

4306 - 2014

Proceso Arbitral
Biomedical Care Representaciones S.A.C.
Hospital María Auxiliadora - Ministerio de Salud

Lima, 07 de octubre de 2015

Cargo de Notificación

Destinatario : Hospital María Auxiliadora - Ministerio de Salud
Domicilio Procesal : Av. Dos de Mayo N° 590 - San Isidro
Demandante : Biomedical Care Representaciones S.A.C.
Demandado : Hospital María Auxiliadora - Ministerio de Salud

Por medio de la presente se cumple con notificarles la Resolución N° 08, de fecha 06 de octubre de 2015, que contiene el Laudo Arbitral. Fdo.- Weyden García Rojas, Pdte. del Tribunal Arbitral, Humberto Flores Arévalo, Árbitro, Víctor Radríguez Buitron, Árbitro y Kim Moy Camino Chung, Secretaria Arbitral.

Lo que notifica conforme a ley.


Kim Moy Camino Chung
Secretaria Arbitral

MINISTERIO DE SALUD
PROCURADURIA PUBLICA
12 OCT. 2015
RECEPCION
Hora: 11:51 Firma: 

Proceso Arbitral
Biomedical Care Representaciones SAC
Hospital María Auxiliadora - Ministerio de Salud

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

ARBITRAJE SEGUIDO POR BIOMEDICAL CARE REPRESENTACIONES SAC, CON EL HOSPITAL MARÍA AUXILIADORA - MINISTERIO DE SALUD, ANTE EL TRIBUNAL ARBITRAL INTEGRADO POR LOS ÁRBITROS: WEYDEN GARCÍA ROJAS, HUMBERTO FLORES ARÉVALO Y VÍCTOR RODRÍGUEZ BUITRÓN.

RESOLUCIÓN N° 08

I. LUGAR Y FECHA DE EMISIÓN

Lima, 06 de octubre del 2015

II. PARTES

Demandante: BIOMEDICAL CARE REPRESENTACIONES SAC, en adelante LA EMPRESA o el Demandante.

Demandado: HOSPITAL MARÍA AUXILIADORA-MINISTERIO DE SALUD, en adelante LA ENTIDAD o el Demandado.

III. TRIBUNAL ARBITRAL

Dr. WEYDEN GARCÍA ROJAS - Presidente del Tribunal.

Dr. HUMBERTO FLORES ARÉVALO - Árbitro

Dr. VÍCTOR RODRÍGUEZ BUITRÓN - Árbitro

Dra. KIM MOY CAMINO CHUNG, Secretaria Arbitral.

IV. TRAMITACIÓN DEL PROCESO ARBITRAL

1. EXISTENCIA DE UN CONVENIO ARBITRAL

Con fecha 27 de diciembre de 2013, el HOSPITAL MARÍA AUXILIADORA - MINISTERIO DE SALUD y LA EMPRESA suscribieron el Contrato N° 0146-2013-HMA, para la Adquisición de dispositivos médicos para la sala de operaciones.

Proceso Arbitral
Biomedical Care Representaciones SAC
Hospital María Auxiliadora - Ministerio de Salud

En la cláusula décimo sétima del contrato antes referido, se estipula que 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 las partes, según lo señalado en el artículo 214 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Al haberse suscitado una controversia entre las partes, la Empresa designó como árbitro de parte al Dr. Víctor Rodríguez Buitrón y la Entidad designó como árbitro al Dr. Humberto Flores Arévalo. Ambos árbitros acordaron designar como tercer miembro y Presidente del Tribunal Arbitral al Dr. Weyden García Rojas.

2. ACTUACIONES ARBITRALES

Con fecha 29 de enero de 2015, se instaló el Tribunal Arbitral. En dicha oportunidad, sus miembros declararon que habían sido debidamente designados, conforme a lo dispuesto en el convenio arbitral contenido en la Cláusula Décima Setima del Contrato N° 0146-2013-HMA.

Mediante Resolución N° 04, se citó a las partes para la Audiencia de Saneamiento Procesal, Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios, la misma que se realizó el día 15 de junio de 2015.

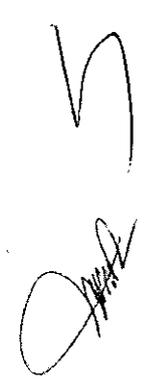
El Tribunal Arbitral declara la existencia de una relación jurídica procesal válida derivada del Contrato N° 0146-2013-HMA.

2.1 CONCILIACIÓN:

El Presidente del Tribunal Arbitral, de conformidad con lo establecido en el numeral 31 del Acta de Instalación del presente arbitraje, invitó a las partes a fin de propiciar entre ellas la posibilidad de llegar a un acuerdo conciliatorio. Las partes manifestaron que, de momento, no resultaba posible hacerlo. No obstante se dejó abierta la opción de que las mismas lo hagan en cualquier etapa del proceso de acuerdo a lo señalado en el numeral 41 de la referida Acta de Instalación.

2.2 PUNTOS CONTROVERTIDOS.

Teniendo en cuenta las pretensiones expuestas en la Demanda el Tribunal Arbitral procedió a



Proceso Arbitral
Biomedical Care Representaciones SAC
Hospital María Auxiliadora - Ministerio de Salud

establecer los siguientes puntos controvertidos:

PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Determinar si corresponde o no, que el Tribunal Arbitral ordene a la Entidad que cumpla con los términos del Contrato N° 146-2013-HMA y como consecuencia se entregue el original de la orden de compra que debe expedir el Hospital María Auxiliadora, y que se proceda a la entrega de los bienes.

SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Determinar si corresponde o no, que el Tribunal Arbitral ordene a la Entidad el pago de una indemnización por daños y perjuicios irrogados por la demora inexcusable de la Entidad emplazada, con intereses y pago de gastos arbitrales y costas del proceso.

TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL (acumulada)

Determinar si corresponde o no, que el Tribunal Arbitral declare la nulidad de la Resolución Directoral N° 298-2014-HMA-DG, que declara la nulidad del Contrato N° 146-2013-HMA y al consiguiente cumplimiento de obligación contractual.

Mediante Resolución N° 06, el Tribunal Arbitral de conformidad con lo establecido en el Acta de instalación fijo treinta (30) días hábiles el plazo para laudar y mediante Resolución N° 07, se prorrogó el plazo en treinta (30) días hábiles.

V. DE LOS ACTOS POSTULATORIOS DE LAS PARTES

V.1. DEMANDA

Con fecha 13 de febrero de 2015, el demandante presenta su escrito de demanda, señalando lo siguiente:

PETITORIO

Primera Pretensión Principal: Que se cumpla con los términos del Contrato N° 146-2013-HMA, y como consecuencia se haga entrega del Original de la Orden de Compra que deba expedir el Hospital María Auxiliadora para poder proceder con la entrega de los bienes.



3



Proceso Arbitral
Biomedical Care Representaciones SAC
Hospital María Auxiliadora - Ministerio de Salud

Segunda Pretensión Principal: Indemnización por Daños y Perjuicios por la demora inexcusable de la Entidad emplazada, se aplique intereses y pago de gastos arbitrales y costas del proceso.

Monto de la cuantía.- Por concepto de ejecución contractual el monto de S/. 1'622,500.00 (Un Millón Seiscientos Veintidós Mil Quinientos con 00/100 Nuevos Soles) más los intereses legales que correspondan desde la fecha de incumplimiento por parte de la Entidad emplazada.

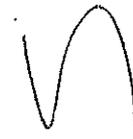
Por concepto de indemnización de daños y perjuicios la liquidación en este extremo será presentada oportunamente, más los intereses legales que correspondan, desde la fecha de incumplimiento por parte de la Entidad emplazada.

Por concepto de costos exigimos también el pago de la suma que comprende nuestros gastos de representación, honorarios de nuestro abogado, honorarios para el Tribunal Arbitral y los gastos administrativos arbitrales, suma que se determinará en su oportunidad.

Que durante la vigencia del contrato, los plazos se computarán en días calendario, excepto en los casos en los que el Reglamento indique lo contrario. Que El plazo de ejecución contractual se computa en días calendario desde el día siguiente de la suscripción del contrato o desde el día siguiente de cumplirse las condiciones establecidas en las Bases. En el caso de contrataciones perfeccionadas mediante orden de compra (que es el presente caso) o de servicio, el plazo de ejecución se computa desde el día siguiente de recibida.

Fundamentos de Hecho:

Que, con fecha 23 de Diciembre del 2013, el Comité Especial, otorgó la Buena Pro del Paquete 01 Bolsa de Aspiración de Secreciones con Válvulas Filtro Antibacterial x 3 litros, Bolsa de Nutrición Entera(x 1200 cc, Bolsas Quirúrgicas Antideslizantes (recarga para dispensador automático) y Cartuchos de Clips de Titanio "L" x 18 grapas del Proceso de Selección: Licitación Pública N° 0011-2013-HMA, para la "adquisición de dispositivos médicos para sala de operaciones" a la Empresa BIOMÉDICAL CABE REPRESENTACIONES S.A.C., quedando consentida el mismo día por ser único postor.



Proceso Arbitral
Biomedical Care Representaciones SAC
Hospital María Auxiliadora - Ministerio de Salud

Que, con fecha 27 de diciembre de 2013, el HOSPITAL MARÍA AUXILIADORA – MINISTERIO DE SALUD y BIOMÉDICAL CARE REPRESENTACIONES S.A.C., suscribieron el Contrato N° 146-2013-HMA, referente a la Licitación Pública N° 0011-2013-HMA, para la "ADQUISICIÓN DE DISPOSITIVOS MÉDICOS PARA SALA DE OPERACIONES" a la Empresa BIOMÉDICAL CARE REPRESENTACIONES S.A.C., quedando consentida el mismo día por ser único postor, por un monto ascendente a S/. 1'622,500.00, a todo costo incluido IGV.

Conforme a la cláusula Segunda del contrato suscrito el Contratista se obliga frente al Hospital a entregar los bienes materia del contrato, de acuerdo a las características técnicas detalladas en las Bases del Proceso, de su propuesta técnica y económica, obligándose a cumplir y respetar cada una de las condiciones, lo que forma parte integrante del mismo y que se detallan en la presente cláusula.

Que, conforme a la cláusula cuarta: forma de pago, el Hospital se obliga a pagar la contraprestación a el Contratista en moneda nacional a los diez (10) días, luego de la recepción formal y completa de la documentación correspondiente, según lo establecido en el artículo 181° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, por la adquisición de Contenedor de polipropileno de bioseguridad de 7.6 lts., Contenedor de polipropileno de bioseguridad para citostaticos 7.6 lts., Cepillo esponja desechable para lavado antiséptico de manos y mandil aséptico descartable talla estándar, a entera satisfacción de el Hospital para tal efecto, el responsable de dar la conformidad de la prestación deberá hacerlo en un plazo que no excederá los diez (10) días de ser estos recibidos, a fin de permitir que el pago se realice dentro de los quince (15) días siguientes, mediante el abono de cuenta interbancaria.

Que, asimismo conforme a la cláusula sexta: plazo y condiciones de entrega, el Contratista, se obliga a entregar los bienes, en un plazo de un (01) día calendario a partir de la recepción de la Orden de Compra y de acuerdo a lo ofertado en la Declaración Jurada de plazo de entrega de su propuesta técnica a folios 063 del expediente de contratación, que serán coordinados con el jefe de Almacén Central del Hospital María Auxiliadora y el Usuario.

Que de acuerdo con lo expresado en el segundo párrafo de los fundamentos de hecho, con fecha 27 de diciembre de 2013 ambas partes suscribieron el contrato No. 146-2013-HMA, a



Proceso Arbitral
Biomedical Care Representaciones SAC
Hospital María Auxiliadora - Ministerio de Salud

consecuencia de que el Contratista fue favorecida con el otorgamiento de la Buena Pro de la Licitación Pública N° 0011-2013-IIMA.

Conforme a la cláusula sexta del referido contrato, debía emitirse y enviar las Órdenes de Compra para que, a partir de allí, el Contratista estuviera en posibilidad de cumplir con nuestra prestación que consiste en la entrega de los bienes materia del contrato.

Que, a pesar del tiempo transcurrido, y de la insistencia de el Contratista, hasta el día de hoy dicha Entidad no ha cumplido con realizar la entrega de las referidas órdenes de compra.

Que, la empresa ha cumplido con importar los bienes y los mantiene en su almacén, lo cual les genera costos de almacenaje y sobrecostos económicos que les ocasiona el injustificado incumplimiento de parte de dicha Entidad, hechos que fueron comunicados al Hospital María Auxiliadora en su carta de requerimiento.

Que, dada la falta de voluntad de solución del problema planteado, se vieron forzados a someter esta controversia a un arbitraje ad hoc y de derecho, conforme a la cláusula décimo séptima del contrato de la referencia.

Fundamentos de derecho:

1. El contenido del contrato es obligatorio para las partes conforme al artículo 142° del Reglamento, siendo que sólo puede ser modificado por mandato de la Ley o acuerdo entre las partes.
2. De manera unilateral la Entidad no ha cumplido con ejecutar el contrato al no querer honrar sus obligaciones de expedir las ordenes de compra.
3. Que, en los fundamentos de hecho, la Entidad estaba obligada a expedir las Órdenes de Compra, conforme a la cláusula sexta, para que de parte de el Contratista cumpla con entregar los bienes, sin embargo los nuevos funcionarios se negaron irresponsablemente con ejecutar el contrato.
4. Esta negativa es un abuso de derecho, y muestran la consistente mala fe de la Entidad, con respecto a la ejecución contractual, al punto de forzarles a solicitar la ejecución del contrato por la vía arbitral, a pesar de los constantes requerimientos para que ella lo hagan en estricto cumplimiento de los procedimientos contenidos en el contrato.

Proceso Arbitral
Biomedical Care Representaciones SAC
Hospital María Auxiliadora - Ministerio de Salud

5. Al respecto, y conforme al segundo párrafo del artículo 170° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado que señala 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."

6. En tal sentido, corresponde que la Entidad reconozca a su empresa por concepto de indemnización de daños y perjuicios el monto que oportunamente estaremos presentando. Que el Contrato es ley entre las partes, establece lo siguiente: "CLÁUSULA DÉCIMO CUARTA: RESOLUCIÓN DEL CONTRATO Cualquiera de las partes podrá resolver el contrato, de conformidad con el artículo 40°, inciso c), y 44° de la Ley, y artículo 167 y 168 de su reglamento, De darse el caso, El Hospital procederá de acuerdo a lo establecido en el artículo 169° del reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado". Si por si no fuera suficiente argumento la interpretación literal del propio contrato, el artículo 167° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, precisa que: "Cualquiera de las partes puede poner fin al contrato por un hecho sobreviniente a la suscripción del mismo, siempre que se encuentre previsto expresamente en el contrato con sujeción a ley" .

