Los. 4507-14.

TRIBUNAL ARBITRAL
HOSPITAL MARIA AUXILIADORA
BIOMEDICAL CARE

San Isidro, 03 de Diciembre de 2015.

Señores
HOSPITAL MARIA AUXILIADORA- MINISTERIO DE SALUD
Av. Dos de Mayo N°590
San Isidro.-

De mi mayor consideración

Por medio de la presente, cumplo en notificarles las resolución N°14 de fecha 02 de diciembre de 2015, que contiene el laudo de derecho a fojas 20.

Atentamente.

Dr. Francisco Valdez Huarcaya
Secretario Arbitral

MINISTERIO DE SALUD
PROCURADURIA PUBLICA
04 DIC. 2015
RECEPCION
Hora: 12:19 Firma: .....
La recepción no implica aceptación del mismo

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO DICTADO POR EL TRIBUNAL ARBITRAL INTEGRADO POR LOS ARBITROS IVAN GALINDO TIPACTI, PRESIDENTE, HUMBERTO FLORES AREVALOY VICTOR MANUEL RODRIGUEZ BUITRON EN EL ARBITRAJE SEGUIDO POR BIOMEDICAL CARE REPRESENTACIONES S.A.C. CON HOSPITAL MARIA AUXILIADORA.

RESOLUCIÓN Nº14

VISTOS:

I. DEL LUGAR Y FECHA DE EXPEDICIÓN

El presente Laudo Arbitral se expide en la ciudad de Lima a los dos días del mes de Diciembre del dos mil quince.

II. DE LAS PARTES

- **Demandante:** BIOMEDICAL CARE REPRESENTACIONES S.A.C.
- **Demandado:** HOSPITAL MARIA AUXILIADORA

III. DEL TRIBUNAL ARBITRAL

- IVAN GALINDO TIPACTI – Presidente del Tribunal.
- HUMBERTO FLORES AREVALO- Árbitro.
- VICTOR MANUEL RODRIGUEZ - Arbitro
- FRANCISCO VALDEZ HUARCAYA - Secretaria Arbitral.

IV. DE LOS ANTECEDENTES DE LA CONTROVERSIA

Con fecha 16 de Diciembre del 2013, el Comité Especial, otorgó la Buena Pro del Paquete: **Material Biomédico para Bioseguridad** del proceso de Selección: Licitación Pública N° 00008-2013-HMA, para la *"ADQUISICION DE MATERIAL BIOMEDICO PARA BIOSEGURIDAD"* a la Empresa BIOMEDICAL CARE REPRESENTACIONES S.A.C., quedando consentida el mismo día por ser único postor.

Que, con fecha 20 de Diciembre del 2013, el HOSPITAL MARIA AUXILIADORA – MINISTERIO DE SALUD, y BIOMEDICAL CARE REPRESENTACIONES S.A.C., en adelante el HOSPITAL y BIOMEDICAL respectivamente, suscribieron el Contrato N° 142-2031-HMA, en adelante el Contrato, referente a la Licitación Pública N° 00008-2013-HMA, para la "ADQUISICION DE MATERIAL BIOMEDICO PARA BIOSEGURIDAD" por un monto ascendente a S/. 1´211,832.00, a todo costo incluido IGV.

El contrato se rige por las disposiciones de la Ley de Contrataciones del Estado, Decreto Legislativo N° 1071 modificada por Ley N° 29873 y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo Nº184-2008-EF y modificado por Decreto Supremo 138-2012-EF, en adelante la LCE y el Reglamento respectivamente.

V. TRAMITACIÓN DEL PROCESO ARBITRAL

1. EXISTENCIA DE UN CONVENIO ARBITRAL

En la Cláusula Décimo Sétima del Contrato, se estipuló que las partes tienen el derecho de iniciar el arbitraje administrativo para resolver las controversias surgidas en la ejecución del mismo, en los plazos de caducidad del Reglamento, o en su defecto el Artículo 52° de la LCE. Facultativamente pueden recurrir a la conciliación, sin perjuicio de recurrir al arbitraje de no llegar a acuerdo conforme al Artículo 214° del Reglamento.

