

1648-2015



Arbitraje Mercantil Garec S.R.L. y Hospital Nacional Sergio E. Bernales (Ministerio de Salud)

Árbitro Único
Dr. Augusto Millones Santa Gadea

Lima, 13 de julio de 2015

Señores:
HOSPITAL NACIONAL SERGIO E. BERNALES
MINISTERIO DE SALUD
Av. Dos de Mayo N° 590
San Isidro.-

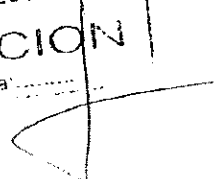
Referencia: **Arbitraje Mercantil Garec S.R.L. con el Hospital Nacional Sergio E. Bernales (Ministerio de Salud)**

De mi especial consideración:

Por medio de la presente y dentro del plazo establecido en la Resolución N° 11, cumpla con notificarles el Laudo Arbitral de Derecho de fecha 3 de julio de 2015, expedido por el Árbitro Único Dr. Augusto Millones Santa Gadea. Se adjunta a la presente el referido laudo, el cual consta de 25 páginas.

Atentamente,


MÓNICA LÓPEZ CASIMIRO
Secretaria Arbitral
Arbitre Soluciones Arbitrales

MINISTERIO DE SALUD
PROCURADURIA PÚBLICA
14 JUL 2015
RECEPCION
Hora: 2:44 Firma: 

LAUDO DE DERECHO

Laudo de Derecho que en la controversia surgida entre Mercantil Garec SRL con Hospital Sergio E. Bernales – Ministerio de Salud, dicta el Árbitro Único doctor Augusto Millones Santa Gadea.

Número de Expediente de Instalación: I539-2014

Demandante: Mercantil Garec S.R.L.

Demandada: Hospital Nacional Sergio E. Bernales – Ministerio de Salud

Contrato : Contrato N° 115 – 2013 – Hospital Nacional "Sergio E. Bernales" para la adquisición de alimentos para personas.

Monto del Contrato: S/. 192,675.00

Cuantía de la Controversia: S/. 200,000.00

Tipo y Número de Proceso de Selección: Licitación Pública N° 005-2013- HNSEB-CE

Árbitra Único: Dr. Augusto Millones Santa Gadea.

Secretaria Arbitral: Arbitre Soluciones Arbitrales - Abogada Mónica López Casimiro

Monto de los honorarios del Árbitro Único: S/. 10,000.00

Monto de los honorarios de la Secretaría Arbitral: S/. 5,340.34 más IGV

Fecha de emisión del laudo: 3 de julio de 2015

N° de Folios: 25

Pretensiones (controversias relacionadas a las siguientes materias):

- | | |
|--|---|
| <input type="checkbox"/> Nulidad, invalidez, inexistencia y/o ineficacia del contrato. | <input checked="" type="checkbox"/> Indemnización por daños y perjuicios. |
| <input checked="" type="checkbox"/> Resolución del contrato. | <input type="checkbox"/> Enriquecimiento sin causa. |
| <input type="checkbox"/> Ampliación del plazo contractual. | <input type="checkbox"/> Adicionales y reducciones. |
| <input type="checkbox"/> Defectos o vicios ocultos. | <input type="checkbox"/> Adelantos. |
| <input type="checkbox"/> Formulación, aprobación o valorización de metrados. | <input type="checkbox"/> Penalidades. |
| <input type="checkbox"/> Recepción y conformidad. | <input type="checkbox"/> Ejecución de garantías. |
| <input checked="" type="checkbox"/> Liquidación y pago. | <input type="checkbox"/> Devolución de garantías. |
| <input type="checkbox"/> Mayores gastos generales. | <input type="checkbox"/> Otros (especificar)..... |



Resolución N° 12

En Lima, a los tres días del mes de julio del 2015, realizadas las actuaciones arbitrales de conformidad con la ley y las normas establecidas por las partes, escuchados los argumentos del Demandante y del Demandado, el Árbitro Único dicta el presente Laudo de Derecho.

I. ANTECEDENTES



1.1. El 09 de diciembre del 2013, las partes firmaron el Contrato N°115 – 2013-HOSPITAL NACIONAL SERGIO E. BERNALES, derivado del proceso de Licitación Pública N° 005-2013-HNSEB-CE para la "Adquisición de Alimentos para Personas" a fin de proveer carne de res bola de lomo por el monto de S/. 192,675.00.

1.2. La cláusula Décimo Octava del Contrato dispone que *"Cualquiera de las partes tiene el derecho a iniciar el arbitraje administrativo a fin de resolver las controversias que se presenten durante la etapa de ejecución contractual dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 144°, 170°, 175°, 177° y 181° del Reglamento modificado mediante D.S. 138-2012-EF o, en concordancia, con lo dispuesto en el numeral 52.2° de la Ley de Contrataciones del Estado, modificado mediante la Ley N° 29873.*

Facultativamente, cualquiera de las partes podrá someter a conciliación la referida controversia, sin perjuicio de recurrir al arbitraje en caso no se llegue a un acuerdo entre ambas, según lo señalado en el artículo 214° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, modificado mediante el D.S. 138-2012-EF.

El laudo arbitral emitido es definitivo e inapelable, tiene el valor de cosa juzgada y se ejecuta como una sentencia".

1.3. El 11 de setiembre de 2014, en la sede institucional del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE, el Árbitro Único doctor Augusto Millones Santa Gadea, el representante de Mercantil Garec S.R.L., la representante del Hospital Nacional Sergio E. Bernales – Ministerio de Salud y la subdirectora de Asuntos Administrativos Arbitrales en representación de la Dirección de Arbitraje Administrativo del OSCE, participaron en la Audiencia de Instalación del Árbitro Único, ratificándose el mismo en su aceptación y señalando que no tiene ninguna incompatibilidad ni compromiso alguno con las partes, obligándose a desempeñarse con imparcialidad y probidad la labor encomendada; y expresando las partes asistentes su conformidad con la designación realizada, manifestando que al momento de la realización de dicha audiencia no tienen conocimiento de alguna causa que pudiera motivar una recusación.

- 1.4. En esta Audiencia, a la que en la sucesiva nos referiremos como el "Acta de Instalación", el Árbitra Única fijá las reglas de este arbitraje estableciendo que es una ad hoc, nacional y de Derecha.
- 1.5. Así también, en esta Audiencia el Árbitra Única encargá la secretaría del proceso a Arbitre Saluciones Arbitrales S.R.L., quien a su vez designó a la abogada Mánica López Casimira, estableciendo como sede del arbitraje la oficina ubicada en Calle Ría de la Plata N° 167, Oficina 102, distrito de San Isidro, provincia y departamento de Lima.



