la fabricaciones de los citados bienes, debe primero probarse que los mismos fueron elaborados.

Asimismo, para determinar el monto que debería pagar LA ENTIDAD a S.O.S. por el citado concepto es necesario que la contratista acredite el costo de fabricación de los mandilones.

DÉCIMO CUARTO:

Que, en el presente caso, S.O.S. no ha acreditado que haya fabricado los mandilones que sería entregados a LA ENTIDAD en ejecución de EL CONTRATO. Tampoco ha acreditado el costo de fabricación de dichos mandilones, presentando los documentos que prueben los gastos realizados por materia prima, mano de obra, insumos y guardianía.

Sobre el particular, debemos indicar que *"el daño, cualquiera que sea su naturaleza, debe ser cierto si quiere aspirar a una reparación; presente o futuro, pero cierto. No puede ser eventual o hipotético..."*³.

Considerando lo antes señalado, el daño sufrido debe ser acreditado por la parte afectada con el incumplimiento contractual. En ese sentido, DE TRAZEGNIES GRANDA señala que *"el actor debe probar que el daño se produjo"*⁴. Ello, en el presente caso, no ha sucedido.

² Ibid. p. 36.

³ Ibid. p 17.

⁴ Ibid. p. 21.

Por lo expuesto, el Tribunal Arbitral declara que la pretensión indemnizatoria de S.O.S. en este extremo carece de fundamento.

DÉCIMO QUINTO:

Que, en el caso de los gastos financieros, S.O.S. no ha acreditado el vínculo existente entre dichos gastos y la ejecución de EL CONTRATO, no siendo posible determinar en qué medida ello constituyó un daño derivado del incumplimiento del mismo.

Por tales motivos, y teniendo en cuenta lo señalado en el considerando anterior, el Tribunal Arbitral ha llegado a la conclusión que la pretensión indemnizatoria de S.O.S. en este extremo carece de fundamento.

DÉCIMO SEXTO:

Que, en el caso de las Comisiones por Carta Fianza, el Tribunal considera que dicho gasto deriva de la ejecución de EL CONTRATO, no encontrándose vinculado a su incumplimiento en la medida que el mantenimiento de la vigencia de la Carta Fianza era necesario sin que tuviera en ello incidencia el número de mandilones que finalmente requiriera LA ENTIDAD.

En tal sentido, no ha existido vínculo directo entre estos gastos y el incumplimiento de EL CONTRATO por parte de LA ENTIDAD, tal como lo exige el artículo 1321° del Código Civil.

Por tales motivos, y estando a lo señalado en el considerando anterior, el Tribunal Arbitral ha llegado a la conclusión que la pretensión indemnizatoria de S.O.S. en este extremo carece de fundamento.

DÉCIMO SÉTIMO:

Que, en relación al daño moral, S.O.S. incluye en dicho concepto la pérdida de créditos de proveedores nacionales y extranjeros, la pérdida del RESIT y la pérdida el certificado de buenas prácticas de almacenamiento (BPA), calculando el mismo en S/. 279,104.81 (Doscientos setenta y nueve mil ciento cuatro y 81/100 nuevos soles).

Sobre el particular, debe considerarse que el citado reclamo busca la reparación de un daño moral sufrido por una persona jurídica.

Con relación a ello existen diversas posturas sobre la procedencia de la reparación del daño moral.

En efecto, una parte de la doctrina sostiene que es posible la reparación de un daño moral sufrido por una persona jurídica. Sin embargo, la tesis mayoritaria señala que una persona jurídica no pueda ser víctima de daño moral, pues entiende que éste es una afectación a la esfera subjetiva del sujeto, que genera aflicción, dolor, padecimiento. Así, ORGAZ opina que las personas jurídicas no sufren daño moral pues *"al carecer (ellas) de sentimientos, de afectos y de integridad física, y, por tanto, al estar privadas de sufrir física o psíquicamente, de padecer en sus afecciones personales y de sentirse privadas del goce de los bienes, la posibilidad de reconocerla como sujeto legitimado activo, se presenta como un absurdo"*⁵.