V.2. CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Con fecha 20 de marzo de 2015, y dentro del plazo otorgado mediante Resolución N° 01, la ENTIDAD contesta la demanda arbitral, solicitando se declare infundada en todos sus extremos; en los términos y conforme los siguientes fundamentos de hecho y de derecho:

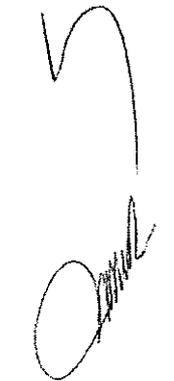
Fundamentos de hecho:

PRIMERO: Conforme al escrito de demanda arbitral trasladado, devienen diversas pretensiones precisadas por esta, para la cual conforme a nuestros derechos e intereses procedemos absolver las mismas.

La referida señala que la resolución del contrato es en merito a la omisión de la remisión de las ordenes de compra, razones por la cual se estaria incumpliendo con lo dispuesto en el contrato



7



Proceso Arbitral
Biomedical Care Representaciones SAC
Hospital María Auxiliadora - Ministerio de Salud

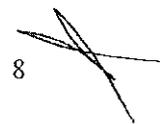
suscrito 146-2013-HMA a consecuencia de que el Contratista fue favorecida con el otorgamiento de la buena pro de la licitación pública N° 0011-2013-HMA.

Que, ante ello señalan que las entregas de las denominadas ordenes de compra no se pueden efectuar puesto que no se ha cumplido con lo establecido en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado sin tener en cuenta que en el caso de autos correspondía aplicar lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado 26850, que señala: "la licitación publica se convoca para la contratación de obras y para la adquisición de bienes y suministros dentro de los márgenes que establece la ley anual de presupuesto".

Es importante recalcar que la norma referida, va en estricta concordancia con el marco constitucional previsto en el artículo 76° de la Magna Lex, que dice: "las obras y adquisición de suministros con utilización de fondos o recursos públicos se ejecutan obligatoriamente por contrata y licitación pública, así como también la adquisición o la enajenación de bienes, la contratación de servicios y proyectos cuya importancia y cuyo monto señala la ley de presupuesto se hacen por concurso público, la ley establece el procedimiento, las excepciones y las respectivas responsabilidades". Por lo que, previamente para resolver el presente conflicto de intereses corresponde determinar si la prestación de servicios se efectuó bajo las formalidades previstas en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, Ley N° 26850.

SEGUNDO: Que cuando el Estado mantiene relaciones contractuales de cualquier naturaleza con terceros (establecidos en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y de cuyo cumplimiento se genera la existencia del vínculo obligacional, caso contrario, particulares), es imprescindible que previamente se cumplan las formalidades y procedimientos cualquier prestación de servicios que vincule a una Entidad estatal con un particular (persona jurídica), haría inexigible la obligación de pago que se hubiere pactado, en tanto no se ha seguido el procedimiento exigido por la ley que vincule jurídicamente al Estado con la prestación del servicio (Artículo 15° de la Ley).

TERCERO: Que se ha demostrado plenamente que no ha existido entre mi representada y la demandante un contrato conforme a las disposiciones legales acotadas, para establecer que es exigible la obligación demandada, por lo que deberá de aplicarse lo establecido en el artículo 15 de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, pues el consentimiento y/o



Proceso Arbitral
Biomedical Care Representaciones SAC
Hospital María Auxiliadora - Ministerio de Salud

convalidación de la misma estaría promoviendo la informalidad en las contrataciones donde es parte el Estado, y vulnerando uno de los elementos básicos para la validez del acto jurídico, descrito en el inciso 4 del artículo 140° del Código Civil, cual es la observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad.

CUARTO: Se indica que inaplicar artículo el 15 de la Ley de Contrataciones del Estado, norma imperativa que rige para la contratación de bienes y servicios de los órganos estatales, traería como consecuencia que nos encontremos frente a una relación contractual entre particulares, donde la autonomía de la voluntad de las partes es suficiente para la celebración de contratos, pactar derechos y obligaciones, situación que no es la de autos, razones por la cual al encontrarse viciado el contrato referido materia de controversia, la demanda deviene en infundada.

Respecto al aspecto formal de la demanda y la segunda pretensión

Debemos indicar al Tribunal que uno de los principios procesales fundamentales para determinar si corresponde amparar o no una pretensión determinada, es el denominado Principio de Carga de la Prueba, el cual se encuentra previsto en el artículo 196° del Código Procesal Civil, que a la letra señala:

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

El fundamento del onus probando, radica en un viejo aforismo de derecho que expresa que «lo normal se entiende que está probado, lo anormal se prueba. En concreto, quien invoca algo que rompe el estado de normalidad, debe probarlo («affirmanti incumbit probatio»: 'a quien afirma, incumbe la prueba'). Básicamente, lo que se quiere decir con este aforismo, es que la carga o el trabajo de probar un enunciado debe recaer en aquél que rompe el estado de normalidad (el que afirma poseer una nueva verdad sobre un tema).

DAÑO EMERGENTE

Habiendo argumentado la indemnización demandada por daño emergente, conviene precisar dicho concepto. A decir, el daño emergente (Damnum Emergens), es la pérdida sobrevenida al



Proceso Arbitral
Biomedical Care Representaciones SAC
Hospital María Auxiliadora - Ministerio de Salud

acreedor por culpa u obra del deudor, al no cumplir la obligación, y se traduce en una disminución de su patrimonio.

También, puede definirse como la pérdida que sobreviene en el patrimonio del sujeto afectado por incumplimiento de un contrato o por haber sido perjudicado por un acto ilícito, o como sostiene un sector autorizado de la doctrina italiana, es la disminución de la esfera patrimonial del dañado.

Asimismo, este tipo de indemnización está relacionada con daños en bienes económicos de una persona con el cual se pretende "restituir" la pérdida sufrida, la cual puede ser total o parcial. Obviamente debe quedar claro que el siniestro no implica necesariamente la pérdida total del bien, puesto que en muchos casos la empresa puede mantener el bien, pero deteriorado.

Sobre el particular, el demandante señala que por el concepto descrito, sin embargo, no ha presentado ninguna prueba fehaciente que acredite el deber de la demandada de indemnizar.

LUCRO CESANTE

El lucro cesante, es la ganancia que se haya dejado de obtener por consecuencia del hecho del que se es responsable. Si concebimos como daño cualquier lesión de un interés, sea patrimonial o no, el concepto de lucro cesante se circunscribe a la lesión de un interés patrimonial consistente en la pérdida de un incremento patrimonial neto que se haya dejado de obtener como consecuencia del incumplimiento contractual por el deudor o bien del acto ilícito que se imputa a un tercero.



Aspectos conceptuales de la responsabilidad civil extracontractual - para determinar la indemnización:

La responsabilidad, está referida al aspecto fundamental de indemnizar los daños ocasionados a la vida de relación de los particulares, bien se trate de daños producidos como consecuencia del incumplimiento de una obligación voluntaria, principalmente contractual, o bien se trate de daños que sean el resultado de una conducta sin que exista entre los sujetos ningún vínculo de orden obligacional.



10



Cuando el daño se produce sin que exista ninguna relación jurídica previa entre las partes, o incluso existiendo ella, el daño es consecuencia, no del incumplimiento de una obligación voluntaria, sino simplemente del deber jurídico genérico de no causar daño a otro, nos encontramos en el ámbito de la denominada responsabilidad extracontractual.

Consecuentemente, podemos afirmar que la responsabilidad civil extracontractual es un deber jurídico general de no hacer daño a nadie.

Que, para determinar la existencia de la responsabilidad civil extra contractual, el actor debe acreditar la presencia de los siguientes elementos constitutivos:

1. ANTI JURICIDAD, que es todo comportamiento humano que causa daño a otro mediante acciones u omisiones no amparadas por el derecho, por contravenir una norma, el orden público, la moral y las buenas costumbres.

2. INEXISTENCIA DE LA RELACIÓN CAUSAL (DAÑO CAUSADO), el daño es un supuesto fundamental de la estructura de los hechos jurídicos ilícitos que originan la responsabilidad civil, de tal forma que solamente cuando se ha causado un daño se configura jurídicamente un supuesto de responsabilidad civil sujeta a indemnización. Por lo tanto, el aspecto fundamental de la responsabilidad es que se haya causado un DAÑO que deberá ser indemnizado; caso contrario, no se configuraría un supuesto de hecho jurídico ilícito contractual o extracontractual, por más que exista una conducta antijurídica o ilícita.

Conforme a lo señalado, y estando a que la responsabilidad civil exige la concurrencia de varios elementos, como son, la determinación y existencia de un hecho o comportamiento humano de orden positivo o de mera omisión del que deriva una lesión a un derecho subjetivo, la acreditación de un daño cierto y su cuantía, la causalidad jurídica o relación de causalidad entre el comportamiento y daño, aunado, en este caso, al factor atributivo de responsabilidad, es decir a la existencia de dolo o culpa, consideramos que la relación de causalidad es inexistente, ergo, deviene insubsistente el daño argumentado.

3. NEXO CAUSAL O RELACION CAUSAL: Se define como el nexo o relación existente entre el hecho determinante del daño y el daño propiamente dicho, es decir, es una

II  

relación de causa efecto que nos permitirá establecer hechos susceptibles de ser considerados hechos determinantes del daño, cual es aquel que ocasionó el daño que produce finalmente el detrimento, así como entre una serie de daños susceptibles de ser indemnizados, los cuales merecerán ser reparados. Nuestra legislación hace uso del criterio adoptado en la teoría sobre la relación causal, plasmada en nuestro Código Civil vigente, y está presente también en nuestra jurisprudencia en sendas resoluciones expedidas por la Corte Suprema.

V.3. AMPLIACIÓN DE DEMANDA

Con fecha 17 de abril de 2015, la empresa Biomedical Care Representaciones SAC, presenta su escrito de ampliación de pretensiones, señalando lo siguiente:

1) La Entidad habría resuelto el contrato 146-2013-HMA.- En su escrito de contestación de la demanda la Entidad no hace mención, pero la Contratista ha tomado conocimiento de que el Hospital María Auxiliadora, mediante Resolución Directoral No. 298-2014-HMA-DG, procedió a declarar la Nulidad de los Contratos N° 001-2014-HMA, N° 142-2013 y N° 146-2013-HMA y todos los actos derivados o vinculados a estos, por adolecer de nulidad absoluta, al haberse vulnerado el principio de legalidad contemplado en el artículo IV NUMERAL 1.1. del Título Preliminar de la ley N° 27444" (sic).

2) La Contratista precisa que, al día de hoy, no ha recibido la notificación de la mencionada Resolución Directoral No. 298-2014-HMA-DG que habría declarado Nulo su contrato, lo cual por ese sólo hecho no produce efectos ni quita eficacia y vigencia a su contrato y sus efectos. Dada la coyuntura, se habría presentado un hecho nuevo que es necesario incluir en el presente proceso arbitral como nueva pretensión:

Tercera Pretensión Principal: Declarar la Nulidad de la Resolución Directoral N° 298-2014-HMA-DG de fecha 9 de junio de 2014 que declara Nulidad del Contrato No. 146-2013-HMA, y al consiguiente cumplimiento de obligación contractual.

No procede la nulidad de contrato por la causal invocada en la Resolución Directoral N° 298-2014-HMA-DG.



Proceso Arbitral
Biomedical Care Representaciones SAC
Hospital María Auxiliadora - Ministerio de Salud

Fundamentos de Hecho y de Derecho de la Resolución:

La Resolución Directoral N° 298-2014-HMA-DG declara la Nulidad del Contrato N° 146-2013-HMA y todos los actos derivados o vinculados a éste por "adolecer de nulidad absoluta, al haberse vulnerado el principio de legalidad contemplado en el artículo IV numeral 1.1 del Título Preliminar de la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General, por inobservancia de lo dispuesto en el numeral 26.2 del artículo 26° y 77.1 del artículo 77 de la Ley N° 28411, numeral 4.2 del artículo 4° de la Ley N° 29551 – Ley de Presupuesto del Sector Público para el año Fiscal 2013, artículo 18° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, en concordancia con el artículo 78° de la Constitución Política del Perú y el artículo I del Título Preliminar de la Ley 28411 – Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto (...)".

Que dicha Resolución se basa en una supuesta Nulidad por una causal contemplada en el Ley N° 27444, que es una norma de carácter general, sin considerar que existen causales taxativas recogidas en la Ley de Contrataciones del Estado, que es la Ley Especial.

Del análisis del fundamento jurídico de la Resolución Directoral, se basa en nulidades que se habrían producido en los actos preparatorios del proceso de selección que es de absoluta responsabilidad de los funcionarios de la propia Entidad y, por ende, no es imputable a los participantes.

En el estado que se encontraba, es decir, estando en plena ejecución del contrato suscrito, sólo cabía aplicar el artículo 56° de la Ley de Contrataciones del Estado, que a la letra dice:

"Artículo 56°.- Nulidad de los actos derivados de los procesos de contratación

El Tribunal de Contrataciones del Estado, en los casos que conozca, declara nulos los actos expedidos, cuando hayan sido dictados por órgano incompetente, contravengan las normas legales, contengan un imposible jurídico o prescindan de las normas esenciales del procedimiento o de la forma prescrita por la normatividad aplicable, debiendo expresar en la Resolución que expida la etapa a la que se retrotraerá el proceso de selección.

El Titular de la Entidad declara de oficio la nulidad del proceso de selección, por las mismas causales previstas en el párrafo anterior, sólo hasta antes de la celebración del



contrato, sin perjuicio que pueda ser declarada en la resolución recaída sobre el recurso de apelación.

Después de celebrados los contratos, la Entidad puede declarar la nulidad de oficio en los siguientes casos:

- a) Por haberse suscrito en contravención con el artículo 10 de la presente ley.
- b) Cuando se verifique la transgresión del principio de presunción de veracidad durante el proceso de selección o para la suscripción del contrato.
- c) Cuando se haya suscrito el contrato no obstante encontrarse en trámite un recurso de apelación.
- d) Cuando no se haya cumplido con las condiciones y/o requisitos establecidos en la normativa a fin de la configuración de alguna de las causales de exoneración.
- e) Cuando no se haya utilizado los procedimientos previstos en la presente ley, pese a que la contratación se encontraba bajo su ámbito de aplicación. En este supuesto, asumirán responsabilidad los funcionarios y servidores de la Entidad contratante, conjuntamente con los contratistas que celebraron irregularmente el contrato."