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

2. DESIGNACION DE ARBITROS E INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL.

Al haberse suscitado la controversia entre las partes, BIOMEDICAL designó al Árbitro VICTOR MANUEL RODRIGUEZ BUITRON, el HOSPITAL por su parte designó al Árbitro HUMBERTO FLORES AREVALO; y, ambos árbitros

acordaron designar como tercer árbitro y Presidente del Tribunal Arbitral al abogado IVÁN GALINDO TIPACTI.

Con fecha **27 de enero del 2015**, en la sede institucional del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado OSCE se llevó a cabo la Audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral, fijándose las reglas del proceso en el Acta respectiva.

Los árbitros integrantes del Tribunal Arbitral declaran haber sido debidamente designados de conformidad con la ley y el convenio arbitral celebrado entre las partes, no tener incompatibilidad ni compromiso con las mismas y obligándose a desempeñar con imparcialidad y probidad su labor.

3. LA DEMANDA

Para los efectos del presente Laudo, BIOMEDICAL, presentó su demanda y ampliación mediante escritos de fecha 13 de febrero de 2015 y 15 de abril de 2015 respectivamente. La demanda fue admitida a trámite disponiéndose su traslado a la contraparte, mediante resoluciones N° 02y Nº08 de fechas16 de febrero y 10 de junio de 2015.

Posteriormente se presento el escrito de ampliación de pretensiones con fecha 21 de mayo de 2015, la misma que fue admitida mediante resolución Nº08 de fecha 10 de junio de 2015.

4. CONTESTACION DE LA DEMANDA

EL HOSPITAL absolvió el traslado de la demanda y de la ampliación, con fechas 23 de marzo y 26 de junio de 2015 respectivamente y solicitando se declaren infundadas las pretensiones demandadas. La absolución del traslado de la demanda y su ampliación, fueron admitidas a trámite mediante Resoluciones Nº04 y N°09 de fechas 06 de abril y 01 de julio del 2015 respectivamente.

5. AUDIENCIA DE FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS

Con fecha 17 de julio de 2015, se llevó a cabo la Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos, con la presencia de los representantes de ambas partes.

a. Conciliación

Iniciada la Audiencia el Presidente del Tribunal Arbitral invocó a las partes para que lleguen a un acuerdo conciliatorio; las partes expresaron la imposibilidad de arribar al momento a una conciliación; sin embargo la posibilidad quedó abierta en adelante, en cualquier estado del proceso.

b. Fijación de puntos controvertidos

Luego de revisar las pretensiones planteadas y con el acuerdo de las partes se procedió a la aprobación de los Puntos Controvertidos, comprendiendo la demanda, su ampliación y las absoluciones a éstas.

Puntos Controvertidos:

1. **PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO.-** Corresponde con la Primera Pretensión Principal de la demanda: **Determinar si corresponde o no**, se cumpla con los términos del Contrato N° 142-2013-HMA y como consecuencia se haga entrega del original de la orden de compra que deba expedir el Hospital María Auxiliadora para proceder con la entrega de los bienes.
2. **SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO.-** Corresponde a la Segunda Pretensión Principal de la demanda: **Determinar si corresponde o no,** se pague una indemnización por daños y perjuicios a favor la contratista, por la demora inexcusable de la entidad emplazada, más intereses legales y gastos arbitrales y costas del proceso.
3. **TERCER PUNTO CONTROVERTIDO.-** Corresponde a la Primera Pretensión acumulada a la demanda: **Determinar si corresponde o no,** se declare la nulidad de la Resolución Directoral N° 298-2014-HMA-DG de fecha 09 de junio del 2014 que declaró nulo el Contrato N° 142-2013-HMA, y al consiguiente cumplimiento de la obligación contractual.