II. LO ACTUADO EN EL PROCESO ARBITRAL

- 2.1. Mediante el escrito N° 1 de fecha 2 de octubre de 2014, el Contratista cumplió con presentar su demanda arbitral, la misma que fue admitida mediante Resolución N° 1 del 7 de octubre de 2014, que dispuso se fuera trasladada a la Entidad para que dentro del plazo de quince (15) días hábiles presente su contestación de demanda y afrezca sus medios probatorios. Asimismo, en dicha resolución se tuvo por acreditada el pago del primer anticipo de honorarios arbitrales en la parte que le corresponde a Mercantil Garec S.R.L. y se requirió a la Entidad para que dentro del plazo de cinco (5) días hábiles cumpla con efectuar el pago de las costas arbitrales a su carga.
- 2.2. Posteriormente, mediante Resolución N° 2 de fecha 20 de octubre de 2014, se facultó a Mercantil Garec S.R.L. para que dentro del plazo de cinco (05) días hábiles de notificada dicha resolución, en caso de tener interés en impulsar el presente arbitraje, asuma el pago de las honorarios correspondientes al Árbitra Única y Secretaría Arbitral en la parte que le corresponde al Hospital Nacional Sergio E. Bernales del Ministerio de Salud. Asimismo, se requirió al Hospital Nacional Sergio E. Bernales del Ministerio de Salud para que dentro del plazo de cinco (5) días hábiles, cumpla con devolver el recibo por honorarios del Árbitra Única.
- 2.3. El 31 de octubre de 2014, la Entidad se apersonó al proceso y presentó extemporáneamente su contestación de demanda. Dicha escrito fue proveído mediante Resolución N° 3 de fecha 14 de noviembre de 2014, que tuvo por apersonada al doctor Luis Celedania Valdez Pallete, Procurador Público del Ministerio de Salud en representación del Hospital Nacional Sergio E. Bernales, tuvo por no contestada la demanda, tuvo presente la delegación de representación a favor de las abogadas de la Entidad, autorizó a la Secretaría Arbitral para que remita a la Entidad copia de la Carta Notarial de fecha 10 de abril de 2014 y tuvo por pagadas las honorarios arbitrales del Árbitra Única y de la Secretaría Arbitral por parte de Mercantil Garec SRL en la parte que le corresponde a la Entidad.

- 2.4. El 26 de noviembre de 2014, la Entidad presentó los escritos N° 2 y 3, mediante los cuales interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución N° 3 y expuso sus argumentos de defensa. Estos escritos fueron proveídos en la Resolución N° 4 del 4 de diciembre de 2014, mediante la cual se declaró infundado el recurso de reconsideración interpuesto por el Hospital Nacional Sergio E. Bernales. Y, respecto al escrito N°3 de fecha 26 de noviembre de 2014, presentado por el Hospital Nacional Sergio E. Bernales se tuvo presente en lo que corresponda y fuera de plazo de ley, los argumentos vertidos por la Entidad en relación a las pretensiones incoadas por el Contratista e Improcedente por extemporánea a la reconvencción planteada.
- 2.5. Con fecha 17 de diciembre de 2014, la empresa demandante solicitó se cite a la Audiencia de Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos a fin de que se prosiga con el trámite regular del proceso arbitral. Y, el 26 de diciembre de 2014, la Entidad de manera extemporánea cumplió con devolver el recibo por honorarios N° 384 emitido por el Árbitro Único doctor Augusto Millones Santa Gadea.
- 2.6. Dichos escritos fueron proveídos mediante Resolución N° 5 de fecha 14 de enero de 2015, que tuvo por cumplido extemporáneamente el requerimiento efectuado a la Entidad mediante la Resolución N°2 del 20 de octubre de 2014. Asimismo, en dicha resolución se citó a ambas partes a la Audiencia de Conciliación, determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios que se realizaría el día martes 27 de enero de 2015 a las 10:00 a.m. en la sede arbitral ubicada en Calle Rio de la Plata 167 oficina 102, Distrito de San Isidro y se otorgó a las partes plazo de tres días hábiles para que de estimarlo conveniente, formulen sus propuestas de puntos controvertidos, las mismas que podrían ser recogidas o no por el Árbitro Único.
- 2.7. A las 10:00 a.m. horas del día viernes 27 de enero del 2015, con la participación del Árbitro Único, la Secretaria Arbitral, el demandante y demandado se inició la Audiencia de Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios, conforme a lo establecido mediante Resolución N° 5 de fecha 14 de enero del 2015.

El Árbitro Único emitió la Resolución N° 6, mediante la cual tuvo presente en lo que corresponda las propuestas de puntos controvertidos presentados por Mercantil Garec S.R.L. y el Procurador Público del Ministerio de Salud.

Seguidamente, el Árbitro Único dio inicio a la audiencia citada, invitando a las partes a llegar a un acuerdo conciliatorio, quienes expresaron que por el momento no era posible arribar a una conciliación, dejándose abierta la posibilidad de que las partes logren



entablar un acuerdo conciliatorio en cualquier etapa del proceso arbitral.

Posteriormente, el Árbitro Único procedió a fijar los puntos controvertidos en función a las pretensiones presentadas por la partes en el proceso. Asimismo, el Árbitro Único admitió los medios probatorios presentados por ambas partes y se reservó el derecho de disponer la actuación de oficio de cualquier otro medio probatorio que considere conveniente.

Finalmente, el Árbitro Único con el objeto de garantizar el derecho de las partes a probar sus posiciones, les concedió un plazo de cinco (5) días hábiles para que presenten documentos adicionales que consideren necesarios.

- 2.8. Con fecha 30 de enero de 2015, la empresa demandante presentó el escrito N°4, mediante el cual adjuntó las Bases Integradas de la Licitación Pública N° 005-2013-HNSEB-CE. Dicho escrito fue proveído mediante Resolución N° 7 de fecha 18 de febrero de 2015, en la misma que se admitió como medio probatorio de oficio las Bases Integradas de la Licitación Pública N° 005-2013-HNSEB-CE y se dispuso incorporarlo al expediente, se prescindió de la audiencia de pruebas y se declaró cerrada la etapa probatoria. Asimismo, se concedió a las partes el plazo de cinco (5) días hábiles para que presenten sus alegatos escritos y se citó a las mismas a la Audiencia de Informes Orales que se llevaría a cabo el día jueves 5 de marzo de 2015 a las 10:00 a.m. horas en la sede del Árbitro Único sito en Calle Río de la Plata N° 167, oficina 102 – San Isidro.
- 2.9. Mediante la Resolución N° 8 de fecha 18 de febrero de 2015, se estableció un honorario definitivo para el Árbitro Único en la suma de S/. 3,400.00 Nuevos Soles y un honorario definitivo para la Secretaría Arbitral en la suma de S/. 3,400.00 Nuevos Soles, estableciéndose que deberán ser pagados por cada una de las partes, en proporciones iguales, en un plazo de diez (10) días hábiles de remitidos los respectivos comprobantes de pago.
- 2.10. A las 10:00 a.m. horas del día miércoles 5 de marzo de 2015, con la participación del Árbitro Único, la Secretaría Arbitral y el demandante, y atendiendo a la inasistencia del representante de la Procuraduría Pública del Ministerio de Salud, se procedió a reprogramar la Audiencia de Informes Orales para el día Jueves 12 de Marzo de 2015 a las 9:30 AM en la sede arbitral ubicada en Calle Río de la Plata N° 167, oficina 102 – San Isidro. Asimismo, se emitió la Resolución N° 9, mediante la cual se tuvo presentes los alegatos formulados por las partes mediante sus escritos de fecha 27 de febrero y 2 de marzo de 2015, se tuvo por acreditado el pago de los honorarios definitivos a cargo de Mercantil Garec SRL y se otorgó el plazo de tres (3) días



hábiles al Hospital Sergio E. Bernales para que informe si asumirá la obligación de pagar los honorarios arbitrales a su cargo.

- 2.11. A las 9:30 a.m. horas del día jueves 12 de marzo del 2015, con la participación del Árbitro Único, la Secretaria Arbitral, el demandante y el demandado, se inició la Audiencia de Informe Orales, conforme a lo establecido en el Acta de Suspensión de Audiencia de Informes Orales de fecha 5 de marzo de 2015.

En ese acto, el Árbitro Único otorgó el uso de la palabra a las partes para que sustenten sus posiciones, ejerciendo sus derechos de réplica y dúplica, así como absolviendo las preguntas formuladas por el Árbitro Único.