Entrando al plano legal, consideramos que el Código Civil se ha adscrito a la segunda posición.

En efecto, si bien el artículo 1322° del Código Civil no define el daño moral, el artículo 1984° establece que el mismo *"es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia"*. Si bien esta segunda norma pertenece a la regulación de la responsabilidad extracontractual, su aplicación al presente caso es factible debido al silencio que sobre el particular encontramos en la regulación de la responsabilidad contractual.

Así pues, el ordenamiento peruano entendería que el daño moral supone una lesión a la esfera sentimental del sujeto. En efecto, el daño moral *"produce pena, dolor, sufrimiento y, como con acierto se ha indicado, es con frecuencia transitorio. Cabe, por tanto, que este estado de ánimo se mitigue o desaparezca con el tiempo"*.

Sin perjuicio de lo antes señalado, la doctrina nacional manifiesta que el daño moral alude a una experiencia humana como el dolor o sufrimiento⁶.

De otro lado, la función propia de la reparación del daño moral es la satisfactiva. En tal sentido, es difícil imaginar que esta función puede cumplirse mediante la indemnización del daño moral a las personas jurídicas, considerando que por la función satisfactiva el agraviado *"puede*

⁵ ORGAZ, Alfredo. Citado por: MOSSET UTURRAPE, Jorge. "Responsabilidad por Daños", tomo IV. Ediar Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, Buenos Aires, 1986, p. 225.

⁶ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. "Daño a la persona y daño moral en la doctrina y en la jurisprudencia latinoamericana actual". En: THEMIS – Revista de Derecho, editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia universidad Católica del Perú, N° 38, Lima, 1998, p. 193.

disfrutar de algunas satisfacciones de orden espiritual, de diversa magnitud u hondura..."⁷

En cierto que, no puede negarse que los daños que se produzcan a la imagen y reputación de una persona jurídica deben ser resarcidos, pero ello siempre que se acredite sus repercusiones patrimoniales. Si ello se logra, la indemnización representará tanto el daño emergente como el lucro cesante, según corresponda. No cabe pues, que una empresa solicite una suma por daño emergente, otra por lucro cesante y otra por daño moral, puesto que éste, de aceptarse su existencia, debería estar incluido en alguno de los conceptos anteriores.

Por todo lo expuesto, este Tribunal considera que el pedido de indemnización por daño moral carece de fundamento resultando infundada la pretensión indemnizatoria de S.O.S. en ese extremo.

DÉCIMO OCTAVO:

Que, en relación a los intereses legales exigidos por S.O.S. habiéndose amparado en parte el pedido indemnizatorio de la contratista procede reconocer los intereses legales generados de la notificación de la demanda arbitral hasta la fecha de pago, conforme a la tasa que fija el Banco Central de Reserva los cuales eran liquidados en ejecución de laudo.

DÉCIMO NOVENO:

Que, en relación al pago de costas y costos del presente proceso arbitral por parte de LA ENTIDAD a S.O.S. habiendo sido amparada en parte la pretensión indemnizatoria de S.O.S. procede que LA ENTIDAD, de conformidad con lo señalado en el artículo 52 de la Ley General de Arbitraje (Ley N° 26572) pague a favor de la contratista los gastos en que ha incurrido en la tramitación del proceso, los cuales deben ser liquidados en ejecución del laudo

VIGÉSIMO:

Que, con relación a la reconvencción presentada por LA ENTIDAD, ésta contiene dos pretensiones:

- i) Que, S.O.S pague a su favor la penalidad por mora derivada del retraso en el cumplimiento de lo exigido mediante la Orden de

⁷ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. "Protección Jurídica de la Persona". Op. cit. p. 186.

Compra N° 4500391128, por un monto total de S/. 20,958.96 (Veinte mil novecientos cincuenta y ocho con 96/100 nuevos soles), más intereses legales, sin perjuicio de poder resolver EL CONTRATO por acumulación de penalidades y poner en conocimiento de CONSUCODE este incumplimiento.

- ii) Que, S.O.S. pague a su favor una indemnización hasta por la suma de 119,757.00 (Ciento diecinueve mil setecientos cincuenta y siete con 00/100 nuevos soles), por desatender la Orden de Pago N° 4500391128.