El Tribunal Arbitral, de conformidad con lo dispuesto por los Artículos 70º y 73º de la Ley de Arbitraje, fijará en el laudo los costos del arbitraje, determinando la parte que deberá asumirlo o de ser el caso la distribución de los mismos.

El Tribunal Arbitral dejó establecido que se reserva la facultad de analizar los puntos controvertidos en el orden que considere apropiado, sin que éste sea necesariamente el establecido en el Acta y que, de determinarse al pronunciarse sobre alguno de ellos, que carece de objeto pronunciarse sobre otros con los que guarde vinculación por la secuencia lógica de razonamiento, podrá omitir pronunciarse sobre estos últimos, expresando las razones de dicha omisión, sin que ello genere algún tipo de nulidad.

c. Admisión de medios probatorios

Se admitieron los medios probatorios ofrecidos por las partes, siguientes:

c.1 De CONTRATISTA:

- Se admite como medio probatorio los documentos ofrecidos por BIOMEDICAL en su Escrito de demanda **presentado con fecha 13 de febrero del 2015**, escrito N° 01 (demanda arbitral), enumerado en el Rubro Ofrecimiento de Pruebas en el literal a). Tratándose los medios de prueba admitidos en este párrafo de documento que ya obra en el expediente, no requieren de actuación.

  En relación a los documentos ofrecidos en los literales b), c) y d) no se admiten por no haberse anexado a los actuados.

  En relación al documento ofrecido en el literal e), se da cuenta que este medio ya ha sido ofrecido en el literal a) de los medios probatorios y admitido en este acto.

- Se admiten como medios probatorios los documentos ofrecidos por BIOMEDICAL en su Escrito de ampliación de pretensiones **presentado con fecha 21 de mayo del 2015**, escrito N° 03 (ampliación de demanda arbitral), denominados: Carta notarial N°09-2015-HMA-DG-OAJ de fecha 06 de mayo de 2015 y Resolución Directoral N°298-2014-HMA-DG de

fecha 09 de junio de 2014. Tratándose de medios de prueba admitidos en este párrafo de documentos que ya obra en el expediente, no requieren de actuación.

c.2 De La Entidad:

- Se admiten como medios probatorios todos los documentos ofrecidos por el HOSPITAL, tanto en su escrito de contestación a la demanda como en su ampliación de contestación, de fechas 23 de marzo y 22 de abril de 2015. En el primer escrito hacen suyas las pruebas ofrecidas por la contratista y en el segundo, se acompaña la Resolución Directoral Nº298-2014-HMA-DG de fecha 09 de junio de 2014, ya admitida en este acto. Tratándose todos los medios de prueba admitidos en este párrafo de documentos que ya obran en el expediente, no requieren de actuación.

6. PRESENTACIÓN DE ALEGATOS ESCRITOS

Tratándose todos los medios de prueba admitidos de documentos que ya obran en el expediente, no requieren de actuación y habiéndose cumplido con los actos correspondientes a la etapa postulatoria, el Tribunal Arbitral mediante Resolución Nº 10 de fecha 04 de agosto de 2015 se declaró innecesaria la realización de la etapa probatoria y se concedió a las partes un plazo de diez (10) días hábiles, para que presenten sus alegatos escritos, pudiendo solicitar el uso de la palabra.

Mediante escritos de fechas 31 de agosto y 02 de septiembre de 2015, BIOMEDICALy el HOSPITAL presentaron sus alegaciones escritas.

7. AUDIENCIA DE INFORME ORAL

No habiéndolo solicitado ninguna de las partes, no se programó audiencia de informes orales.

8. PLAZO PARA LAUDAR

De conformidad con las reglas del proceso, mediante la Resolución Nº 11 de fecha 14 de septiembre de 2015, se fijó el plazo para laudar en treinta (30)

días hábiles. Plazo que fuera ampliado a treinta (30) días adicionales, mediante resolución Nº12 de fecha 28 de octubre de 2015, siendo el vencimiento del plazo ampliado el 15 de diciembre de 2015.