Asimismo, el Árbitro Único consideró pertinente otorgar a las mismas el plazo de cinco (5) días hábiles para que presenten documentos adicionales que consideren necesario para precisar sus argumentos de defensa.

- 2.12. Por Resolución N° 10 de fecha 20 de abril de 2015, se tuvo presente lo alegado por el Hospital Nacional Sergio E. Bernales – Ministerio de Salud mediante el escrito de fecha 19 de marzo de 2015 con conocimiento de Mercantil Garec y se tuvo presente lo alegado por Mercantil Garec SRL mediante el escrito de 20 de marzo de 2015 con conocimiento del Hospital Nacional Sergio E. Bernales – Ministerio de Salud.
- 2.13. En Resolución N° 11 de fecha 14 de mayo de 2015, se tuvo por acreditado el pago de los honorarios definitivos en la parte que le corresponde al Hospital Sergio E. Bernales – Ministerio de Salud y se estableció el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles, contado a partir de notificada dicha resolución. Asimismo, se rectificó de oficio la numeración de la Resolución N° 9 emitida el 20 de abril de 2015, debiendo ser Resolución N° 10.

I. DECLARACIONES PRELIMINARES

Antes de analizar la materia controvertida, corresponde remarcar lo siguiente:

- (i) El Árbitro Único se ha instalado de conformidad con las normas que regulan la contratación estatal y con la conformidad de las partes.
- (ii) En ningún momento se ha recusado al Árbitro Único o se han impugnado las disposiciones contenidas en el Acta de Instalación.

- (iii) El Contratista interpuso su demanda dentro del plazo previsto, ofreciendo las pruebas correspondientes.
- (iv) La Entidad fue debidamente emplazada con la demanda; sin embargo, no la contestó de manera oportuna.
- (v) Las partes han tenido plena oportunidad para ofrecer y actuar todas sus pruebas, así como han contado con el derecho a presentar alegatos y a informar oralmente.
- (vi) Todas las resoluciones dictadas en el proceso, previas a la emisión de este Laudo de Derecho, han sido consentidas por las partes.
- (vii) Se han analizado todas las afirmaciones de las partes y todos los medios probatorios actuados en el proceso, otorgándoles el mérito que les corresponde aun cuando no se haga mención expresa de ellos en este Laudo.
- (viii) El presente Laudo de Derecho se emite dentro del plazo previsto en el Acta de Instalación.

II. PRETENSIONES DEMANDADAS

- 2.1. Las pretensiones contenidas en la demanda han sido formuladas en los siguientes términos:

PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que, el Arbitro Único declare que EL HOSPITAL NACIONAL SERGIO E. BERNALES DEL MINISTERIO DE SALUD está obligada a reconocer a favor de MERCANTIL GAREC S.R.L. indemnización por daños y perjuicios como consecuencia de los efectos de la Resolución Parcial del Contrato N° 115-2013-HOSPITAL NACIONAL SERGIO E. BERNALES de fecha 09.12.2013 de acuerdo con el Artículo 44° de la Ley de Contrataciones del Estado y Artículo 168° de su Reglamento.

PRETENSION ACCESORIA A LA PRIMERA PRETENSION PRINCIPAL.-Que, EL HOSPITAL NACIONAL SERGIO E. BERNALES DEL MINISTERIO DE SALUD cumpla con pagar a MERCANTIL GAREC S.R.L. por concepto de indemnización por daños y perjuicios (Daño Emergente, Lucro Cesante y Daño Moral) la suma de S/. 200,00 (DOSCIENTOS MIL Y 00/100 NUEVOS SOLES). A este monto deberá agregarse para que en vía de ejecución del Laudo Arbitral se liquiden los intereses legales correspondientes hasta

su pago total.

SEGUNDA PRETENSION PRINCIPAL.- Que, EL HOSPITAL NACIONAL SERGIO E. BERNALES DEL MINISTERIO DE SALUD asuma los gastos Arbitrales, comprendiendo dentro de ellos los gastos de la Defensa Legal dentro del contexto del presente proceso arbitral.

III.

FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA

III.- DE LOS FUNDAMENTOS DE HECHO Y DERECHO:

I. FUNDAMENTOS DE HECHO:

- 1. PROCESO DE SELECCIÓN Y SUSCRIPCIÓN DEL CONTRATO.-** Nuestra representada, participó en la Licitación Pública N° 005-2013-HNSEB-CE "Adquisición de Alimentos para personas" siendo adjudicada con la Buena Pro para el Ítem N° 8 cuyo Valor Referencial total ascendió a la suma de S/. 192,675.00 nuevos soles. En virtud a ello con fecha 09.12.2013 MERCANTIL GAREC SRL y EL HOSPITAL suscribieron el Contrato N° 115-2013-HOSPITAL NACIONAL SERGIO E. BERNALES.

Nuestra representada participó como postor en la Licitación Pública a que se refiere el párrafo precedente premunido del derecho constitucional que toda persona natural o jurídica tiene de contratar con libertad con la certeza de que sus pactos van a ser garantizados de acuerdo con la normatividad vigente al tiempo de la contratación¹. Dentro de este contexto nuestra oferta dentro del proceso de selección se circunscribió al modelo económico del país dentro de cuyo ámbito nuestra experiencia comercial es obvia, de allí que Registrarnos y Presentar Propuesta en la Licitación Pública.

Contrato N° 115-2013-HOSPITAL NACIONAL SERGIO E. BERNALES de 09.12.2013.- El contrato indicado comprendió el suministro del Ítem 8 – Carne de res bola de lomo por el monto de S/. 192,675,00.

De acuerdo con el numeral 4.1 del indicado contrato las entregas de los productos se regularon de la siguiente manera:

4.1 CONDICIONES Y PLAZOS DE ENTREGA

El proveedor deberá internar el suministro como plazo máximo de UN (1) día calendario de recepción LA ORDEN DE COMPRA en físico.

¹ Constitución Política del estado Art. 62° libertad de contratar





vía fax y/o vía correo electrónico, luego de los cuales se computara como "mora".

La recepción del suministro estará a cargo del responsable del almacén central encargado de recepcionar alimentos y el usuario destinados a coordinar con el jefe del almacén de la oficina de logística según corresponda, quienes verificarán si las cantidades recibidas concuerdan con lo señalado en la **ORDEN DE COMPRA** y guía de remisión...(...).

Al entregar los suministros según cronograma, el proveedor deberá presentar en el almacén Hospital Nacional Sergio E. Bernales según corresponda la siguiente documentación:

- **ORDEN DE COMPRA** (dos copias)
- Guía de remisión (destinatario + Sunat) dos copias cada uno
- Factura (original + sunat) más una copia de la factura para el archivo del almacén

(las mayúsculas y los resaltados son nuestros).

Nuestra representada suministro luego de notificadas las Órdenes de Compra y dentro de los plazos correspondientes la Primera, Segunda y Tercera entrega.

Como podrá apreciar el Arbitro Único, las entregas de los productos materia de contrato requerían como requisito imprescindible la emisión de una Orden de Compra por parte de la Entidad, caso contrario ningún despacho ni orden de internamiento podía reconocerse como válida en el área de almacenes de la entidad. No obstante nuestros requerimientos, coordinaciones y emplazamientos permanentes a la Entidad vino prorrogando discrecional y arbitrariamente la emisión de la Orden de Compra para la Cuarta Entrega infringiendo flagrantemente la normatividad correspondiente.