De una interpretación literal del texto, se puede desprender que luego de la suscripción del contrato, la Entidad sólo puede declarar la Nulidad por las causales contempladas en los literales comprendidos entre la a) y la e) del mencionado artículo. En ese sentido, carece de validez dicha Resolución al inaplicar la normal especial de manera inexcusable.

De la aplicación de la ley especial sobre la general:

En este estado, queremos destacar que dicha Resolución se basa en la Nulidad contemplada en la Ley N° 27444, que es una norma de Carácter General, siendo que se ha omitido la aplicación de la Ley Especial.

Al respecto, el artículo 56° de la Ley de Contrataciones del Estado expresamente señala que:

"Cuando corresponda al árbitro único o al Tribunal Arbitral evaluar la Nulidad del contrato, se considerarán en primer lugar las causales previstas en la presente ley y



Proceso Arbitral
Biomedical Care Representaciones SAC
Hospital María Auxiliadora - Ministerio de Salud

reglamento, y luego las causales de nulidad aplicables reconocidas en el derecho nacional."

Aplicando este mandato, debemos convenir que la norma aplicable al caso es la Ley de Contrataciones del Estado, y en especial, las causales recogidas referida a la Nulidad del artículo 56 previamente citado.

En tal sentido, y en estricta aplicación de la normatividad de contrataciones, solicita al Tribunal Arbitral declare la Nulidad de la Resolución la Resolución Directoral N° 298-2014-HMA-DG de fecha 27 de mayo de 2014 que declara Nulidad del Contrato N° 146-2013-HMA.

Daños y perjuicios ocasionados:

La indemnización por daños y perjuicios, con independencia de su origen o procedencia, tiene por objeto indemnizar al acreedor de las consecuencias perjudiciales causadas por el incumplimiento de una obligación.

El daño emergente es el daño o pérdida sufrida por el acreedor y el lucro cesante la ganancia dejada de obtener a consecuencia del incumplimiento contractual o de la acción u omisión generadora de la responsabilidad extracontractual.

Así el artículo 1106 del Código Civil establece que: "La indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que hayan sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor, salvo las disposiciones contenidas en los artículos siguientes." Para ello, queremos desarrollar tres aspectos con los que acreditaremos que corresponde la indemnización solicitada.

LA ANTIJURIDICIDAD

De lo expuesto líneas arriba, resulta evidente la antijuricidad del acto contenido en la Resolución Directoral N° 298-2014-HMA-DG de fecha 27 de mayo de 2014 que declara la Nulidad de un contrato suscrito y vigente por una causal no contemplada en la normativa aplicable.

 15 

Proceso Arbitral
Biomedical Care Representaciones SAC
Hospital María Auxiliadora - Ministerio de Salud

Como lo expresara en los párrafos anteriores, de una interpretación literal del texto, se puede desprender que luego de la suscripción del contrato, la Entidad sólo puede declarar la Nulidad por las causales contempladas en los literales comprendidos entre la a) y la e) del artículo 56° de la Ley de Contrataciones del Estado.

Del simple análisis de la Resolución Directoral cuestionada, se advierte que ella no se fundamentada en las causales descritas en los párrafos precedentes.

En este sentido, carece de validez dicha Resolución al inaplicar la norma especial de manera inexcusable, por lo que dicho acto administrativo es Nulo de pleno derecho.

EL DAÑO CAUSADO

El daño causado es acreditado por el solo hecho que, a través de este acto ilegal, se ha despojado a la empresa del legítimo derecho ganado en un proceso de selección público; que ha sido otorgado conforme a las normas de contrataciones del Estado.

El daño causado por la decisión unilateral e ilegal de la Entidad consiste en lo dejado de percibir por la ejecución del contrato.

El daño consiste en la disminución del patrimonio ya existente de la Contratista, con ocasión del incumplimiento de la obligación de parte de la Entidad.

RELACION DE CAUSALIDAD

El nexo causal entre el acto antijurídico y el daño causado es evidente, dado que el daño es causado a partir de la negativa de la Entidad a reconocer sus derechos obtenidos en el proceso de selección, a través de la emisión de la Resolución Directoral N° 298-2014-HMA-DG, que declara Nulo el Contrato N° 146-2013-HMA de manera unilateral e ilegal, como ha quedado acreditado en los párrafos anteriores.

DE LA VALORACIÓN DEL DAÑO

 16 

Proceso Arbitral
Biomedical Care Representaciones SAC
Hospital María Auxiliadora - Ministerio de Salud

La Contratista acompaña a este escrito una liquidación de los Gastos Generados por la Cancelación del Contrato, a ser considerado al momento de evaluar el daño causado por la acción arbitraria e ilegal de la Entidad.

Liquidación Gastos Generados por la Cancelación de Contrato 146-2013

Conceptos	
daños y perjuicios (10% del contrato)	S/. 162,250.00
diferencia de precio te	
costo almacenaje diario (base % sunat)	
gastos administrativos (personal, movilidad, cartas notariales, etc.) 3%	S/. 48,675.00
interes por mercadería entregada servicio de instalacion cabina	
(us\$ 1,500) gastos de asesoria legal (abogado 5%)	S/. 81,125.00
servicio de arbitraje	
Total	S/. 292,050.00

V.4. CONTESTACIÓN A LA AMPLIACIÓN DE DEMANDA

Con fecha 20 de abril de 2015, la Entidad presenta su escrito de ampliación de contestación de demanda, señalando lo siguiente:

Que el demandante no menciona que mediante Resolución Directoral N° 298-2014-HMA de fecha 09 de junio de 2014 se declaró la nulidad del contrato N° 142-2013-HMA y todos los actos derivados o vinculados a éstos, nulidad que le fue notificada notarial y oportunamente, sin que haya sido impugnado en la vía de la conciliación o arbitraje dentro plazo previsto en el artículo 144 del Reglamento de la Ley' de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. No se puede exigir el cumplimiento de los términos del contrato por cuanto éste ha sido declarado nulo.

Al respecto, indicó que conforme a lo establecido en el artículo 10° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF y modificado por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF, el Expediente de Contratación se inicia con el requerimiento del área usuaria, el mismo que debe contener la información referida a las características



Proceso Arbitral
Biomedical Care Representaciones SAC
Hospital María Auxiliadora - Ministerio de Salud

técnicas de lo que se va a contratar, el estudio de las posibilidades que ofrece el mercado, el valor referencial, la disponibilidad presupuestal, el tipo de proceso de selección, la modalidad de selección, etc.

Asimismo, debe tenerse presente que el numeral 4.2 del artículo 4° de la Ley N° 29551 Ley de Presupuesto del Sector Público para el año Fiscal 2013, aplicable al presente caso, dispone que las entidades públicas sujetan la ejecución de sus gastos a los créditos presupuestarios autorizados refiere que todo acto administrativo, acto de administración o las resoluciones administrativas que autoricen gastos no son eficaces sino cuentan con el crédito presupuestario correspondiente en el presupuesto institucional o condicionan la misma a la asignación de mayores créditos presupuestarios.

Que, en atención a lo expuesto y en relación a la Licitación Pública N° 0011-2013 "Adquisición de Dispositivos Médicos para Sala de Operaciones", así como los contratos N° 001-2014-HMA 142-2013 y N° 146-2013-HMA, se advirtió que éstos contenían vicios de nulidad absoluta, al no haberse conducido con la debida Certificación de Disponibilidad Presupuestal, instrumento que es de fundamental exigencia conforme a lo establecido en el Artículo 18° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF, bajo responsabilidad administrativa, penal y civil si fuera el caso de los funcionarios competentes.

Que mediante Resolución Directoral N° 298-2014-HMA-DG de fecha 09 de junio de 2014 se declaró la nulidad de los contratos N° 001-2014-HMA, N° 142-2013-HMA, 146-2013-HMA, y demás actos vinculados a estos, hecho que fue comunicado a la demandante de conformidad con el procedimiento previsto en el artículo 144 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Además, indican que la Resolución Directoral N° 298-2014-HMA-DG de fecha 09 de junio de 2014 se declaró la nulidad del contrato N° 146-2013-HMA, acto administrativo que fue debidamente notificado a la demandante mediante carta notarial, y que no ha sido sometida a conciliación y/o arbitraje dentro del plazo previsto en el artículo 144° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, por lo que dicha decisión ha quedado consentida.

Proceso Arbitral
Biomedical Care Representaciones SAC
Hospital María Auxiliadora - Ministerio de Salud

Que, en relación a la declaración de nulidad del contrato, debe tenerse presente que al existir evidencias de la existencia de responsabilidad administrativa disciplinaria de los servidores que participaron en la etapa preparatoria, de los Procesos de Licitación Pública N°0011-2013 "Adquisición de Dispositivos Médicos para Sala de Operaciones", así como en la suscripción de los contratos N° 001-2014-HMA 142-2013 y N° 146-2013-HMA, quienes habrían incurrido en la presunta comisión de faltas disciplinarias tipificadas en el artículo 28 del Decreto Legislativo N° 276, literal a) el incumplimiento de las normas establecidas en la presente ley y reglamento; d) La negligencia en el desempeño de sus funciones y el literal I) las demás que señala la ley, se ha remitido los actuados a la Comisión Permanente de Procesos Administrativos Disciplinarios del HMA y la Comisión Especial de Procesos Administrativos Disciplinarios, para las acciones correspondientes.

En atención a los fundamentos expuestos, las pretensiones demandadas referidas a que su representada cumpla con entregar las órdenes de compra para la ejecución del contrato resultan totalmente infundadas en tanto que el contrato ha sido declarado nulo mediante Resolución Directoral N° 298-2014-HMA-DG de fecha 09 de junio de 2014, por haber incurrido en vicios insubsanables, acto administrativo que como reiteramos, se encuentra consentido por no haber sido impugnado por el demandante dentro del plazo establecido en el artículo 144° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. En cuanto a la pretensión indemnizatoria cabe precisar que ésta no solo incumple los requisitos exigidos por ley, sino que el caudal probatorio presentado no acredita daño producido; en ese sentido, la pretensión debe desestimarse en atención a los fundamentos de la Casación N°99-99 del 16 de Junio de 1999 en la cual se señala lo siguiente: *"Tanto en la responsabilidad contractual como en la responsabilidad extracontractual, a fin de que se proceda a la indemnización por daños y perjuicios se requiere la concurrencia de los siguientes requisitos: a) el daño b) el dolo o culpa, salvo en los casos de responsabilidad objetiva y c) la relación de causalidad entre el hecho y el daño producido (...) y la legitimidad."* Asimismo conviene recordar que conforme lo señala la doctrina contemporánea, en los supuestos de responsabilidad civil contractual y extracontractual el daño producido para la primera es consecuencia del hecho generador en forma directa e inmediata; y para la segunda es la causa adecuada (nexo causal adecuado).

De conformidad con los fundamentos expuestos, dado que su representada cumplió con declarar la nulidad del contrato celebrado con la empresa demandante por encontrarse incurso en vicios insubsanables y no habiendo sido impugnada dicho acto administrativo

Procesa Arbitral
Biomedical Care Representaciones SAC
Hospital María Auxiliadora - Ministerio de Salud

conforme a ley, siendo materialmente inviable que se cumple con los términos del contrato, corresponde que la pretensión se declare Infundada en todos sus extremos, condenándose a la demandante expresamente el pago de las costas y costos arbitrales.

Fundamentos de derecho:

- Artículo 144° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.
- Artículo 10° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF.
- Numeral 4.2 del artículo 4 de la Ley N° 29551 - Ley de Presupuesto del Sector Público para el año Fiscal 2013.
- Artículo 18° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF.

IX. Ambas partes presentan su escrito de alegatos, sin embargo no solicitan informe oral, en tal sentido se fijó el plazo para laudar mediante Resolución N° 06 y la prorroga mediante Resolución N° 07.

VI. ANÁLISIS DE LAS PRETENSIONES DE LAS PARTES Y DE LA CUESTIÓN CONTROVERTIDA

CUESTIONES PRELIMINARES

Previo a analizar la materia controvertida, corresponde señalar lo siguiente: (i) Que este Tribunal Arbitral se constituyó de conformidad a las reglas establecidas en el Acta de Instalación y de acuerdo a lo dispuesto por el Decreto Legislativo N° 1017, su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF y sus modificatorias y el Decreto Legislativo N° 1071, que norma el arbitraje, señalándose que en caso de deficiencia o vacío en las reglas que anteceden, el Tribunal Arbitral resolverá en forma definitiva del modo que considere apropiado mediante la aplicación de principios generales del derecho; (ii) Que el contratista presentó su demanda dentro de los plazos dispuestos y ejerció plenamente su derecho de defensa; (iii) Que la entidad fue debidamente emplazado con la demanda ejerciendo plenamente su derecho de defensa; (iv) Que las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como ejercer la facultad de presentar alegatos; y (v) Que el Tribunal Arbitral procede a laudar dentro del plazo establecido.

  20

El Tribunal Arbitral en relación con la admisión de los medios probatorios del Acta de Audiencia de Saneamiento Procesal, Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios de fecha 15 de julio del 2015, con arreglo de las Reglas Procesales Aplicables establecida en el Acta de Instalación de fecha 29 de enero de 2015, considera desde la perspectiva procesal más conveniente a los fines de resolver el conflicto que los puntos controvertidos serán examinados y apreciados en forma conjunta y razonada, pero siguiendo el orden lógico de las pretensiones y su vinculación en el orden más conveniente a éstos fines.

ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS:

El Tribunal Arbitral tiene la facultad de analizar los puntos controvertidos en el orden que estime conveniente para una mejor elaboración del presente pronunciamiento.

TERCERA Y PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Determinar si corresponde o no, que el Tribunal Arbitral declare la nulidad de la Resolución Directoral N° 298-2014-HMA-DG, que declara la nulidad del Contrato N° 146-2013-HMA y al consiguiente cumplimiento de obligación contractual.

Determinar si corresponde o no, que el Tribunal Arbitral ordene a la Entidad que cumpla con los términos del Contrato N° 146-2013-HMA y como consecuencia se entregue el original de la orden de compra que debe expedir el Hospital María Auxiliadora, y que se proceda a la entrega de los bienes.

ANÁLISIS:

Por un tema estrictamente de orden lógico, éste Tribunal Arbitral considera necesario y pertinente realizar, en primer lugar, el análisis del tercer punto controvertido y, posteriormente, del primer punto controvertido; ello en función a que únicamente podremos determinar si efectivamente es procedente o no ordenar el cumplimiento del Contrato N° 146-2013-HMA, una vez que hayamos constatado o no que el mismo haya sido correctamente declarado nulo. Es



21



Proceso Arbitral
Biomedical Care Representaciones SAC
Hospital María Auxiliadora - Ministerio de Salud

bajo este contexto que nos permitimos realizar el análisis del primer y tercer punto controvertido de esta manera.