VIGÉSIMO PRIMERO:

Que, en el presente proceso se ha acreditado que EL CONTRATO fue debidamente resuelto mediante carta cursada por S.O.S. a LA ENTIDAD el día 15 de diciembre de 2004, siendo inexigible desde ese momento el cumplimiento por parte de S.O.S. de cualquier obligación derivada del mismo.

VIGÉSIMO SEGUNDO:

Que, de los actuados se puede comprobar que la Orden de Compra N° 4500391128, fue emitida con fecha 15 de enero de 2004 (tal como consta a foja 252, siendo remitida a S.O.S. mediante carta notarial de fecha 16 de enero de 2004, entregada el 19 de enero del mismo año (foja 251).

En tal sentido, al momento tanto de expedirse como entregarse la citada Orden de Compra EL CONTRATO se encontraba resuelto.

A ello se suma que, de acuerdo a la carta notarial antes citada se establecía que las entregas debían realizarse entre el 16 de enero de 2004 y el 09 de febrero de 2004, es decir, hasta una fecha posterior a la vigencia misma de EL CONTRATO, el cual vencía el 24 de enero de 2004 (tal como lo señala la Cláusula Quinta del mismo), lo que a todas luces resulta irregular.

VIGÉSIMO TERCERO:

Considerando lo antes señalado, y el hecho que las dos pretensiones contenidas en la reconvencción formulada por LA ENTIDAD se basan en el supuesto incumplimiento de parte de S.O.S. de lo exigido mediante la Orden de Compra N° 4500391128, este Tribunal Arbitral considera que dichos reclamos carecen de fundamento, resultando infundadas ambas pretensiones.

Concluido el análisis correspondiente;

EL TRIBUNAL ARBITRAL RESUELVE EN MAYORÍA:

PRIMERO: Declarar **FUNDADA en parte** la pretensión de S.O.S. referida al pago de una indemnización por daños y perjuicios derivados del incumplimiento de LA ENTIDAD de EL CONTRATO, ordenando el pago de S/. 44, 528.11 (Cuarenta y cuatro mil quinientos veintiocho y 11/100) nuevos soles por parte de LA ENTIDAD a S.O.S., por concepto de lucro cesante, declarando **INFUNDADA** la pretensión en los extremos referidos al pago de daño emergente y daño moral.

SEGUNDO: Declarar **FUNDADA en parte** la pretensión de S.O.S. en relación a los intereses legales aplicables a la deuda por indemnización por daños y perjuicios, los mismos que deberán ser liquidados en ejecución de laudo conforme a la tasa de Interés legal fijada por el Banco Central de Reserva.

TERCERO: Declara **FUNDADA** la pretensión de S.O.S. referida a los costos y costas, ordenándose que LA ENTIDAD pague a favor de S.O.S. los gastos que le ha generado el arbitraje, los cuales deben ser liquidados en ejecución de laudo, considerando lo señalado por el artículo 52 de la Ley General de Arbitraje.

CUARTO: Declarar **INFUNDADA** la pretensión de LA ENTIDAD referida al pago a su favor por parte de S.O.S. de la penalidad por mora derivada del retraso en el cumplimiento de lo exigido mediante la Orden de Compra N° 4500391128, ascendente a S/. 20,958.96 (Veinte mil novecientos cincuenta y ocho con 96/100 nuevos soles), más intereses legales.

QUINTO: Declarar **INFUNDADA** la pretensión de LA ENTIDAD referida al pago a su favor por parte de S.O.S. de una indemnización hasta por la suma de 119,757.00 (Ciento diecinueve mil setecientos cincuenta y siete con 00/100 nuevos soles), por desatender la Orden de Pago N° 4500391128.



MICHAEL VIDAL SALAZAR
Presidente

Catalina Dulanto B
CATALINA DULANTO TRUJILLO
Árbitro



[Handwritten signature]

FRANZ KUNDMÜLLER CAMINITI
Gerente de Conciliación y Arbitraje
CONSUCODE