En consecuencia está probado que para el internamiento de los productos materia del Contrato N° **115-2013-HOSPITAL NACIONAL SERGIO E. BERNALES** de 09.12.2013, se requería imprescindiblemente que la Entidad emitiera y notificara las Órdenes de Compra correspondientes; lo que no hizo hasta la fecha de resolución contractual.

2. RESOLUCION CONTRACTUAL.- De acuerdo con el Reglamento de la Ley

de Contrataciones del Estado, respecto a la Resolución Contractual establece en su Artículo 169º 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 mayor a cinco (5) días, bajo apercibimiento de resolver el contrato.

(...)Si vencido dicho plazo el incumplimiento continúa, la parte perjudicada podrá resolver el contrato en forma total o parcial, comunicando mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato.

El Tribunal de Contrataciones del Estado en múltiples resoluciones ha definido la naturaleza del requerimiento a que se refiere el Reglamento; señala el Tribunal de Contrataciones lo siguiente:

"(...)En ese sentido, el Reglamento, señala que en caso de incumplimiento contractual de una de las partes involucradas, la parte perjudicada (en este caso, la Entidad) deberá requerir a la otra mediante carta notarial para que satisfaga sus obligaciones en un plazo no mayor de cinco (5) días, bajo apercibimiento de resolver el contrato. Vencido dicho plazo y de continuar el incumplimiento contractual, la citada disposición reglamentaria precisa, que la parte perjudicada resolverá el contrato en forma total o parcial, comunicando mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato (...)" R N° 2401 – 2010 – TC – S2

"Conforme a los criterios adoptados por el Tribunal en anteriores oportunidades, para que se configura el supuesto de hecho de la norma que contiene la infracción imputada, debe necesariamente acreditarse que el contrato, orden de compra u orden de servicios, fuente de obligaciones, haya sido resuelto por causal atribuible a la propia Contratista, de conformidad con el inciso c) del artículo 41 del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del estado, aprobado por Decreto Supremo N° 083-2004-PCM (en adelante la Ley), así como el artículo 225º del Reglamento, y atendiendo al procedimiento regulado en el artículo 226 del citado cuerpo normativo".

2.1 Requerimiento Notarial a la Entidad y Resolución Contractual por parte de MERCANTIL GAREC S.R.L.- De acuerdo con el artículo 169º del





reglamento de la Ley, nuestra representada, ante el incumplimiento de parte de la Entidad, de no emitir Órdenes de Compra para los efectos de hacer la entrega de los productos correspondientes al Ítem 8 - carne de res bola de lomo, emplazó al cumplimiento contractual con sujeción estricta a la indicada normativa, con las siguientes Cartas Notariales:

Carta Notarial de fecha 10.04.2014.

"(...) Que, la Entidad viene incumpliendo obligaciones esenciales que perturban ostensiblemente el cumplimiento de la prestación a nuestro cargo; las obligaciones esenciales a que hacemos referencia se tipifican de la siguiente forma:

- a. Sin causa justa y pese a que la prestación corresponde a productos cárnicos de endeble estabilidad por ser perecibles, la Entidad se niega a recepcionar los productos. Este hecho se prueba con la omisión indolente de la entidad a emitirme las órdenes de compra correspondientes al mes de abril 2014.
- b. Que pese a los plazos vencidos la entidad no cumple con emitir las órdenes de compra correspondientes; esta actuación es imprescindible para el despacho y entrega de la prestación.

Por lo tanto de acuerdo con los Artículos 168 y 169 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, requerimos a la Entidad a fin que dentro del plazo De dos (2) días cumpla con las obligaciones a que se contrae el numeral precedente, bajo apercibimiento de resolver el contrato de forma parcial de pleno derecho ...{...}"

Carta Notarial de fecha 21.04.2014

"2. Que habiéndose vencido el plazo otorgado a la Entidad y haciéndose efectivo el apercibimiento de conformidad con los artículos 169º y 170º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado; se Resuelve parcialmente de pleno el Contrato N° 115-2013-HOSPITAL NACIONAL SERGIO E. BERNALES, estableciéndose por daños y perjuicios la suma de S/. 150.000.00 (Ciento cincuenta mil y 00/100 nuevos soles)"

Como podrá apreciar el árbitro Único nuestra representada emplazó a la entidad para que cumpliera con el contrato; emplazamos al cumplimiento de las obligaciones esenciales relativas a la emisión de las Órdenes de Compra a fin de que nuestra representada pueda hacer la entrega del producto cárnico indicado. Ante el

incumplimiento del HOSPITAL nuestra representada no tuvo más alternativa que resolver el contrato de forma parcial; señalando inicialmente como daños y prácticamente dicha suma solo cubre el monto restante por entregar (según contrato). Como podrá comprender el Señor Arbitro todo producto cárnico es perecible.

- 3. Naturaleza Jurídica de la Resolución Contractual.-** La resolución deja sin efecto un contrato válido por causal sobreviniente al momento de su celebración, cuyos efectos se retrotraen al momento en que se produce la causal que la motiva, es decir hasta el incumplimiento del contrato.

El Artículo 44° de la Ley de Contrataciones del Estado, faculta a cualquiera de las partes a resolver el contrato siempre que esta se produzca por causas imputables a la otra parte.

Por su lado, el Reglamento aclara que cualquiera de las partes podrá poner fin al contrato por un hecho sobreviniente a la suscripción del mismo, siempre que se encuentre previsto expresamente en la bases, en el contrato, o en el Reglamento.

Para que el contratista pueda solicitar la resolución del contrato, la Entidad debe haber incumplido **injustificadamente** sus obligaciones esenciales, siempre que el contratista lo haya requerido mediante carta notarial y la Entidad no haya subsanado.

- 4. CONSENTIMIENTO DE LA RESOLUCIÓN CONTRACTUAL POR PARTE DEL HOSPITAL NACIONAL SERGIO E. BERNALES.-** En principio, el consentimiento implica entre otros aspectos la aceptación de un hecho o de una situación por una de las partes y en el caso de los contratos este consentimiento produce efectos jurídicos, es por ello que para los contratos que se encuentran dentro del marco de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, es la propia norma la que establece un plazo para que la resolución unilateral de contrato quede consentida; de acuerdo con la Ley y su Reglamento, el plazo que tiene la otra parte para presentar alguna objeción a la Resolución de contrato es de quince (15) días hábiles, plazo dentro del cual podrá someter a conciliación o arbitraje las controversias relacionadas con la resolución contractual; en caso la parte interesada no inicie ningún procedimiento dentro de dicho plazo, recién a partir de ese momento se tendrá por consentida la resolución de contrato.

En el presente caso, EL HOSPITAL NACIONAL SERGIO E. BERNALES no ejerció su derecho a objetar la resolución del contrato dentro del plazo



establecido en la ley; por lo que esta quedo consentida y habiendo caducado su derecho a determinar controversia sobre la resolución contractual, queda pendiente de resolver la indemnización por los daños y perjuicios irrogados contra nuestra representada generados por el incumplimiento del contrato por parte de la Entidad.