Entonces, respecto al tercer punto controvertido, corresponde señalar que de acuerdo a la lectura de la Resolución Directoral N° 298-2014-HMA-DG, la razón fundamental por la cual se declara la nulidad absoluta del Contrato N° 146-2013-HMA es porque el procedimiento a través del cual se llega a la firma de dicho documento habría violado el principio de legalidad al no tener en cuenta la disponibilidad presupuestal destinada para el año 2013, requisito exigido para iniciar una licitación pública.

Pues bien a juicio de este Tribunal Arbitral, resulta de especial importancia, primero, hacer una breve referencia a lo que se entiende por acto jurídico y la nulidad del mismo; segundo, determinar cuándo procede o no declarar la nulidad de un contrato administrativo en el marco de las contrataciones con el Estado; y, finalmente, si es que la declaratoria de nulidad del contrato practicado a través de la Resolución Directoral N° 298-2014-HMA-DG es válida o no.

En primer lugar, partamos por señalar que, de acuerdo a De la Puente y Zusman, el acto jurídico es la declaración de una o varias voluntades destinadas a crear, regular o extinguir relaciones amparadas por el derecho; en conformidad a ésta definición, nuestro Código Civil regula, en el artículo 140, qué es el acto jurídico.

Asimismo, el jurista peruano Lizardo Taboada en concordancia con lo anteriormente señalado conceptualizaba el acto jurídico como aquella situación jurídica conformada por una o más manifestaciones o declaraciones de voluntad emitidas con el propósito de alcanzar un resultado práctico, que en cuanto tutelado por el ordenamiento jurídico, se convierte en un resultado jurídico.

Es en ese sentido que el acto jurídico es el instrumento por el cual se da concreta actuación a la autonomía privada. Autonomía privada que quiere decir que los sujetos de Derecho -dentro de los límites permitidos por el ordenamiento jurídico- tienen el poder de regular sus intereses como mejor les parezca, regulación que está garantizada por el ordenamiento jurídico en el que nos encontramos.



22



Proceso Arbitral
Biomedical Care Representaciones SAC
Hospital María Auxiliadora - Ministerio de Salud

De acuerdo a Battista, el negocio jurídico es un acto vinculante de regulación privada de intereses que asume relevancia positiva para el ordenamiento estatal cuando los valores de los cuales es portador sean compatibles con los valores expresados por el ordenamiento¹.

En este tenor, podemos señalar que el acto jurídico es el acto humano, voluntario, lícito, con manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas -conforme se señala en el artículo 140 del código civil-².

Conforme al artículo 140 del Código Civil el acto jurídico tiene los siguientes requisitos de validez:

- (i) Agente capaz.
- (ii) Objeto física y jurídicamente posible.
- (iii) Fin lícito.
- (iv) Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad.

La concurrencia de los elementos enumerados en el párrafo anterior determinará la validez del acto jurídico. Entonces, la inexistencia de alguno de estos elementos será sancionada legalmente con la nulidad del acto jurídico.

Corresponde, ahora, señalar lo siguiente respecto a cada uno de los requisitos:

1.- Agente Capaz.- El tema del agente capaz versa sobre aquellos sujeto que no pueden desarrollar su derecho de ejercicio, mas no de goce. En el artículo 43º del Código Civil se encuentran referidos los casos de incapacidad absoluta, es decir, aquellas personas que se encuentran privadas de celebrar actos jurídicos por cuenta propia. Como se ha manifestado la voluntad que genera al acto jurídico es la voluntad privada y ese es el acto al cual se refiere nuestro Código Civil; es así que será el acto de un agente capaz el que originará las relaciones jurídicas que se instalan en el ámbito del derecho privado, porque son también actos jurídicos los que se realizan para la formación, promulgación y vigencia de una ley, como también lo son

¹ Battista Ferri, Giovanni, El negocio jurídico, traducción del italiano por Leysser L. León, Lima, Ara Editores, 2002, página 154

² Torres Vásquez, Anibal, Acto Jurídico, Tercera Edición, IDEMSA, Lima, Perú. Página 73.

Handwritten signatures and initials are present at the bottom right of the page, including a large signature and the number '23'.

los que realizan los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones o los magistrados en las actuaciones procesales.

2.- Objeto física y jurídicamente posible.- El maestro argentino Santos Cifuentes examinando los hechos que no pueden ser objeto del acto jurídico, expresa lo siguiente: "De acuerdo con lo expuesto líneas antes, cuando el hecho es posible jurídicamente, es lícito y también lo es cuando no está prohibido por la ley (...). Más los hechos contrarios al derecho..., son puestos en la misma línea que los hechos imposibles-jurídicamente-, en el sentido -de- que ellos no pueden ser objeto de una obligación eficaz, porque jamás se podrá invocar la protección de la justicia para asegurar su ejecución"³. El maestro peruano Fernando Vidal Ramírez, sobre el mismo punto manifiesta que: "La imposibilidad jurídica que el objeto esté fuera del marco legal y jurídico por ser contrario a la ley y al orden jurídico"⁴.

3.- Fin ilícito.- Como es obvio no será válido un acto jurídico que contravenga el ordenamiento jurídico y las buenas costumbres. Por ejemplo, celebrar contratos que tengan como finalidad la esclavitud o prostitución de personas. Es decir, que la finalidad del contrato sea contravenir aquellas conductas o hechos que estén señalados como ilícitos.

4.- Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad.- Ciertos actos jurídicos cuenta con la formalidad *ad solennitatem* (de cumplimiento obligatorio bajo sanción de nulidad); esto quiere decir que quienes incumplan con dicha formalidad impuesta por ley tendrán por nulo el acto celebrado; por otro lado, los actos jurídicos en que la ley no les exija formalidad, los agentes podrán escoger las que ellas crean conveniente y dicho acto tendrá un valor probatorio (*ad probationem*).

En tal sentido, para la existencia válida de un acto jurídico **DEBEN CONCURRIR ESTOS CUATRO REQUISITOS DE FORMA CONJUNTA**; de otro modo, el acto no será válido y por ende no surtirá efectos jurídicos. En concordancia con lo manifestado, la Segunda Sala de la Corte Superior de Lima⁵ señala que:

³ Cifuentes, Santos, Negocio Jurídico, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1986, Página 165

⁴ Vidal Ramírez, Fernando, Teoría General del Acto Jurídico, Cultural Cuzco S.A., Editores, Lima, Perú, 1985, Página 522

⁵ Segunda Sala Civil de Corte Superior de Lima, Expediente 1640-91

Proceso Arbitral
Biomedical Care Representaciones SAC
Hospital María Auxiliadora - Ministerio de Salud

"Para que el acto jurídico tenga existencia jurídica es necesaria la presencia de elementos tales como la manifestación de voluntad, la capacidad, el objeto, la finalidad y la forma, que vienen a constituir los requisitos esenciales para su validez; que la carencia de uno de estos requisitos es la que conlleva a la nulidad de dicho acto".

En conclusión podemos afirmar que el acto jurídico es un hecho jurídico, voluntario, lícito, con manifestación de la voluntad y efectos queridos que responden a la intención del sujeto de conformidad con del derecho objetivo; es decir, se trata de una conducta humana que produce efectos jurídicos precisos y previstos en la Ley⁶.

Ahora bien, mediante el acto jurídico las personas regulan sus intereses con el fin de satisfacer sus diversas necesidades. Por consiguiente, el acto jurídico es celebrado con el fin de producir efectos jurídicos, es por ello que la ley lo define como la manifestación de voluntad destinada a crear, modificar, regular o extinguir relaciones jurídicas (artículos 140 y 1351 del Código Civil).

Por tanto, la eficacia del acto jurídico es el objetivo perseguido por la o las partes que son parte de él y también es el fin de la regulación legal de la autonomía privada⁷.

El acto jurídico, por lo tanto, es eficaz cuando produce los efectos deseados, consistentes en la creación, regulación, modificación o extinción de relaciones jurídicas, es decir, derechos y deberes⁸.

Sin embargo, y esto es importante tener en cuenta, el acto jurídico también puede ser ineficaz; es decir, si el acto jurídico no produce efectos jurídicos –en su totalidad o en parte– o deja de producir los efectos que se han venido produciendo es calificado de ineficaz. Dicho de otro modo, el acto es ineficaz cuando no se dan los efectos perseguidos como cuando se hacen cesar, o los efectos no pueden hacerse valer frente a ciertas personas⁹.

⁶ Casación N° 1122-2003-La Libertad, Sala de Derechos Constitucional y Social de la Corte Suprema, 24 de mayo de 2005.

⁷ Torres Vásquez, Aníbal, Acto Jurídico, Tercera Edición, IDEMSA, Lima, Perú. Página 737.

⁸ Ídem.

⁹ Íbidem, página 741

En ese sentido, la nulidad es la forma más grave de invalidez negocial e importa la definitiva inidoneidad del acto para producir efectos, la misma que puede ser total o parcial¹⁰.

Por ello se dice que la nulidad es una sanción de invalidez prescrita por la ley por adolecer el acto jurídico de la falta de un elemento sustancial o por la existencia de defectos o vicios en el momento de su celebración. Esto significa que la nulidad solamente se produce por una causa originaria, congénita, orgánica¹¹.

Además, el acto jurídico nulo estará privado de todo efecto jurídico; es decir, es inválido e ineficaz desde el inicio¹².

La nulidad está establecida por el ordenamiento jurídico en protección no solamente de intereses privados, sino también del interés general de la comunidad, de ahí que están legitimados para promover la acción de nulidad cualquier persona que tenga interés, pudiendo ser declarada de oficio por el juez¹³.

Con la nulidad, el ordenamiento jurídico priva al acto jurídico de la fuerza vinculante que tiene como autoregulador de intereses privados. Por tanto, el acto nulo adolece de ineficacia absoluta, salvo que excepcionalmente el ordenamiento jurídico lo vincule con ciertos efectos¹⁴.

Atendiendo a las causales, se dice que el acto jurídico es nulo cuando le falta algún requisito de validez (los señalados en el artículo 140), o cuando adolece de simulación absoluta, o es contrario a normas imperativas, al orden público o a las buenas costumbres, o cuando la ley lo declare nulo¹⁵.

Por ello, es válido afirmar que la nulidad es en líneas generales aquella sanción civil que consiste en privar de efectos jurídicos al negocio inadecuadamente conformado, o para proteger de ellos a las partes intervinientes el negocio, a los terceros y a la sociedad en general cuando estos efectos constituyen atentados contra los intereses de aquellos a quienes la ley protege.

¹⁰ Palacios Martínez, Eric; La nulidad del negocio jurídico - principios generales y su aplicación práctica, Jurista Editores, Lima, 2002, página 32.

¹¹ Loc. Cit. Página 766

¹² Ídem

¹³ Ibídem Página 767.

¹⁴ Ibídem, Página 778.

¹⁵ Ibídem, Página 783

Entonces, ¿qué es la nulidad del acto jurídico? Podemos decir que es una sanción legal establecida por la ley ante la omisión de los requisitos y formalidades requeridos para la celebración de un acto jurídico, así mismo, puede hablarse de nulidad del acto cuando hay vacíos al momento de constituirlo de manera concurrente.

En nuestro código sustantivo se regulan expresamente dos tipos de nulidades: la nulidad absoluta y la nulidad relativa, ambas están ubicadas dentro de la invalidez del acto jurídico según la Doctrina vigente.

Nulidad absoluta.- El maestro León Barandarián, señala respecto de la nulidad absoluta que "el acto afectado de nulidad absoluta se reputa como inexistente. No puede, pues surtir efecto alguno, no es susceptible de confirmación"¹⁶.

Las causales de nulidad absoluta se encuentran reguladas en el artículo 219º del Código Civil; siendo así que los actos jurídicos que incurran en las causales contenidas en el citado artículo como actos nulos.

Nulidad relativa.- Este tipo de nulidad también se conocen como anulabilidad; podemos decir que es la forma menos grave de la invalidez, supone que la "irregularidad" que presenta el acto o negocio únicamente afecta el interés de una de las partes que lo celebra. La anulabilidad no determina que el acto no produzca las consecuencias a las cuales está dirigido sino solamente que dichas consecuencias puedan ser, durante cierto lapso informales, hasta que las partes subsanen o ratifiquen su manifestación de voluntad, cosa que no ocurre con la figura de la nulidad del acto.

En definitiva, Vidal señala que el acto nulo es el que carece de alguno de los elementos esenciales o que se celebra con trasgresión de normas preceptivas, de orden público, careciendo de consecuencias o efectos para los interesados¹⁷.

¹⁶ León Barandarián, José, Curso del Acto Jurídico. Imprenta de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1983, Lima, página 62.

¹⁷ Fernando Vidal Ramírez. Óp. Cit, página 406.



El acto nulo, conforme a la doctrina contemporánea en la estructuración de los negocios jurídicos, es aquél que carece de algún elemento, presupuesto o requisito, o cuyo contenido es ilícito por atentar contra los principios de orden público, las buenas costumbres, o una o varias normas imperativas.

Cuando el acto jurídico está afectado por causales que conspira contra su validez, y esta causales son coetáneas a su nacimiento, puede hablarse de nulidad del acto. Por tanto, es correcto afirmar que la nulidad viene a ser así una sanción legal que priva de sus efectos propios al acto jurídico. La nulidad puede, por tanto, alcanzar la generalidad de actos jurídicos. Se funda unas veces en consideraciones de orden público y, otras, en la cautela de intereses privados^{18 19}.

En conclusión, la nulidad es la "situación" particular del acto jurídico en cuya virtud este carece de algún elemento constitutivo. El acto jurídico nulo esta desprovisto de todo efecto jurídico; es esta la consecuencia que el orden jurídico le impone a los actos jurídicos nulos. Ninguna de las partes adquiere derechos ni asume obligaciones en dependencia de un contrato que sea nulo²⁰.

Entonces, es nulo el acto jurídico que no es apto para producir aquella situación jurídica deseada por las partes y que el derecho apareja al tipo legal respectivo. Es nulo aunque pueda producir alguno de los efectos correspondientes, u otros distintos, de carácter negativo o contradictorio, ya que de otro modo más bien sería inexistente²¹.