El OSCE y el Tribunal de Contrataciones del estado se han pronunciado sobre la Caducidad de la parte que no somete a conciliación o arbitraje la controversia que se deriva de la ejecución del Contrato:

CADUCIDAD.- SOLUCION DE CONTROVERSIAS.- (...) El artículo 267 del Reglamento (210° Actual) ha dispuesto que en el supuesto de resolución el plazo para recurrir a los mecanismos de solución de controversia sea de diez (10) días hábiles. En ese sentido, corresponde efectuar la correspondiente corrección a las Bases que establecieron 15 días. **(PRON N° 008-2009/DOP).**

CADUCIDAD.- RESOLUCION CONSENTIDA.- De este modo, considerando lo indicado precedentemente, debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el artículo 227° del reglamento, el cual dispone que cualquier controversia relacionada con la resolución del contrato podrá ser sometida por la parte interesada a conciliación y/o arbitraje **dentro de los quince (15) días hábiles siguientes de comunicada la Resolución, vencido este plazo sin que se haya iniciado ninguno de estos procedimientos, se entenderá que la Resolución del Contrato ha quedado consentida...**

Al respecto, debe considerarse que, respecto al incumplimiento de obligaciones, existe la presunción legal que éste es producto de la falta de diligencia del deudor, lo cual implica que es su deber demostrar lo contrario, es decir, acreditar que, no obstante, haber actuado con la diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de las prestación, le fue imposible cumplirla; y considerando que en el expediente administrativo la Contratista no ha acreditado que el incumplimiento haya sido producto de caso fortuito o fuerza mayor, ni existen indicios que dicho incumplimiento se haya producido por causas ajenas a su voluntad, este Tribunal concluye que la Resolución de Contrato resulta atribuible al contratista. **R N° 818-2010-TC-S4.**

De acuerdo con la Tercera Disposición Final del Reglamento de la Ley, las resoluciones y pronunciamientos del CONSUCODE (Hoy OSCE-normativa que se mantiene) en las materias de su competencia tienen



validez y autoridad administrativa, siendo de cumplimiento obligatorio. En este sentido, está claro e indiscutible que la resolución contractual ha quedado consentida por lo tanto a nuestra representada le asiste el derecho de reclamar los daños y perjuicios como efecto de la resolución contractual.

5. EFECTOS MATERIALES Y JURÍDICOS – DAÑOS Y PERJUICIOS A MERCANTIL GAREC COMO CONSECUENCIA DE LA RESOLUCION CONTRACTUAL.-

La normativa de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento han establecido expresamente el pago de "daños y perjuicios", en el caso de Resolución Contractual cuando esta se da por causa imputable a una de las partes, así las normas en mención establecen lo siguiente :

Ley de Contrataciones del Estado:

"Artículo 44º.- Resolución de los contratos.-

(...)Cuando se resuelva el contrato, por causas imputables a alguna de las partes, se deberá resarcir los daños y perjuicios ocasionados

Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado:

"Artículo 170.- Efectos de la Resolución

(...)Si la parte perjudicada es el contratista, la Entidad deberá reconocerle la respectiva indemnización por los daños y perjuicios irrogados, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad....(...)

En este caso debemos reconocer que el incumplimiento del contrato por parte del HOSPITAL, al no cumplir con su obligación de emitir las órdenes de compra para que nuestra representada pueda cumplir con la entrega de los productos cárnicos carne de res bola de lomo; nos ha irrogado daños y perjuicios; esto debido a que para cumplir con nuestra prestación relacionada al ítem 8, tuvimos que abastecernos de los productos los cuales por su naturaleza son perecibles, lo que nos hace incurrir en una serie de gastos, como son el pago del almacenamiento, transporte, etc.

La estructura de los daños y perjuicios radica en la conducta de la entidad, que no cumplió con su obligación de emitir las órdenes de compra para que nuestra representada pueda cumplir con la entrega de los productos; este incumplimiento por parte de la entidad nos ha

generado grandes perjuicios económicos como lo hemos señalado; además que durante toda la vigencia del contrato nuestra empresa pago a personal especializado inocuidad y autorizado para el transporte, manipulación y almacenamiento del producto a pesar de que EL HOSPITAL NO NOS EMITÍA LAS ORDENES DE COMPRA, pues nosotros debíamos mantener a ese personal para poder atender los requerimientos de la Entidad. Por eso los daños y perjuicios los podemos cuantificar en lo siguiente:

5.1.1. Daño Emergente.- Como lo hemos señalado, para la manipulación, traslado y demás se contrató a transporte y personal especializado, así como la adquisición del producto relacionado con la cuarta entrega (ya que estábamos con el plazo de entrega) y al ser productos de consumo humano son productos perecibles, el monto del patrimonio perdido asciende a S/. 80,000.00.

5.1.2. Lucro Cesante.- La doctrina define al lucro cesante como la ganancia o utilidad que fue privado el damnificado, es decir, la frustración de un enriquecimiento patrimonial a raíz de un hecho lesivo la parte perjudicada. Asimismo, señala que la determinación del lucro cesante se debe sustentar en la prueba de la actividad productiva desarrollada, las ganancias percibidas por ella y del impedimento temporal que habría obstado a su continuación, infiriéndose que las ganancias habrían subsistido de no haber mediado dicho impedimento.



En el presente caso, la resolución parcial del contrato ha afectado las proyecciones que nosotros teníamos para ese año; ya que al suscribirse el Contrato N° 115-2013 el monto correspondiente al ítem 8 ascendía a S/. 192,675.00 nuevos soles; sin embargo con la resolución del contrato nuestra empresa dejó de percibir la cantidad de S/. 150,000.00 monto que corresponde a las órdenes de compra que no se emitieron. En consecuencia el lucro cesante asciende a la suma de S/. 70,000.00.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO:

Basamos nuestra pretensión en los siguientes fundamentos de derecho:

- **"Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado".**

Artículo 44°.- Sobre los efectos jurídicos de la Resolución de los contratos.



- "Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado".

Artículo 170°.- Efectos de la Resolución del Contrato.

Asimismo, invocamos los siguientes artículos del Código Civil:

- **Código Civil:**

Artículo N° 1969 CC.- Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor.

Artículo 1984° CC.- El daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia.

Artículo 1985° CC.- La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño.

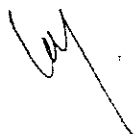
IV. CONTESTACION DE DEMANDA:

En virtud de lo establecido en la Resolución N° 3 de fecha 14 de noviembre de 2014, se tuvo por no contestada la demanda por parte del Hospital Nacional Sergio E. Bernales.

V. PUNTOS CONTROVERTIDOS

5.1. En función a las pretensiones demandadas, en la audiencia llevada a cabo el martes 27 de enero de 2014, se fijaron los siguientes puntos controvertidos:

1. *Determinar si corresponde o no declarar que el HOSPITAL NACIONAL SERGIO E. BERNALES DEL MINISTERIO DE SALUD reconozca a favor de MERCANTIL GAREC S.R.L. una indemnización por daños y perjuicios, como consecuencia de los efectos de la Resolución Parcial del Contrato N° 115-2013-HOSPITAL NACIONAL SERGIO E. BERNALES de fecha 09.12.2013, de acuerdo con el artículo 44° de la Ley de Contrataciones del Estado y artículo 168° de su Reglamento.*



2. Como pretensión accesoria, determinar si corresponde o no declarar que el HOSPITAL NACIONAL SERGIO E. BERNALES DEL MINISTERIO DE SALUD pague a favor de MERCANTIL GAREC S.R.L. la suma de S/. 200,00 (DOSCIENTOS MIL Y 00/100 NUEVOS SOLES) por concepto de indemnización por daños y perjuicios (Daño Emergente, Lucro Cesante y Daño Moral), más intereses legales hasta su pago total.
3. Determinar si corresponde o no declarar que el HOSPITAL NACIONAL SERGIO E. BERNALES DEL MINISTERIO DE SALUD asuma los gastos arbitrales, incluidos los gastos de defensa legal dentro del presente proceso arbitral.