Del mismo modo, Aubry y Rau²² sostienen que es inexistente el acto que no reúne los elementos exigidos para su existencia y sin los cuales es imposible concebirlo. Por su parte, Baudry-Lacantiniere²³ dice que acto inexistente es el que no ha podido formarse en razón de carecer de

¹⁸ *Ibidem*, página 403

¹⁹ Por ello es correcto, como lo hemos venido manifestando que un acto jurídico es nulo cuando carece de algún elemento, presupuesto o requisito, o aquel que teniendo todos los aspectos de su estructura tiene un contenido todos los aspectos de su estructura tiene un contenido ilícito, por contravenir las buenas costumbres, el orden público o una o varias normas imperativas. Ver Lizardo Taboada, curso para magistrados. Nulidad del acto jurídico. Lima editorial nueva activa, 2000

²⁰ Francesco Messineo, *Doctrina General del Contrato*, Ara Editores EIRL, Lima, Perú, 2007. Página 653.

²¹ Betti, Emilio; *Teoría General del Negocio Jurídico. Traducción y concordancias con el Derecho español*, por A. Martín Pérez y Estudio preliminar a cargo de José Luis Monereo Pérez, Editorial Comares S. L., Granada, 2000, página.410

²² Cuadros Villena, Carlos Ferdinand, *Óp. Cit.* página. 209

²³ *Ibidem*.

un elemento esencial de su existencia. Acto nulo, en cambio, es el que es considerado ineficaz por contradecir un mandato legal.

Por ello, el acto jurídico nulo no produce nunca efectos jurídicos por haber nacido muerto o deja de producir retroactivamente todos los efectos jurídicos que hubieran producido por haber nacido gravemente enfermo. La ineficacia originaria se presenta en dos supuestos: la nulidad y la anulabilidad, recibiendo ambas el nombre genérico de invalidez en el Código Civil peruano²⁴.

Todas las causales de nulidad como aquellas de anulabilidad se presentan siempre al momento de celebración del negocio, es decir, al momento de su formación y por ello es que se habla de ineficacia originaria²⁵.

Las causales de nulidad suponen siempre un defecto en la estructura negocial y se dice por ello que son supuestos de ineficacia estructural. Esto significa que los negocios nulos, al igual que los anulables, son siempre negocios que tienen una estructura defectuosa, es decir, negocios jurídicos mal conformados y, por ende, inválidos²⁶. Por ello se dice que la nulidad del acto jurídica padece de una ineficacia estructural²⁷; ésta es aquella que se presenta al momento mismo de la celebración del negocio jurídico, es decir, se trata de un negocio jurídico afectado por una causal de ineficacia desde el momento mismo de su celebración o formación²⁸.

Asimismo, cabe señalar que tanto las causales de nulidad como las de anulabilidad son de carácter legal, es decir, establecidas e impuestas por la ley, no pudiendo ser creadas por los particulares²⁹ ³⁰.

²⁴ Lizardo Taboada, Óp. Cit. Página 348

²⁵ Ídem. Página 349

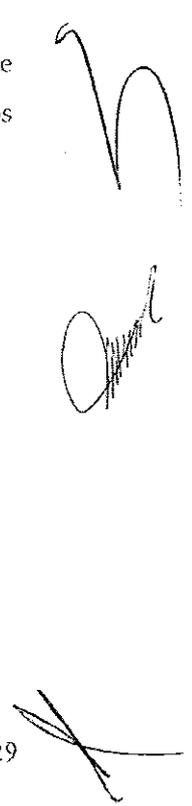
²⁶ Ibidem.

²⁷ El negocio jurídico, en su aspecto fisiológico, tiene dos momentos, el de validez, en el cual se estudia su estructura, y el de eficacia, en el que se estudia los efectos jurídicos del mismo. La regla general, nos dice Espinoza, es que un negocio jurídico válido produzca efectos jurídicos. Pero en muchos casos los actos jurídicos no son eficaces porque no llegan a producir efectos jurídicos o porque los efectos jurídicos que se han producido inicialmente llegan a desaparecer por un evento posterior a su celebración. Ver PALACIOS MARTÍNEZ, Eric; LA NULIDAD DEL NEGOCIO JURÍDICO - PRINCIPIOS GENERALES Y SU APLICACIÓN PRÁCTICA, Jurista Editores, Lima, 2002, p. 30

²⁸ Lizardo Taboada, Loc. Cit. Página 359

²⁹ Ídem Página.349

³⁰ En concordancia con lo expuesto, cabe recalcar que el negocio nulo es aquel que carece de algún elemento, presupuesto o requisito, o aquel que teniendo todos los aspectos de su estructura tiene un contenido ilícito, por contravenir las buenas costumbres, el orden público o normas imperativas. En ese orden de ideas, el negocio nulo nunca produce los efectos jurídicos que tenía que haber producido y se dice por ello que nace muerto. Ver Lizardo Taboada, Acto jurídico, negocio jurídico y contrato, 2 ediciones, Grijley, Lima, Perú, 2013. Página 350-351. Por su parte CUADROS ha afirmado que un acto será plenamente eficaz en cuanto sea plenamente válido, pues se



En concreto, "La nulidad del acto jurídico acarrea inevitablemente la nulidad de su escritura pública, porque un acto nulo es jurídicamente inexistente, y por ello no puede existir una escritura pública sin contenido"³¹.

En términos genéricos, la ineficacia es consecuencia del incumplimiento de un requisito de orden legal, bien sea al momento de la celebración del acto jurídico, o con posterioridad a la misma, que justifica que no se produzcan los efectos jurídicos descados por las partes o establecidos por ley³², o que los efectos jurídicos ya producidos desaparezcan.

Conforme al artículo 219 del código civil el acto jurídico es nulo, y por tanto ineficaz, en los siguientes casos:

Cuando falta la manifestación de voluntad del agente.- Si el acto jurídico es definido como la manifestación de voluntad (artículo 140), la falta de manifestación genera la inexistencia del acto, inexistencia que la ley asimila a la nulidad. Precisamente, conforme al inciso 1 del artículo 219, el acto jurídico es nulo cuando falta la manifestación de voluntad del agente. La falta de manifestación de voluntad comprende: la falta de declaración material de voluntad; la falta de sujeto, como cuando se hace una declaración por un sujeto inexistente; las declaraciones hechas en broma, por razones académicas o en escena; falta de consentimiento en los actos bilaterales, etc.

"La declaración arrancada por violencia física absoluta el error obstativo, casos en los cuales también falta la voluntad, no están regulados como causales de nulidad sino de anulación. En estos casos es usual hablar de inexistencia del acto.

Como hemos venido señalando los actos jurídicos son manifestaciones de voluntades, y en la medida que no exista dicha exteriorización por ausencia de manifestación de voluntad de una parte, o de ambas, simplemente no habrá negocio jurídico³³.

denomina nulidad del acto jurídico a su falta de eficacia jurídica. Ver CUADROS VILLENA, Carlos Ferdinand; ACTO JURÍDICO - CURSO ELEMENTAL - COMENTARIOS AL CÓDIGO CIVIL DE 1984, Tercera Edición, Editora FECAT, Lima, 1996, p 205

³¹ Expediente N° 4530-98 - Lima, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, 27-01-99

³² Torres Vásquez, Aníbal; Óp. Cit. Página 657.

³³ Mario Castillo Freyre y Pierre Martín Horna. La nulidad y anulabilidad del acto jurídico en los contratos celebrados a través de medios informáticos. Ver www.castillofreyre.com

Esta primera causal de nulidad está referida a la circunstancia de que en un determinado supuesto no exista realmente manifestación de voluntad del declarante. En otras palabras, se trata de un verdadero supuesto de nulidad del acto jurídico por ausencia de uno de sus elementos, en este caso, la declaración de voluntad³⁴.

El maestro Manuel Albadalejo respecto a las causales de nulidad de acto jurídico por falta de manifestación de la voluntad considera que: "(...) se da también esta causal, si en el negocio que sea, una parte está constituida por varias personas, y no lo otorgan todas ellas, o si debiendo formarse por una cierta mayoría, se presta sin haber obtenido ésta, o no ha intervenido alguna de las personas que debía haberlo hecho para formar la voluntad, ... o si la ley establece determinado procedimiento y trámites para la formación de la voluntad del ente, y los mismos no se observaron"³⁵.

Cuando se haya practicado por persona absolutamente incapaz, salvo lo dispuesto en el artículo 1358.- Aquí estamos frente a la ausencia de un requisito y no de un elemento del acto jurídico, como es la capacidad de ejercicio, que si bien con constituye un elemento, debe concurrir con los elementos para que el acto jurídico sea válido, este tipo de capacidades es un requisito que debe reunir el sujeto, entendido como presupuesto o antecedente del acto jurídico³⁶.

Cuando su objeto es física o jurídicamente imposible o cuando sea indeterminable.- Si son imposible s o indeterminados la prestación que es objeto de la relación jurídica, o los bienes, los derechos, los servicios y las abstenciones que son objeto de la prestación, el acto jurídico es nulo. La corte suprema ha resuelto respecto a un caso enmarcado en este tema lo siguiente: "la demandante al ser propietaria del predio materia de litis no podía suscribir el contrato de arrendamiento, sustituyéndose como arrendataria del mismo predio, siendo esto un acto jurídico imposible, que se prevé en el inciso 3 del artículo 219 del código civil". El código exige que el objeto del acto jurídico deba ser física y/o jurídicamente posible y determinable³⁷ obviando en grave omisión referirse a la ilicitud del objeto^{38 39}.

³⁴ Lizardo Taboada, Acto jurídico, Loc. Cit. Página 385

³⁵ Manuel Albadalejo, Derecho Civil I, Vol. II, Editorial Bosch, Barcelona, España, 1980, Página 445.

³⁶ Lizardo Taboada, Loc. Cit. Página 350

³⁷ Artículo 140° y 219° inciso 3 del código civil.

³⁸ Lohmann, ob. cit., p. 535 y Torres, ob. cit., p. 697

³⁹ Mario Castillo Freyre y Pierre Martín Horna. La nulidad y anulabilidad del acto jurídico en los contratos celebrados a través de medios informáticos. Ver www.castillofreyre.com



Cuando su fin sea ilícito.- Cuando el fin del acto jurídico es ilícito es nulo, desde su nacimiento; por ejemplo, en el otorgamiento de una garantía por un crédito inexistente, la aseguración contra incendio de un bien que al momento del contrato ha dejado de existir. La causa se identifica con la función social y/o económica que debe cumplir el acto jurídico y que el Derecho reconoce relevante para sus fines.

Cuando adolezca de simulación absoluta.- la simulación puede ser absoluta, cuando las partes crean un acto aparente del cual no quiere sus efectos, o relativa, cuando detrás de la apariencia existe un aspecto, un acto (dicen otros), disimulado, verdadero, con efectos queridos por las partes. Pero en la simulación relativa, el acto disimulado será válido o nulo según que contenga o no los requisitos de validez genérico contenidos en el artículo 140 y los exigidos para el acto especial de que se trate. Tanto en el supuesto de simulación absoluta como en el de simulación relativa, el acto jurídico simulado es nulo.

Cuando no revista la forma prescrita bajo sanción de nulidad.- el inciso 6 del artículo 219 del Código Civil sanciona con la nulidad al acto jurídico celebrado sin observar la formalidad prescrita bajo sanción de nulidad (forma solemne o ad solemnitatem), como, por ejemplo, el testamento, la donación de bienes inmuebles, el mutuo entre cónyuges, el suministro a título gratuito, el secuestro, la fianza, la renta vitalicia, el matrimonio, la adopción, el reconocimiento de los hijos extramatrimoniales, el testamento, la donación de bienes muebles en algunos casos, la donación de bienes inmuebles, el mutuo entre cónyuges, el suministro a título gratuito, el secuestro, la fianza y la renta vitalicia.

Cuando la ley lo declara nulo.- La nulidad declarada por ley puede ser expresa o virtual. La nulidad expresa viene dispuesta textualmente en la ley. Mientras que la nulidad virtual se da cuando la ley no utiliza el término "nulo", pero prohíbe el acto o utiliza expresiones como "se considera no puesta", "no surte efecto", "no valdrá", "no tendrá validez", "carece de eficacia", etc. Las nulidades expresas son aquéllas que vienen dispuestas, manifiestamente, por un texto legal, mientras que las nulidades virtuales son aquéllas que se producen cuando un acto jurídico contraviene una norma imperativa, el orden público o las buenas costumbres.



32 

En el caso del artículo V del título preliminar, salvo que la ley establezca sanción diversa.- El acto que es contrario a normas imperativas, al orden público o a las buenas costumbres deviene en nulo, salvo que la ley establezca sanción diversa. El orden público está dado por el conjunto de normas fundamentales del Estado, de principios fundamentales que constituyen los postulados políticos, jurídicos y económicos del ordenamiento jurídico. Se trata de un concepto movable que impide el envejecimiento del ordenamiento jurídico.

Por otro lado, las buenas costumbres es todo lo atinente a la moral; expresa los cánones fundamentales de honestidad pública y privada, observados por la conciencia social. Es contrario a las buenas costumbres el acto calificado como escandaloso o inmoral en una determinada sociedad. Por ejemplo, el ejercicio de la prostitución es contrario a las buenas costumbres, no tanto porque la Constitución tutela la dignidad humana o la salud, sino porque así lo considera la conciencia moral⁴⁰.

Como se puede apreciar de lo expuesto hasta aquí, todo acto jurídico tiene que cumplir con determinados requisitos de carácter impostergable; no es posible en tal sentido pretender que exista un acto jurídico que padezca de alguna de las causales señaladas anteriormente. Por ello, se entiende que todo acto jurídico que padezca de alguna de las causales de nulidad será un acto jurídico muerto.

Habiendo señalado qué es un acto jurídico, cuáles son sus requisitos, cuándo es nulo o no, corresponde, en segundo lugar, determinar, conforme a la normativa de las Contrataciones con el Estado por qué y cuándo es que corresponde declarar la nulidad de un contrato por haber transgredido lo establecido en la norma.

La norma pertinente para develar cuándo y por qué es que corresponde declarar la nulidad de los actos derivados de los procesos de contratación es el artículo 56° de la Ley, y el artículo 141° del Reglamento, los mismos que señalan de manera categórica lo siguiente:

⁴⁰ En ese mismo sentido, el acto jurídico es nulo cuando es contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres, conforme lo dispone el inciso 8 del artículo 219 del Código Civil, en concordancia con el artículo V del Título Preliminar del acotado, fundamentándose dicha causal en la limitación de la voluntad, en razón de que los actos jurídicos celebrados contraviniendo normas imperativas riñen con la expresión del orden público; empero, tales nulidades no operan automáticamente sino que constituye facultad del juez el declararlas con el sustento y análisis de la norma infringida por la delibrada manifestación de la autonomía privada. Casación N° 745-2005-Arequipa, Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, Lima, 26 de septiembre de 2006.



"Artículo 56º.- Nulidad de los actos derivados de los procesos de contratación

El Tribunal de Contrataciones del Estado, en los casos que conozca, declara nulos los actos expedidos, cuando hayan sido dictados por órgano incompetente, contravengan las normas legales, contengan un imposible jurídico o prescindan de las normas esenciales del procedimiento o de la forma prescrita por la normatividad aplicable, debiendo expresar en la Resolución que expida la etapa a la que se retrotraerá el proceso de selección.

EL TITULAR DE LA ENTIDAD DECLARA DE OFICIO LA NULIDAD DEL PROCESO DE SELECCIÓN, POR LAS MISMAS CAUSALES PREVISTAS EN EL PÁRRAFO ANTERIOR, SÓLO HASTA ANTES DE LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO, SIN PERJUICIO QUE PUEDA SER DECLARADA EN LA RESOLUCIÓN RECAÍDA SOBRE EL RECURSO DE APELACIÓN.

DESPUÉS DE CELEBRADOS LOS CONTRATOS, LA ENTIDAD PUEDE DECLARAR LA NULIDAD DE OFICIO EN LOS SIGUIENTES CASOS:

- a) *Por haberse suscrito en contravención con el artículo 10 de la presente ley.*
- b) *Cuando se verifique la trasgresión del principio de presunción de veracidad durante el proceso de selección o para la suscripción del contrato.*
- c) *Cuando se haya suscrito el contrato no obstante encontrarse en trámite un recurso de apelación.*
- d) *Cuando no se haya cumplido con las condiciones y/o requisitos establecidos en la normativa a fin de la configuración de alguna de las causales de exoneración.*
- e) *Cuando no se haya utilizado los procedimientos previstos en la presente ley, pese a que la contratación se encontraba bajo su ámbito de aplicación. En este supuesto, asumirán responsabilidad los funcionarios y servidores de la Entidad contratante, conjuntamente con los contratistas que celebraron irregularmente el contrato.*

En caso de contratarse bienes, servicios u obras, sin el previo proceso de selección que correspondiera, se incurrirá en causal de nulidad del proceso y del contrato, asumiendo responsabilidades los funcionarios y servidores de la Entidad contratante conjuntamente con los contratistas que celebraron dichos contratos irregulares.

Cuando corresponda al árbitro único o al Tribunal Arbitral evaluar la nulidad del contrato, se considerarían en primer lugar las causales previstas en la presente ley y su reglamento, y luego las causales de nulidad aplicables reconocidas en el derecho nacional". (Resaltado nuestro)

"Artículo 144°.- Nulidad del Contrato

Son causales de declaración de nulidad de oficio del contrato las previstas por el artículo 56° de la Ley, para lo cual la Entidad cursará carta notarial al contratista adjuntando copia fechada del documento que declara la nulidad del contrato. Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes el contratista que no esté de acuerdo con esta decisión, podrá someter la controversia a conciliación y/o arbitraje".

De la lectura de estos artículos, a este Tribunal Arbitral le queda claro que la nulidad de un contrato derivado de un proceso de licitación pública se puede dar en dos posibles escenarios:

Escenario N° 1: ANTES DE LA SUSCRIPCION DEL CONTRATO, corresponde declarar la nulidad por: (i) hayan sido dictados por órgano incompetente; (ii) contravengan las normas legales; (iii) contengan un imposible jurídico; (iv) prescindan de las normas esenciales del procedimiento; (v) o de la forma prescrita por la normatividad aplicable.

Escenario N° 2: DESPUÉS DE LA SUSCRIPCION DEL CONTRATO, corresponde declarar la nulidad por: (i) haberse suscrito en contravención con el artículo 10 de la presente ley; (ii) cuando se verifique la trasgresión del principio de presunción de veracidad durante el proceso de selección o para la suscripción del contrato; (iii) cuando se haya suscrito el contrato no obstante encontrarse en trámite un recurso de apelación; (iv) cuando no se haya cumplido con las condiciones y/o requisitos establecidos en la normativa a fin de la configuración de alguna de las causales de exoneración; (v) cuando no se haya utilizado los procedimientos previstos en la presente ley, pese a que la contratación se encontraba bajo su ámbito de aplicación.

Pues bien, en el presente caso, dada las características, hechos y medios probatorios aportados se puede apreciar que la decisión nulificante de la Entidad demandada se enmarca en los supuestos previstos para el primer escenario descrito y no para el segundo. Dicho en otros términos, la Entidad ha declarado la nulidad del Contrato luego de firmado el mismo, por las razones que corresponden a una declaración de nulidad posible de realizarse antes de la firma del Contrato.



35



Asimismo, cabe señalar que de la revisión de la Resolución Directoral N° 298-2014-HMA-DG no se aprecia que se haya configurado algún supuesto de declaración de nulidad que corresponda al segundo escenario descrito en tanto que de la lectura de autos no se aprecia:

- (i) que se haya contravenido el artículo 10 de la Ley;
- (ii) que se haya transgredido el principio de presunción de veracidad durante el proceso de selección o para la suscripción del contrato (*en ningún extremo el demandado ha señalado la falsedad de documento alguno presentado por el demandante en el proceso de selección*);
- (iii) que se haya suscrito el contrato encontrándose en trámite un recurso de apelación (*no se ha señalado ni acreditado que haya existido un recurso de apelación pendiente de resolver*);
- (iv) que no se haya cumplido con las condiciones y/o requisitos establecidos en la normativa a fin de la configuración de alguna de las causales de exoneración; o,
- (v) que no se haya utilizado los procedimientos previstos en la presente ley, pese a que la contratación se encontraba bajo su ámbito de aplicación.

Ahora bien, en el supuesto negado que el contrato anulado mediante Resolución Directoral N° 298-2014-HMA-DG haya sido por causales posteriores a la firma del mismo, no se aprecia en autos medio probatorio alguno que acredite ello; por el contrario, a lo largo de su defensa el demandado ha sostenido y se ha limitado a señalar que la nulidad del contrato se debe exclusivamente a causales que operaban antes de la firma del contrato; en base a ello corresponde señalar que la nulidad deducida a través de la Resolución Directoral N° 298-2014-HMA-DG está situada en el primer escenario.

En este primer escenario debemos ser categóricos al momento de señalar que la declaratoria de nulidad ha sido incorrectamente formulada toda vez que conforme al artículo 56 de la Ley, ésta (basándose en las razones expuestas en la Resolución Directoral N° 298-2014-HMA-DG) debió haberse deducido HASTA ANTES DE LA SUSCRIPCIÓN DEL CONTRATO, conforme se ha podido detallar; en tal sentido, los fundamentos que se expresan en la Resolución mencionada carecen de todo sustento toda vez que dicha acción se extinguió una vez firmado el Contrato.



Proceso Arbitral
Biomedical Care Representaciones SAC
Hospital María Auxiliadora - Ministerio de Salud

En base a los argumentos expuestos hasta aquí, corresponde declarar **FUNDADA LA TERCERA PRETENSIÓN**, y en consecuencia corresponde declarar la **NULIDAD** de la Resolución Directoral N° 298-2014-HMA-DG y se cumpla con las obligaciones acordadas en el Contrato N° 146-2013-HMA

Pues bien, habiendo determinado la nulidad de la Resolución Directoral N° 298-2014-HMA-DG y en atención al **PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO**, corresponde revisar si el Contrato N° 146-2013-HMA ha sido correctamente suscrito y respetando la normativa vigente al momento de su celebración.

De la lectura de lo actuado en el presente proceso se puede apreciar que la controversia del presente proceso arbitral gira entorno a si el Contrato N° 146-2013-HMA siguió el procedimiento establecido en la Ley N° 1017, modificada por la Ley N° 29873 y el Decreto Supremo N° 184-2008-EF, modificado por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF para la adquisición de dispositivos médicos para la sala de operaciones del Hospital María Auxiliadora, y en tanto ello surte pleno efectos jurídicos entre las partes.

En principio será el artículo 1° de la Ley, la cual regulará el proceso de contratación entre las Entidades del Estado y privados a efectos de adquirir bienes, servicios y obras; del mismo modo, éste artículo establecerá los derechos y obligaciones de las partes intervinientes en el contrato administrativo; a saber:

"Artículo 1°.- Alcances

La presente norma contiene las disposiciones y lineamientos que deben observar las Entidades del Sector Público en los procesos de contrataciones de bienes, servicios u obras y regula las obligaciones y derechos que se derivan de los mismos".

En ese mismo sentido, los numerales 3.1., 3.2. del artículo 3 de la Ley es clara al momento de señalar que el ámbito de aplicación de esta Ley será para:

"Artículo 3°.- Ámbito de aplicación

3.1 Se encuentran comprendidos dentro de los alcances de la presente ley, bajo el término genérico de Entidad(es):

a) El Gobierno Nacional, sus dependencias y reparticiones.



37



(...)

3.2 La presente ley se aplica a las contrataciones que deben realizar las Entidades para proveerse de bienes, servicios u obras, asumiendo el pago del precio o de la retribución correspondiente con fondos públicos, y demás obligaciones derivadas de la calidad de contratante”.

En concordancia con lo expresado, el artículo 5° de la Ley es categórico al momento de señalar el carácter imperativo de la presente Ley en este tipo de contextos, conforme se puede apreciar:

“Artículo 5°.- Especialidad de la norma y delegación

El presente Decreto Legislativo y su Reglamento prevalecen sobre las normas de derecho público y sobre aquellas de derecho privado que le sean aplicables (...).”

Entonces, habiendo determinado el contexto en el cual se encuentra circunscrito la presente controversia, procedamos a revisar si en el presente caso se ha respetado la formalidad establecida tanto en la Ley como en el Reglamento.

De la lectura del Contrato N° 146-2013-HMA, se puede apreciar que el mismo fue consecuencia de un proceso de selección bajo la modalidad de Licitación Pública⁴¹. En esta medida corresponde analizar bajo esta modalidad de contratación si se ha seguido con la formalidad establecida por la ley a efectos de determinar si existe o no una correcta vinculación contractual entre el demandante y demandado.

Conforme al artículo 5° del Reglamento⁴² los funcionarios competentes para contratar con privados a efectos de proveerse bienes, servicios u obras son los siguientes:

⁴¹ Licitación Pública N° 0011-2013-HMA, para la “ADQUISICIÓN DE DISPOSITIVOS MEDICOS PARA SALA DE OPERACIONES”.

⁴² Artículo 5°.- Funcionarios y órganos encargados de las contrataciones

Para los efectos de la aplicación de la Ley y el presente Reglamento están a cargo de las contrataciones los siguientes funcionarios y dependencias de la Entidad:

1. Titular de la Entidad es la más alta autoridad ejecutiva, de conformidad con sus normas de organización, que ejerce las funciones previstas en la Ley y en el presente Reglamento para la aprobación, autorización y supervisión de los procesos de contrataciones del Estado. En el caso de las empresas del Estado, el Titular de la Entidad es el Gerente General o el que haga sus veces.
2. Área usuaria es la dependencia cuyas necesidades pretenden ser atendidas con determinada contratación, o que, dada su especialidad y funciones, canaliza los requerimientos formulados por otras dependencias.
3. Órgano encargado de las contrataciones es aquél órgano o unidad orgánica que realiza las actividades relativas a la gestión del abastecimiento al interior de una Entidad.

- Titular de la Entidad es la más alta autoridad ejecutiva.
- Área usuaria.
- Órgano encargado de las contrataciones.
- Comité Especial

Como se puede apreciar, serán competentes para decidir el inicio de un proceso de contratación con privados únicamente los que se encuentran en la lista antes señalada, con lo cual queda claro que de darse el supuesto donde otra persona o área suscriba un contrato con privados de adquisición de bienes, servicios y obras, el mismo se encontrará inmerso en causal de nulidad.

Ahora bien, de acuerdo al artículo 15° de la Ley, los mecanismos para contratar con el Estado son: licitación pública, concurso público, adjudicación directa y adjudicación de menor cuantía⁴³. A efectos de este caso, nos interesa analizar el procedimiento de contratación bajo la modalidad de licitación pública toda vez que fue bajo esta modalidad por la cual se firmó el contrato que es materia de controversia.

Veamos, conforme al artículo 16° de la Ley, la licitación pública se convocará en aquellos casos donde lo que se pretenda contratar sea bienes, suministros y obras⁴⁴; este mismo supuesto se encuentra corroborado en el artículo 19° del Reglamento, el cual señala expresamente que se convocará por licitación pública cuando lo que pretenda adquirir la Entidad sean bienes y obras.

Entonces, luego del procedimiento de selección (licitación pública) y la aprobación de una de las propuestas concursantes, el Comité Especial procederá, de conformidad al artículo 72° del Reglamento⁴⁵, a otorgar la Buena Pro a la propuesta ganadora.

4. Comité Especial es el órgano colegiado encargado de seleccionar al proveedor que brindará los bienes, servicios u obras requeridos por el área usuaria a través de determinada contratación.

⁴³ Artículo 15°.- Mecanismos de contratación

Los procesos de selección son: licitación pública, concurso público, adjudicación directa y adjudicación de menor cuantía, los cuales se podrán realizar de manera corporativa o sujeto a las modalidades de selección de Subasta Inversa o Convenio Marco, de acuerdo a lo que defina el Reglamento.

⁴⁴ Artículo 16°.- Licitación pública y concurso público

La licitación pública se convoca para la contratación de bienes, suministros y obras. El concurso público se convoca para la contratación de servicios de toda naturaleza.

En ambos casos, se aplican los márgenes que establece la Ley de Presupuesto del Sector Público.

⁴⁵ Artículo 72°.- Otorgamiento de la Buena Pro

Así, una vez que el funcionario competente ha decidido contratar con privados, el modo por el cual se va a contratar ha sido elegido, se ha otorgado la Buena Pro a la mejor oferta y esta ha quedado consentida administrativamente, conforme al artículo 137° del Reglamento, corresponde obligatoriamente tanto para la Entidad como para el contratista suscribir el contrato respectivo.

En efecto, de acuerdo al artículo 137 del Reglamento⁴⁶, *"una vez que la Buena Pro ha quedado consentida o administrativamente firme, tanto la Entidad como el o los postores ganadores, están obligados a suscribir el o los contratos respectivos"*. En esa medida, *"La Entidad no puede negarse a suscribir el contrato, salvo por razones de recorte presupuestal correspondiente al objeto materia del proceso de selección, por norma expresa o porque desaparecen la necesidad, debidamente acreditada. La negativa a hacerlo basada en otros motivos, genera responsabilidad funcional en el Titular de la Entidad, en el responsable de Administración o de logística o el que haga sus veces, según corresponda"*.