VII ANÁLISIS DE LA MATERIA CONTROVERTIDA

"PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde o no declarar que el HOSPITAL NACIONAL SERGIO E. BERNALES DEL MINISTERIO DE SALUD reconozca a favor de MERCANTIL GAREC S.R.L. una indemnización por daños y perjuicios, como consecuencia de los efectos de la Resolución Parcial del Contrato N° 115-2013-HOSPITAL NACIONAL SERGIO E. BERNALES de fecha 09.12.2013, de acuerdo con el artículo 44° de la Ley de Contrataciones del Estado y artículo 168° de su Reglamento."

- 7.1. A fin de analizar el primer punto controvertido, es preciso remitirnos a los siguientes artículos del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, los mismos que establecen lo siguiente:

"Artículo 168.- Causales de resolución por incumplimiento

(...) El contratista podrá solicitar la resolución del contrato, de conformidad con el inciso c) del artículo 40° de la Ley, en los casos en que la Entidad incumpla injustificadamente sus obligaciones esenciales, las mismas que se contemplan en las Bases o en el contrato, pese a haber sido requerido conforme al procedimiento establecido en el artículo 169°." (El énfasis es nuestra)

"Artículo 169.- Procedimiento de resolución de Contrato

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

Dependiendo del monto contractual y de la complejidad, envergadura o sofisticación de la contratación, la Entidad puede establecer plazos mayores, pero en ningún caso mayor a quince (15) días, plazo este último que se otorgará necesariamente en el caso de obras. Si vencido dicho plazo el incumplimiento continúa, la parte



perjudicada resolverá el contrato en forma total o parcial, comunicando mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato. (...)" (El énfasis es nuestro)

"Artículo 170.- Efectos de la resolución

Si la parte perjudicada es la Entidad, ésta ejecutará las garantías que el contratista hubiera otorgado, sin perjuicio de la indemnización por los mayores daños y perjuicios irrogados.

Si la parte perjudicada es el contratista, la Entidad deberá reconocerle la respectiva indemnización por los daños y perjuicios irrogados, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad.

Cualquier controversia relacionada con la resolución del contrato podrá ser sometida por la parte interesada a conciliación y/o arbitraje dentro de los quince (15) días hábiles siguientes de comunicada la resolución. Vencido este plazo sin que se haya iniciado ninguno de estos procedimientos, se entenderá que la resolución del contrato ha quedado consentida." (El énfasis es nuestro)

- 7.2. A su vez, el inciso c) del artículo 40° de la Ley de Contrataciones del Estado refiere que:

"Resolución de contrato por incumplimiento: En caso de incumplimiento por parte del contratista de alguna de sus obligaciones, que haya sido previamente observada por la Entidad, y no haya sido materia de subsanación, esta última podrá resolver el contrato en forma total o parcial, mediante la remisión por la vía notarial del documento en el que se manifieste esta decisión y el motivo que la justifica. Dicho documento será aprobado por autoridad del mismo o superior nivel jerárquico de aquella que haya suscrito el contrato. El contrato queda resuelto de pleno derecho a partir de la recepción de dicha comunicación por el contratista. El requerimiento previo por parte de la Entidad podrá omitirse en los casos que señale el Reglamento. Igual derecho asiste al contratista ante el incumplimiento por la Entidad de sus obligaciones esenciales, siempre que el contratista la haya emplazado mediante carta notarial y ésta no haya subsanado su incumplimiento." (El énfasis es nuestro)

- 7.3. En ese contexto, este Árbitro Único considera que para dar respuesta al primer punto controvertido, es pertinente analizar si se ha cumplido el aspecto de forma de la resolución parcial del contrato efectuada por el Contratista.
- 7.4. Al respecto, el Árbitro Único advierte que mediante la Carta Notarial de fecha 10 de abril de 2014, recibida el mismo día por la Entidad, el Contratista realizó el requerimiento conforme lo prevé el artículo 169°



del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, solicitando a la Entidad que dentro del plazo de dos (2) días hábiles cumpla con las siguientes obligaciones, las cuales se señalan literalmente a continuación:

"(...)

a) Sin causa justificada y pese a que la prestación corresponde a productos cárnicos de endeble estabilidad por ser perecibles, la Entidad se niega a recepcionar los indicados productos. Este hecho se prueba con la omisión indolente de la Entidad a emitirme las órdenes de compra correspondientes al mes de abril 2014.

*b) Que pese a los plazos vencidos la Entidad no cumple con emitir las órdenes de compra correspondientes, esta actuación es imprescindible para el despacho y entrega de la prestación."*³

Las cuales se realizaron bajo el apercibimiento de resolver el Contrato en forma parcial de pleno derecho por el saldo de la prestación ascendente, aproximadamente a la suma de S/. 144,000.00 y reclamar de acuerdo al artículo 44° de la Ley de Contrataciones del Estado por concepto de daños y perjuicios la suma de S/. 150,000.00.

- 7.5. De los documentos que abran en autos, se advierte que dentro del plazo otorgado, la Entidad no emitió ningún pronunciamiento a la Carta Notarial recibida el 10 de abril de 2014, por lo que el Contratista hizo efectivo el apercibimiento de resolución parcial del Contrato. Así pues, mediante la Carta Notarial de fecha 16 de abril de 2014, recibida por la Entidad el 21 de abril de 2014, el Contratista comunicó a la Entidad que resolvió parcialmente de pleno derecho el Contrato N° 115-2013-HOSPITAL NACIONAL SERGIO BERNALES y estableció por daños y perjuicios la suma de S/.150,000.00 (Ciento cincuenta mil y 00/100 Nuevos Soles).
- 7.6. Ahora bien, en el expediente arbitral no se observa que la Entidad haya cuestionado la afirmación formulada por el Contratista en relación a la resolución parcial del Contrato, por lo que en virtud del artículo 170° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, dicha resolución parcial quedó consentida por parte de la Entidad.
- 7.7. Asimismo, el Árbitro Único observa que la resolución parcial efectuada por el Contratista mediante la Carta Notarial de fecha 16 de abril de 2014, recibida por la Entidad el 21 de abril de 2014, cumple con lo estipulado en el artículo 40° de la Ley de Contrataciones del Estado y el artículo 169° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado; y se advierte que la comunicación de resolver parcialmente el contrato

³ Texto extraído de la Carta Notarial de fecha 10 de abril de 2014, remitido en la misma fecha por Mercantil Garec S.R.L. al Hospital Sergio Bernales Ministerio de Salud – MINSA, medio probatorio ofrecido por la Entidad en su escrito de demanda de fecha 2 de octubre de 2014.

se ha efectuado mediante conducto notarial, en la que expresamente se indicó el motivo que justificó la resolución parcial del contrato.