En este tenor, de acuerdo al artículo 138° del Reglamento⁴⁷, el contrato quedará perfeccionado, y por tanto surgirá plenos efectos jurídicos, cuando el mismo quede suscrito por las partes. Ahora, en concordancia con lo señalado hasta, conforme se señala en el artículo 139° del

El otorgamiento de la Buena Pro se realizará en acto público para todos los procesos de selección. Sin embargo, tratándose de Adjudicaciones Directas Selectivas y Adjudicaciones de Menor Cuantía, el otorgamiento de la Buena Pro podrá ser realizado en acto privado.

En la fecha señalada en las Bases, el Comité Especial procederá a otorgar la Buena Pro a la propuesta ganadora, ando a conocer los resultados del proceso de selección a través de un cuadro comparativo, en el que se consignará el orden de prelación y el puntaje técnico, económico y total obtenido por cada uno de los postores.

Una vez otorgada la Buena Pro, el Comité Especial está en la obligación de permitir el acceso de los postores al Expediente de Contratación, a más tardar dentro del día siguiente de haberse solicitado por escrito.

El acceso a la información contenida en un Expediente de Contratación se regulará por lo establecido en la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública y su Reglamento, incluidas las excepciones y limitaciones al ejercicio del derecho de acceso a la información pública allí establecidas o en los compromisos internacionales asumidos por el Estado Peruano.

⁴⁶ Artículo 137°.- Obligación de contratar

Una vez que la Buena Pro ha quedado consentida o administrativamente firme, tanto la Entidad como el o los postores ganadores, están obligados a suscribir el o los contratos respectivos.

La Entidad no puede negarse a suscribir el contrato, salvo por razones de recorte presupuestal correspondiente al objeto materia del proceso de selección, por norma expresa o porque desaparezca la necesidad, debidamente acreditada. La negativa a hacerlo basada en otros motivos, genera responsabilidad funcional en el Titular de la Entidad, en el responsable de Administración o de Logística o el que haga sus veces, según corresponda.

En caso que el o los postores ganadores de la Buena Pro se nieguen a suscribir el contrato, serán pasibles de sanción, salvo imposibilidad física o jurídica sobrevinida al otorgamiento de la Buena Pro que no le es atribuible, declarada por el Tribunal.

⁴⁷ Artículo 138°.- Perfeccionamiento del Contrato

El contrato se perfecciona con la suscripción del documento que lo contiene.

(...)

Proceso Arbitral
Biomedical Care Representaciones SAC
Hospital María Auxiliadora - Ministerio de Salud

Reglamento⁴⁸, tendrá competencia para suscribir el contrato aquel funcionario que por su cargo o autorización se encuentre habilitado para tal hecho, no pudiendo, en este sentido, ser otro sujeto que no cumpla con las condiciones señaladas; del otro lado, el contratista podrá hacerlo directamente o a través de su apoderado, si es persona natural, o por su representante legal, si es persona jurídica. Siendo así los sujetos de la relación contractual la Entidad y el Contratista⁴⁹.

Pues bien, habiendo aclarado el panorama normativo respecto al procedimiento y demás formalidades que se deben tener en cuenta al momento de celebrar contratos entre públicos y privados, corresponde revisar si en el presente caso éstas formalidades han sido respetadas y en función a ello determinar si corresponde o no amparar la presente pretensión⁵⁰.

De la lectura del Contrato N° 0146-2013-HMA, de fecha 27 de diciembre de 2013, se pueden extraer los siguientes hechos:

Hecho N° 1: Por parte de la Entidad, se ha cumplido con el requisito establecido en el artículo 5 de la Ley toda vez que quién contrato con el demandante fue el Área usuaria competente de canalizar los requerimientos formulados por otras dependencias⁵¹.

Conforme se puede apreciar del Contrato N° 0146-2013-HMA, ha sido el Área de Licitaciones y Concursos del Ministerio de Salud quienes por pedido de la Dirección Ejecutiva de Administración del Hospital María Auxiliadora, a través de la funcionaria pública Mónica Alférez Sánchez, en su calidad de Directora Ejecutiva de Administración, han promovido la Licitación Pública N° 0011-2013-HMA que derivó en la suscripción del Contrato N° 0146-2013-HMA; siendo el contrato, además, refrendado por la Oficina de Logística, a través del Sr. Barreda; y, la Oficina de Asesoría Jurídica, a través del Sr. Carranza.

⁴⁸ Artículo 139°.- Suscripción del Contrato

El contrato será suscrito por la Entidad, a través del funcionario competente o debidamente autorizado, y por el contratista, ya sea directamente o por medio de su apoderado, tratándose de persona natural, y tratándose de persona jurídica, a través de su representante legal.

⁴⁹ Artículo 140°.- Sujetos de la relación contractual

Son sujetos de la relación contractual la Entidad y el contratista.

⁵⁰ "Determinar si corresponde o no, que el Tribunal Arbitral ordene a la Entidad que cumpla con los términos del Contrato N° 146-2013-HMA y como consecuencia se entregue el original de la orden de compra que debe expedir el Hospital María Auxiliadora, y que se proceda a la entrega de los bienes".

⁵¹ Artículo 5°.- Funcionarios y órganos encargados de las contrataciones

(...)

2. Área usuaria es la dependencia cuyas necesidades pretenden ser atendidas con determinada contratación, o que, dada su especialidad y funciones, canaliza los requerimientos formulados por otras dependencias.

Asimismo, debemos señalar que, de lo actuado en el proceso, no se aprecia que el demandado haya presentado medio probatorio o señalado argumento alguno debidamente fundamentado que haga advertir a este Tribunal de la incompetencia del Área de Licitaciones y Concursos o que el funcionario que convocó la Licitación Pública haya sido incompetente para hacerlo. En este contexto, la exigencia normativa de la competencia para iniciar un proceso de licitación pública ha sido cumplida.

Hecho N° 2: La modalidad (licitación pública) bajo la cual el demandado escogió la propuesta del demandante respondió los estándares establecidos en la norma.

De la mano de lo ya expresado, hay que agregar que la licitación pública llevada a cabo por el Área de Licitaciones y Concursos del Ministerio de Salud, a pedido del Hospital María Auxiliadora, ha sido reconocida, así consta en los sellos y firmas que se encuentran a lo largo del contrato, por las altas autoridades del Área contratante, así como por aquellos funcionarios que se encontraban vinculados al negocio jurídico de adquisición de bienes.

En efecto, de la lectura del Contrato N° 0146-2013-HMA y demás medios probatorios aportados por las partes, se puede concluir lo siguiente:

- (i) Que, el demandante ha participado legítimamente en la Licitación, presentando en ese sentido su propuesta con la cual pretendía participar;
- (ii) Que, existen claros indicios de la legitimidad con la que se actuó al momento de convocar, elegir y suscribir el Contrato N° 0146-2013-HMA toda vez que, además de haber participado de la firma del proceso de licitación los funcionarios con la competencia que exige la Ley, se puede apreciar que también existió participación del Área de Licitaciones y Concursos del Ministerio de Salud, área especializada en temas de contrataciones con privados del Ministerio de Salud -ministerio del cual depende el Hospital María Auxiliadora- que son ellos los encargados de velar por que las contrataciones de este tipo se ajusten a derecho y respeten la normativas vigentes al momento de contrato, para la realización del procedimiento de licitación pública que dio origen al Contrato N° 0146-2013-HMA.

Proceso Arbitral
Biomedical Care Representaciones SAC
Hospital María Auxiliadora - Ministerio de Salud

- (iii) Que, la propuesta presentada por el demandante ha sido la ganadora, ello en función a que sólo en ese supuesto, de acuerdo a lo establecido en el artículo 139° del Reglamento, se entiende que se haya suscrito por ambas partes el contrato que reconoce expresamente que el demandante ha obtenido la Buena Pro y por tanto ha sido la oferta ganadora, además que su elección ha quedado consentida.
- (iv) Que, no consta de los documentos aportados por las partes que haya existido observaciones, nulidades, indicaciones o algún otro indicador del incumplimiento de alguno de los requisitos establecidos en la normativa de contrataciones, con lo cual este Tribunal infiere que la licitación pública N° 0011-2013-HMA no ha tenido vicios ni mucho menos incompatibilidades normativas toda vez que existe un contrato firmado derivado de tal procedimiento administrativo, lo cual, por el contrario, prueba que ambas partes al haber cumplido con los requisitos establecidos por la Ley y el Reglamento han perfeccionado el contrato administrativo para la adquisición de viene materia de la Licitación antes referida.

Hecho N° 3: Habiéndose otorgado la Buena Pro, la Entidad, en cumplimiento con lo establecido en el artículo 139° del Reglamento, procedió a firmar el Contrato a través de la autoridad competente del Hospital María Auxiliadora, con lo cual los efectos jurídicos del contrato surten plenamente toda vez que se ha configurado el perfeccionamiento del mismo.

Conforme se puede apreciar la parte firmante del lado de la Entidad en el Contrato N° 0146-2013-HMA fue la Dirección Ejecutiva de Administración del Hospital María Auxiliadora, a través de la funcionaria pública Mónica Alférez Sánchez, en su calidad de Directora Ejecutiva de Administración, la cual se encontraba plenamente facultada para hacerlo toda vez que conforme a la Resolución Directoral N° 266-2012-FMD-DG, de fecha 4 de julio de 2012, tenía el poder para ello.

Además, corresponde agregar que el contrato en mención fue refrendado por la Oficina de Logística, a través del Sr. Barreda; y, la Oficina de Asesoría Jurídica, a través del Sr. Carranza; con observancia, asimismo, del Área de Licitaciones y Concursos del Ministerio de Salud.



Handwritten signatures and initials at the bottom right of the page, including a large stylized signature and a smaller one with the number 43 written below it.

Proceso Arbitral
Biomedical Care Representaciones SAC
Hospital María Auxiliadora - Ministerio de Salud

Ahora bien, tampoco, se aprecia de lo actuado en el proceso que el demandado haya presentado medio probatorio alguno que haga advertir a este Tribunal que ha existido incompetencia del funcionario que perfeccionó el contrato, dado que simplemente se han limitado a señalar la incompatibilidad que ha existido entre lo establecido por la ley para licitar la adquisición de bienes y lo hecho en la Licitación Pública N° 0011-2013-HMA.

De lo expuesto hasta aquí, este Tribunal no se ha encontrado con indicios o pruebas que den cuenta del incumplimiento de alguna de las exigencias establecidas en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento; por el contrario, se ha llegado a la conclusión que el Contrato N° 0146-2013-HMA ha sido suscrito respetando el procedimiento establecido para ello.

El demandado a lo largo de la exposición de sus argumentos de defensa, refiere la suscripción del Contrato N° 0146-2013-HMA contraviene lo establecido en el artículo 15° de la Ley y por lo tanto no resulta exigible para ellos; sin embargo, de la lectura de todos sus argumentos no se aprecia, que efectivamente el Contrato N° 0146-2013-HMA se encuentra viciado de nulidad o algún otro tipo de falencia, así como tampoco aporta documento probatorio alguno que sostenga y acredite su posición⁵².

Pues bien, en este contexto y dado los argumentos expresados a lo largo del presente análisis, este Tribunal Arbitral cumple con señalar que el Contrato N° 0146-2013-HMA ha sido suscrito respetando todo el procedimiento previsto en la normativa vigente al momento de su celebración, en función a ello éste tiene plenos efectos jurídicos entre las partes con lo cual corresponde declarar **FUNDADA LA PRIMERA PRETENSIÓN** y **ORDENAR** al demandado cumpla con los términos del Contrato N° 0146-2013-HMA y **ENTREGUE** la **ORDEN DE COMPRA ORIGINAL** para que se proceda a la entrega de los bienes pactados.

SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Determinar si corresponde o no, que el Tribunal Arbitral ordene a la Entidad el pago de una indemnización por daños y perjuicios irrogados por la demora inexcusable de la entidad emplazada, con intereses y pago de gastos arbitrales y costas del proceso.

⁵² Cabe señalar que de acuerdo a los autos que obran en el expediente arbitral, el demandado en su contestación de demanda se ha limitado a presentar los mismos medios probatorios del demandante; posterior a ello, presentó la Resolución Directoral N° 298-2014-HMA-DG, de fecha 9 de junio de 2014, como documento que acredite su posición.



En primer lugar debemos señalar que la responsabilidad civil connota el acontecimiento de daños jurídicamente relevantes, la realización de actos que ocasionen dichos daños y la obligación de resarcirlos⁵³.

Es así que Jansen analizando la historia y la dogmática del tratamiento del derecho de daños en Europa señala que el derecho de daños tiene como presupuesto la existencia de una conducta contraria a un deber jurídico: el causante de un daño sólo es responsable del mismo si ha realizado un acto ilícito, esto es, si ha realizado un acto no permitido por el derecho. De ahí que la cuestión dogmática se centre en el concepto de antijuricidad y de culpa (...)⁵⁴.

Ya al interior del derecho civil, la responsabilidad se puede clasificar en: extracontractual y contractual.

La responsabilidad extracontractual se produce sin que previamente medie obligación ni relación entre agente del daño y víctima, o mejor dicho, con independencia de la existencia o no de dicha relación.⁵⁵

Mientras que la responsabilidad contractual se puede definir como aquella que se deriva del incumplimiento por parte del deudor de una obligación preexistente. En tanto que la responsabilidad extracontractual se produce sin que previamente medie obligación ni relación entre agente del daño y víctima, o mejor dicho, con independencia de la existencia o no de dicha relación.⁵⁶

Así, la responsabilidad contractual en términos doctrinarios se produce cuando el daño es consecuencia del incumplimiento de una obligación voluntaria, en este sentido la responsabilidad civil obligacional o contractual es producto del incumplimiento de un deber jurídico específico denominado relación jurídica obligatoria.⁵⁷

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ Nils Jansen. Estructura de un derecho europeo de daños. EN: IN DRET, Revista Electrónica del Departamento de Derecho Civil de la Universidad Pompeu Fabra. <http://www.indret.com/>

⁵⁵ Santiago Cavanillas Múgica e Isabel Tapia Fernández, *La concurrencia de la responsabilidad contractual y extracontractual*, Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid 1992, página 3.

⁵⁶ Santiago Cavanillas Múgica e Isabel Tapia Fernández, *La concurrencia de la responsabilidad contractual y extracontractual*, Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid 1992, página 3.

⁵⁷ Taboada Córdoba, Lizardo; *Elementos de la Responsabilidad Civil*. Editora jurídica Grijley EIRL, 2ª edición, 2003, pág. 30.