- 7.8. En relación al aspecto de fondo, la Entidad alega que mediante correo electrónico del 21 de marzo de 2014, remitió al Contratista la Carta N° 029-2014-OL-HNSEB de la misma fecha, mediante la cual comunicó que a dicha fecha se suspendió el ingreso del suministro del ítem N° 8 Carne de Res Bola de Lomo, derivado del proceso de Licitación Pública N° 005-2013-HNSEBCE correspondiente al Contrato N° 113-2013 por carecer de registro sanitario vigente.
- 7.9. Posteriormente, la Entidad emitió la Resolución Directoral N° 170-2014-SA-DG-HNSEB de fecha 25 de abril de 2014, que declaró la nulidad de oficio del Contrato N° 115-2013-HOSPITAL NACIONAL "SERGIO E. BERNALES" de fecha 9 de diciembre de 2013, respecto del ítem 8 – Carne de res Bola de Lomo, la cual fue publicada el mismo día en el SEACE y notificada al Contratista por conducto notarial el 7 de mayo de 2014.
- 7.10. Ahora bien, uno de los principales argumentos de la Entidad se sustenta en la Resolución Directoral N° 170-2014-SA-DG-HNSEB de fecha 25 de abril de 2014, que declaró la nulidad de oficio del Contrato N° 115-2013-HOSPITAL NACIONAL "SERGIO E. BERNALES" de fecha 9 de diciembre de 2013, respecto del ítem 8 – Carne de res Bola de Lomo. Respecto de dicha decisión de la Entidad, obra en autos, las Bases Integradas de la Licitación Pública N° 005-2013-HNSEB-CE, en la que destaca para estos fines, la **absolución de consultas del literal j) del acápite "documentos de presentación obligatoria"**, donde se puede observar que se señaló lo siguiente **"Para los productos cárnicos deberá presentar copia simple de la autorización sanitaria de establecimientos dedicados al procesamiento primario otorgado por SENASA"**; es decir, se integró como documento obligatorio que debían presentar los postores la copia simple de la autorización sanitaria de establecimientos dedicados al procesamiento primario, sin embargo, siendo este aspecto el que sustenta el contenido de la Resolución Directoral N° 170-2014-SA-DG-HNSEB que declaró la nulidad de oficio del Contrato sub litis, no fue formulado como pretensión por parte de la Entidad ni acumulado posteriormente al proceso, por lo cual pronunciarse sobre ello, implicaría analizar la validez de esta Resolución Directoral y verificar si los argumentos contenidos en la misma tienen sustento legal, lo cual vulneraría el principio de congruencia procesal de este laudo, razón por la cual este Árbitro Único se abstiene de ingresar en el análisis de este hecho, dejando a salvo el derecho de las partes para acudir a la vía correspondiente.
- 7.11. En consecuencia, estando que el primer punto controvertido está referido a la consecuencia que genera la resolución contractual y habiéndose determinado que el Contratista ha seguido el



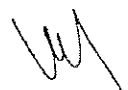
procedimiento de forma regulado en el artículo 169° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, corresponde aplicar lo dispuesto en el artículo 170° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, que estipula lo siguiente "Si la parte perjudicada es el contratista, la Entidad deberá reconocerle la respectiva indemnización por los daños y perjuicios irrogados, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad."

- 7.12. En ese orden de ideas, la primera pretensión principal debe ser declarada **FUNDADA**, por lo que el Hospital Sergio E. Bernales debe indemnizar a Mercantil Garec S.R.L. por los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de la resolución parcial del Contrato N° 115-2013-HOSPITAL NACIONAL "SERGIO E. BERNALES" de fecha 9 de diciembre de 2013, respecto del ítem 8 – Carne de res Bola de Lomo.

"SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO: Como pretensión accesoria, determinar si corresponde o no declarar que el HOSPITAL NACIONAL SERGIO E. BERNALES DEL MINISTERIO DE SALUD pague a favor de MERCANTIL GAREC S.R.L. la suma de S/. 200,00 (DOSCIENTOS MIL Y 00/100 NUEVOS SOLES) por concepto de indemnización por daños y perjuicios (Daño Emergente, Lucro Cesante y Daño Moral), más intereses legales hasta su pago total."

- 7.13. Con relación a este punto controvertido, el Contratista alega como daño emergente lo siguiente: "Como lo hemos señalado, para la manipulación, traslado y demás se contrató a transporte y personal especializado, así como la adquisición del producto relacionado con la cuarta entrega (ya que estábamos con el plazo de entrega) y al ser productos de consumo humano son productos perecibles, el monto del patrimonio perdido asciende a S/. 80,000.00."

Respecto al lucro cesante sostiene que "La doctrina define al lucro cesante como la ganancia o utilidad que fue privado el damnificado, es decir, la frustración de un enriquecimiento patrimonial a raíz de un hecho lesivo la parte perjudicada. Asimismo, señala que la determinación del lucro cesante se debe sustentar en la prueba de la actividad productiva desarrollada, las ganancias percibidas por ella y del impedimento temporal que habría obstado a su continuación, infiriéndose que las ganancias habrían subsistido de no haber mediado dicho impedimento. En el presente caso, la resolución parcial del contrato ha afectado las proyecciones que nosotros teníamos para ese año; ya que al suscribirse el Contrato N° 115-2013 el monto correspondiente al ítem 8 ascendía a S/. 192,675.00 nuevos soles; sin embargo, con la resolución del contrato nuestra empresa dejó de percibir la cantidad de S/. 150,000.00 monto que corresponde a las órdenes de compra que no se emitieron. En consecuencia el lucro cesante asciende a la suma de S/. 70,000.00."



- 7.14. En lo que respecta a la indemnización de daños y perjuicios, es preciso traer a colación el artículo 1985° del Código Civil, el cual establece lo siguiente:

"Artículo 1985°.- La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño."

- 7.15. Por su parte, respecto a la prueba de daños y perjuicios, el artículo 1331° del Código Civil, establece lo siguiente:

"Artículo 1331°.- La prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía también corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso."

Comentando dicho artículo, Beltrán Pacheco indicó que "En el presente precepto normativo tenemos que el sujeto acreedor en cumplimiento de la carga de la prueba que le compete cumplir, **tendrá que demostrar el daño tanto en su aspecto intrínseco como extrínseco**, es decir tanto en contenido como en cuantía o medida. **En el primero de los aspectos deberá acreditarse la afectación a un interés jurídico amparado por el ordenamiento jurídico y el tipo de afectación (clasificación del daño), mientras que en el segundo de los aspectos tendrá que acreditarse el monto o valoración del daño que el afectado calcule sobre la afectación de sus intereses patrimoniales y co patrimoniales.** La prueba o demostración del contenido del daño dependerá del tipo de afectación del interés objeto de tutela jurídica."⁴ (El énfasis es nuestro).

- 7.16. En ese sentido, para que un daño sea reparable o resarcible, no sólo deberá ser alegado por las partes, sino que el mismo debe ser cierto y debe ser debidamente probado.
- 7.17. La doctrina sostiene que el daño es "el menoscabo que consecuencia de un acontecimiento o evento determinado sufre una persona ya en sus bienes vitales naturales, ya en su propiedad, ya en su patrimonio"⁵. El incumplimiento de las obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve origina la obligación de reparar integralmente el daño que se hubiera causado. Esto da lugar a que el acreedor perjudicado tenga derecho a que se le repare el daño ocasionado cuando se produzca

⁴ Beltrán Pacheco, Jorge. Código Civil Comentado. Gaceta Jurídica, Segunda Edición, Lima 2007. Pág. 736.

⁵ Larenz, Karl. *Derecho de Obligaciones*. Revista de Derecho Privado. Tomo I. Madrid S.A. p. 193.



una desviación del programa obligacional originario, pues "quien incumple una obligación en forma absoluta o relativa, total o parcial, obra antijurídicamente pues contraviene los deberes que le atañen, derivados de un vínculo preexistente"⁶.