Entonces, una vez determinada el tipo de responsabilidad, el afectado podrá solicitar una indemnización como medida frente al hecho o acto lesivo. La obligación de reparar no es la materia del contrato, ya que esa es únicamente la prestación pactada.

Es solo cuando fracasa la convención, cuando el pacto no se cumple o se cumple insuficientemente y cuando tal incumplimiento provoca daños, que la ley hace nacer la obligación del causante de los daños (debido a su incumplimiento o a su mora) de pagar una indemnización (no pactada) a la parte damnificada.⁵⁸

Por otro lado, es importante indicar que la indemnización, de acuerdo al Código Civil, es una pretensión de carácter personal, es decir, quien demanda el pago de ésta es quien se considera víctima o afectado por un comportamiento dañoso atribuido al responsable.

Así, los elementos que configuran tanto la responsabilidad extracontractual como la responsabilidad contractual, tienen rasgos similares, tomando en cuenta que ambas figuras de responsabilidad civil suponen la búsqueda de la reparación de los daños irrogados en razón de una conducta inadecuada o ilícita que produce este efecto dañoso. Así pues, los elementos que configuran la responsabilidad son: (i) la imputabilidad; (ii) la ilicitud o antijuricidad; (iii) el factor de atribución; (iv) el nexo causal; y (v) el daño.

En relación al elemento (i), esto es "la imputabilidad", el mismo está referido a la capacidad de un determinado sujeto, persona natural o jurídica, de poder ser responsable o imputable del daño que ocasione; es decir, en este elemento se toma en cuenta la capacidad de la persona (jurídica en este caso) de poder responder ante el daño que se le imputa y por el que se pretende que responda, puesto que, independientemente de que causare o no un daño, si es que dicha persona por su capacidad no le es atribuible el resarcimiento, entonces no merece que se prosiga con el análisis de los demás elementos antes indicados.

En relación al elemento signado con el punto (ii), esto es la licitud o antijuricidad, Lizardo Taboada⁵⁹ señala lo siguiente:

⁵⁸ De Trazegnies, Fernando, *La Responsabilidad extracontractual*, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. Tomo II, 1988, pág.445.

⁵⁹ Taboada Córdova, Lizardo. *Elementos de la Responsabilidad Civil*. Editora Jurídica Grijley. 2ª Ed., p32.



Proceso Arbitral
Biomedical Care Representaciones SAC
Hospital María Auxiliadora - Ministerio de Salud

“Modernamente existe acuerdo en que la antijuricidad, o mejor dicho, que una conducta es antijurídica no sólo cuando contraviene un norma prohibitiva, sino también cuando la conducta viola el sistema jurídico en su totalidad, en el sentido de afectar los valores o principios sobre los cuales ha sido construido el sistema jurídico (...).”

Entonces, el comportamiento dañoso generador de responsabilidad civil constituye un hecho antijurídico, entendiendo este último concepto como la contravención del ordenamiento jurídico que lesiona sin causa justificada la esfera jurídica ajena (o también denominado antijuricidad).

En relación al elemento (iii), el factor de atribución, es el elemento que nos va a indicar en función a qué es responsable y sobre el particular debemos analizar si nos encontramos ante un factor de atribución objetivo o subjetivo.

En relación al punto (iv), o nexo causal, Lizardo Taboada⁶⁰ Córdova señala lo siguiente:

“En lo relativo a la relación de causalidad, la misma es un requisito de toda responsabilidad civil, pues si no existe una relación jurídica de causa efecto entre la conducta típica o atípica y el daño producido a la víctima, no habrá responsabilidad de ninguna clase”

Asimismo, el artículo 1321° del Código Civil señala:

“Artículo 1321°.- Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve.(...).”

En otros términos, para que la responsabilidad civil proceda, deberá existir un nexo causal entre el hecho del incumplimiento y el daño producido; es decir, y a diferencia de lo establecido en el artículo 1985° del Código Civil (que regula la causa adecuada), para cuestiones de inexecución de obligaciones el precitado artículo 1321° regula la denominada causa próxima.

Por último, en relación al punto (v), es decir en relación al daño, debemos precisar que la determinación del mismo tiene diversas acepciones. En efecto, Guillermo Cabanellas⁶¹ lo define

⁶⁰ Taboada Córdova, Lizardo. *Elementos de la Responsabilidad Civil*. Editora Jurídica Grijley. 2ª Ed., p35.

47

como "el detrimento, perjuicio o menoscabo que se recibe por culpa de otro en la hacienda o persona. El daño puede causarse por dolo o malicia, por culpa o por caso fortuito".

En el mismo sentido, Ferri⁶² precisa aún más el concepto, al establecer que:

"(...) el daño no puede ser entendido como la lesión de un interés protegido, por cuanto ello resulta equívoco y substancialmente impreciso. El daño más bien incide en las consecuencias, aquellos efectos negativos que derivan de la lesión del interés protegido (...)". (Subrayado y sombreado nuestro).

Podemos concluir entonces que el daño se genera por los actos ilícitos o antijurídicos que sobrepasan los límites de sus propios derechos, avasallando los de los demás y por las consecuencias que ellos producen en la esfera del afectado. A estos actos debemos denominarlos como comportamiento dañoso.

Por otro lado, corresponde señalar enfáticamente que, así como resulta importante cumplir los elementos de la responsabilidad contractual, se debe cumplir también con acreditar los daños que se solicitan indemnizar.

Tanto la normativa como la doctrina vigente refieren que todo daño debe estar debidamente acreditado toda vez que lo que se pretende demostrar es que, efectivamente, se ha producido un daño; en otros términos, no basta con señalar el daño, sino que se debe acreditar los mismos de manera indubitable.

Como señala el profesor Canelo, "Con la prueba se persigue la justificación de la verdad de los hechos controvertidos en un juicio, por los medios que autoriza y reconoce por eficaces la ley"

Esto responde al denominado por la doctrina como Onus Probandi, (o carga de la prueba) que es una expresión latina del principio jurídico que señala quién está obligado a probar un determinado hecho ante los tribunales. El fundamento del Onus Probandi, radica en un viejo aforismo de derecho que expresa que "lo normal se presume, lo anormal se prueba".

⁶¹ Cabanellas, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. 1ª Ed. Editora Atalaya, p. 152

⁶² Ferri, G.B. Citado por Espinoza Espinoza, Juan. *El Tratamiento de los Derechos de la Persona en el Código Civil Peruano de 1984*. 2ª Ed., p. 273.

Proceso Arbitral
Biomedical Care Representaciones SAC
Hospital María Auxiliadora - Ministerio de Salud

Por tanto, quien invoca algo que rompe el estado de normalidad, debe probarlo (*affirmanti incumbit probatio*); es por ello que a quien afirma se le ha producido un daño, incumbe que lo pruebe.

En este tenor, la Corte Suprema se ha manifestado al respecto señalando que: "El derecho a probar, tiene por finalidad producir en la mente del juzgador el convencimiento, sobre la existencia o inexistencia de los hechos afirmados por las partes"⁶³; en ese mismo sentido, ha subrayado lo siguiente: "El contenido esencial del derecho a probar consiste en el derecho de todo sujeto procesal legitimado para intervenir en la actividad probatoria a que se admitan, actúen y valoren debidamente los medios probatorios aportados al proceso para acreditar los hechos que configuran su pretensión, o su defensa"⁶⁴.

Por otro lado, ha señalado, respecto al sentido de la carga de la prueba, que:

"La carga de la prueba constituye un medio de gravamen sobre quien alega un hecho, de manera que su incumplimiento determina la absolución de la contraria. Las pruebas deben ser estudiadas en sus elementos comunes, en sus conexiones directas o indirectas. Ninguna prueba deberá ser tomada en forma aislada, tampoco en forma exclusiva, sino en su conjunto, por cuanto que solo teniendo la visión integral de los medios probatorios se puede sacar conclusiones en busca de la verdad que es el fin del proceso"⁶⁵.

Es bajo este contexto, que este Tribunal, a la luz de lo actuado en el presente proceso, llega a la conclusión que el demandante no ha cumplido con presentar documento alguno que permita llegar a visualizar la provocación de daño alguno; muy por el contrario se ha limitado a dedicar argumentos sin sustento documental o de otro tipo que permitan coincidir con su apreciación de los hechos. Es en base a esta falta de pruebas del daño que se solicita indemnizar que este Tribunal Arbitral declara INFUNDADA la presente pretensión.

ASUNCIÓN DE COSTOS ARBITRALES

Al respecto, el numeral 1) del artículo 72° del D.L. N° 1071, Decreto Legislativo que norma el

⁶³ CAS. N° 261-99-Ica, El Peruano, 31-08-1999, p. 3387

⁶⁴ CAS. N° 261-99-Ica, El Peruano, 31-08-1999, p. 3387

⁶⁵ Exp.: 99-23263, 5ta Sala Civil de Lima, 06/12/01 (LEDESMA NARVAEZ, Marianella, Jurisprudencia Actual, Lima, 2005, T. 6 p. 461).

Proceso Arbitral
Biomedical Care Representaciones SAC
Hospital María Auxiliadora - Ministerio de Salud

arbitraje, dispone que los Árbitros se pronunciarán en el Laudo sobre los costos indicados en el Artículo 70° del citado cuerpo legal.

Al respecto, el artículo 70° del D.L. N° 1071:

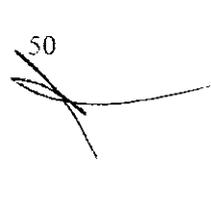
“El tribunal arbitral fijará en el laudo los costos del arbitraje. Los costos del arbitraje comprenden:

- a. Los honorarios y gastos del tribunal arbitral.*
- b. Los honorarios y gastos del secretario.*
- c. Los gastos administrativos de la institución arbitral*
- d. Los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral*
- e. Los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje.*
- f. Los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales”.*

Asimismo, el numeral 1. del Artículo 73° del D.L. N° 1071 señala que los Árbitros deben tener presente, de ser el caso, lo pactado en el convenio arbitral; además, tal norma legal establece que si el convenio arbitral no contiene pacto alguno sobre los gastos, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida; sin embargo, los Árbitros podrán distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estiman que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

En el presente caso no se ha establecido pacto alguno acerca de los costos y costas del arbitraje. Atendiendo a esta situación, corresponde que el Tribunal Arbitral se pronuncie sobre este tema de manera discrecional y apelando a su debida prudencia.

En este orden de ideas, en virtud de lo sustentado y decidido en el presente Laudo, sobre la base de un criterio de equidad y en legítimo ejercicio de sus facultades, este Colegiado, considerando el resultado del arbitraje, estima que, en puridad, no puede afirmarse que existe una “parte perdedora”, en vista de que ambas tuvieron motivos suficientes y atendibles para litigar, independientemente del fallo dado, habida cuenta de que debían defender sus pretensiones en la vía arbitral.

 50 

Proceso Arbitral
Biomedical Care Representaciones SAC
Hospital María Auxiliadora - Ministerio de Salud

Asimismo, atendiendo al buen comportamiento procesal de las partes y a la incertidumbre jurídica que existía entre ellas, corresponde disponer que cada de una de las partes asuma los costos del presente arbitraje. En consecuencia, cada parte debe asumir el pago de la mitad de los gastos arbitrales decretados en este arbitraje (es decir, los honorarios del Tribunal Arbitral y de la Secretaría Arbitral Ad Hoc), así como asumir sus propios costos, según el referido artículo 70° del D.L. N° 1071, en los que incurrieron o debieron incurrir como consecuencia del presente arbitraje.

LAUDA:

PRIMERO: DECLARAR FUNDADA la primera pretensión principal de la demanda arbitral; en consecuencia se ordena al demandado cumpla con los términos del Contrato N° 0146-2013-HMA y haga entrega de la Orden de Compra Original para que se proceda a la entrega de los bienes pactados.

SEGUNDO: DECLARAR INFUNDADA la segunda pretensión principal de la demanda arbitral; en consecuencia, no corresponde ordenar el pago de indemnización por concepto de daño alguno.

TERCERO: DECLARAR FUNDADA la tercera pretensión acumulada de la demanda arbitral; en consecuencia, corresponde declarar la NULIDAD de la Resolución Directoral N° 298-2014-HMA-DG y se cumpla con las obligaciones acordadas en el Contrato N° 146-2013-HMA

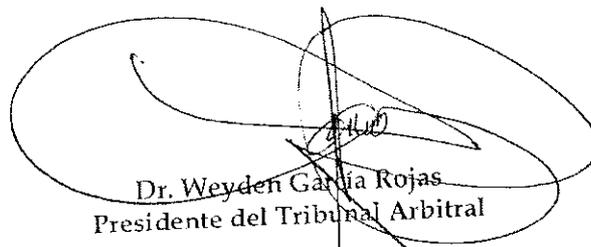
CUARTO:- DISPÓNGASE que tanto el demandante Biomedical Care Representaciones S.A.C. como el demandado Hospital María Auxiliadora - Ministerio de Salud, asuman en partes iguales, los gastos arbitrales, las costas y costos generados por la tramitación del presente proceso arbitral.

QUINTO: DISPÓNGASE que la Secretaría Arbitral remita copia del presente laudo arbitral al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado OSCE.

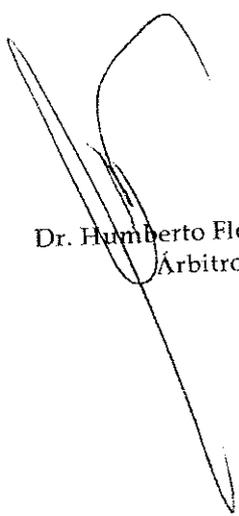
Notifíquese a las partes.-



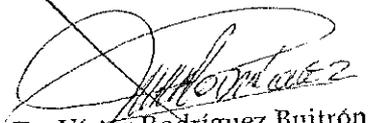
Proceso Arbitral
Biomedical Care Representaciones SAC
Hospital María Auxiliadora - Ministerio de Salud



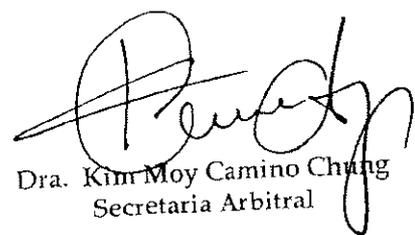
Dr. Weyden García Rojas
Presidente del Tribunal Arbitral



Dr. Humberto Flores Arévalo
Árbitro



Dr. Víctor Rodríguez Buitrón
Árbitro



Dra. Kim Moy Camino Chung
Secretaria Arbitral