- 7.18. Además de que el daño sea susceptible de probanza debe relacionarse en el caso concreto con su cuantía, conforme expresa el profesor ALTERINI, el "daño debe ser cierto en cuanto a su existencia misma, esto es, debe resultar objetivamente probable"⁷.
- 7.19. Ahora bien, el doctor Felipe Osterling Parodi sostiene que "La indemnización, para ser completa, debe comprender todo lo necesario a fin de colocar al acreedor en la misma situación jurídica en que se encontraría si la obligación hubiese sido cumplida. Por eso, el acreedor tiene el derecho de exigir las pérdidas sufridas y las utilidades frustradas. Las pérdidas que sufre el acreedor como consecuencia de la inejecución de la obligación corresponden al daño emergente y las utilidades que deja de percibir, con motivo de la misma inejecución, corresponden al Lucro cesante. El daño emergente es el empobrecimiento del patrimonio del acreedor. El lucro cesante corresponde al legítimo enriquecimiento que se frustró. (...)"⁸ (énfasis agregado)
- 7.20. Ante lo expuesto, este Árbitro Único observa que el íntegro del monto reclamado obedece a una indemnización por daño emergente y no por lucro cesante, pues lo que se reclama es el daño directamente sufrido por la resolución parcial del Contrato, siendo que la disgregación realizada por dichos conceptos no tienen asidero legal, pues ambos montos tienen como sustento fáctico el daño directamente sufrido.
- 7.21. Así las cosas, se tiene que el monto total del Contrato N° 115-2013-HOSPITAL NACIONAL "SERGIO E. BERNALES" de fecha 9 de diciembre de 2013, ascendió a S/.192,675.00 (Ciento noventa y dos mil seiscientos setenta y cinco con 00/100 Nuevos Soles) a todo costo, incluido IGV, dividido en 12 entregas que debía realizarse el 14 de cada mes, que iría desde el 14 de enero al 14 de diciembre de 2014.
- 7.22. Estando que sólo se emitieron 3 órdenes de compra correspondientes a los meses de enero, febrero y marzo de 2014, quedó pendiente la emisión de 9 órdenes de compra por los meses restantes. En ese sentido, al haberse resuelto parcialmente el Contrato N° 115-2013-HOSPITAL NACIONAL "SERGIO E. BERNALES" de fecha 9 de diciembre de 2013, la

⁶ Pizarro, Ramon Daniel y Vallespinos, Carlos Gustavo. *Instituciones del Derecho Privado. Obligaciones*. Tomo 2. Hammurabi José Luis Depalma Editor. Buenos Aires, 1999. p.485.

⁷ Alterini, Anibal Afilio y otros. *Derecho de las Obligaciones Civiles y Comerciales*. Editorial La Ley Buenos Aires, 1994. p. 259.

⁸<http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/La%20indemnizacion%20de%20da%C3%B1os.pdf>



pérdida directa que sufrió el Contratista como consecuencia de la inejecución de las obligaciones de la Entidad ascienden a la suma de S/.144,506.25 (Ciento cuarenta y cuatro mil quinientos seis con 25/100 Nuevos Soles), por los 9 meses en que no se ejecutaría el Contrato, siendo esto un daño económico directo en el patrimonio del Contratista.

- 7.23. Por lo expuesto, este Árbitro Único considera que corresponde reconocer al Contratista la suma de S/.144,506.25 (Ciento cuarenta y cuatro mil quinientos seis con 25/100 Nuevos Soles) incluido IGV, por concepto de daño emergente más intereses legales, que deberán ser calculados en ejecución del laudo.
- 7.24. Por lo tanto, la pretensión accesoria a la primera pretensión principal debe ser declarada **FUNDADA EN PARTE** y ordenar a la Entidad que indemnice a Mercantil Garec S.R.L. por daño emergente con la suma de S/.144,506.25 (Ciento cuarenta y cuatro mil quinientos seis con 25/100 Nuevos Soles) incluido IGV más intereses legales que deberán ser calculados en ejecución del laudo.

"TERCER PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde o no declarar que el HOSPITAL NACIONAL SERGIO E. BERNALES DEL MINISTERIO DE SALUD asuma los gastos arbitrales, incluidos los gastos de defensa legal dentro del presente proceso arbitral"

- 7.25. En lo que respecta al tercer punto controvertido, sobre a quién y en qué proporción corresponde el pago de los costos arbitrales resultantes del arbitraje, es preciso mencionar que el artículo 73 del Decreto Legislativo N° 1071 que norma el Arbitraje dispone que *"El tribunal arbitral tendrá en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes. A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso."*
- 7.26. Ante la ausencia de acuerdo expreso entre las partes sobre este aspecto, este Árbitro Único considera que los costos arbitrales se deben distribuir entre las partes de manera proporcional, en la medida que ambas han tenido razones justificadas para ejercer su defensa en el presente proceso arbitral.
- 7.27. En ese sentido, el Árbitro Único dispone que cada parte deberá asumir sus propios costos y los costos comunes, entendiendo por tales los honorarios de la Secretaria Arbitral y del Árbitro Único, que deben ser asumidos en partes iguales.



7.28. En virtud de ello, debe tenerse presente que mediante Resolución N° 3 del 14 de noviembre de 2014, se tuvo por acreditado la subrogación de pago del primer anticipo de honorarios del Árbitro Único y de la Secretaría Arbitral que efectuó Mercantil Garec S.R.L. en lugar de la Entidad. Por lo que debe ordenarse su reembolso más intereses legales, debiendo tenerse presente que los honorarios del Árbitro Único ascendieron a S/. 3,666.67 incluido el Impuesto a la Renta y de la Secretaría Arbitral a la suma de S/. 2,029.80 incluido IGV.

I. LAUDO

El Árbitro Único, en función del análisis efectuado, en DERECHO, procede a laudar en los términos siguientes:

PRIMERO: Declarar **fundada** la primera pretensión del demandante; y en consecuencia, declarar que el Hospital Sergio E. Bernales debe indemnizar a Mercantil Garec S.R.L. por los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de la resolución parcial del Contrato N° 115-2013-HOSPITAL NACIONAL "SERGIO E. BERNALES" de fecha 9 de diciembre de 2013, respecto del ítem 8 – Carne de res Bola de Lomo.

SEGUNDO: Declarar **fundada en parte** la pretensión accesoria de la primera pretensión principal del demandante; y en consecuencia, ordenar que el Hospital Sergio E. Bernales pague a favor de Mercantil Garec S.R.L. la suma de S/.144,506.25 (Ciento cuarenta y cuatro mil quinientos seis con 25/100 Nuevos Soles) incluido IGV, más intereses legales que deberán ser calculados en ejecución del laudo, por concepto de daño emergente.

TERCERO: **Establecer** los honorarios del Árbitro Único y de la Secretaría Arbitral en los montos previamente cancelados, por concepto de anticipo de honorarios.

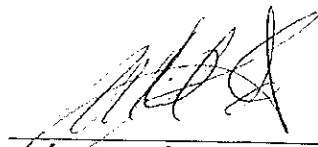
CUARTO: **Ordenar** que cada una de las partes asuma los costos arbitrales en los que hubieran incurrido y en partes iguales los costos arbitrales relativos a los honorarios del Árbitro Único y de la Secretaría Arbitral,

QUINTO: **Ordenar** que el Hospital Sergio E. Bernales reembolse a Mercantil Garec S.R.L. el primer anticipo de honorarios arbitrales establecido en el Acta de Instalación del 11 de setiembre de 2014, más intereses legales, conforme lo detallado en el considerando 7.28 del presente laudo.



SEXTO: Autorizar a la Secretaria Arbitral a remitir al OSCE dentro del quinto día copia del presente Laudo.


AUGUSTO MILLONES SANTA GADEA
Árbitro Único


MÓNICA LÓPEZ CASIMIRO
Secretaria Arbitral
Arbitre Soluciones Arbitrales
S.R.L.