VI. MARCO LEGAL APLICABLE PARA RESOLVER LA CONTROVERSIA

Conforme se señala en el numeral 08 del Acta de Instalación del Tribunal Arbitral, serán de aplicación al presente arbitraje, las reglas contenidas en el Acta referida, en Ley de Contrataciones del Estado, Decreto Legislativo N° 1071 modificada por Ley N° 29873 y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo Nº184-2008-EF y modificado por Decreto Supremo 138-2012-EF; supletoriamente, por la Ley de Arbitraje, el Decreto Legislativo Nº 1071.

Sin perjuicio de ello, en caso de insuficiencia o vacío de reglas, el Tribunal Arbitral queda facultado para resolver en forma definitiva del modo que considere apropiado, mediante la aplicación de principios generales del Derecho.

VII. CONSIDERANDO

1. CUESTIONES PRELIMINARES

Previo a analizar la materia controvertida, corresponde señalar lo siguiente: i) Que, este Tribunal Arbitral se constituyó de conformidad con el acuerdo suscrito entre las partes y las reglas establecidas en la LCE y su Reglamento, así como en la Ley de Arbitraje, estableciéndose que en caso de deficiencia o vacío de las reglas que anteceden, el Colegiado resolverá en forma definitiva del modo que considere apropiado; ii) que las partes no impugnaron o reclamaron de las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación; ii) Que, BIOMEDICAL, presentó su demanda con las pretensiones materia del presente Laudo dentro del plazo dispuesto y ejerció plenamente su derecho de defensa (iii) Que, el HOSPITAL, fue debidamente emplazado con las pretensiones materia de la demanda, la absolvió, y ejerció plenamente su derecho de defensa y asimismo;(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.

Considerando el marco legal aplicable a las controversias y utilizando los mecanismos de interpretación legal, el Tribunal Arbitral procederá a analizar y resolver el caso en función a las prestaciones que forman el contenido del contrato, las normas imperativas y supletorias pertinentes, con la finalidad de dilucidar el contenido de la relación obligatoria generada entre las partes y la solución de la controversia especifica en este caso, generada.

2. EL ORDEN DEL ANÁLISIS DE LA PRETENSIONES A RESOLVERSE

Habiendo hecho la introducción ya señalada, el Tribunal Arbitral en este acápite, como elementos de base del caso establecerá las situaciones acreditadas en el proceso, respecto de los cuales no hay controversia y aquellas otras no esclarecidas, todo ello con el objeto de definir la materia sobre la cual deberá pronunciarse en el presente Laudo.

Así, con los argumentos expuestos en los escritos de demanda, contestación, alegatos, así como a las pruebas aportadas y puestas a consideración en el presente arbitraje, corresponde en este estado la evaluación de los elementos indicados, con el objeto de determinar si corresponde o no amparar las pretensiones planteadas por BIOMEDICAL.

Los aspectos concernientes a la normativa, marco legal aplicable a los rubros en controversia, serán expuestos como elementos previos y necesarios al pronunciamiento; en conexión con ello, el análisis de las estipulaciones específicas sobre las obligaciones de los contratantes.

En orden de la lógica de la cuestión planteada a los fines de un adecuado análisis de lo que es el fondo materia de la controversia y en atención a su vinculación, el Tribunal Arbitral efectuara el análisis en conjunto las pretensiones contenidas en los Puntos Controvertidos y Tercero correspondientes a la Primera Pretensión Principales y la Primera Pretensión Acumulada de la demanda.

A continuación el análisis de los Puntos Controvertidos concluirá con el examen de la Segunda Pretensión Principal de la demanda, contenida en el

Segundo Punto Controvertido, en cuanto al extremo relativo a la determinación sobre la indemnización por daños y perjuicios y sus intereses reclamados por BIOMEDICAL.

Finalmente el Tribunal Arbitral, de conformidad con lo dispuesto por los Artículos 70º y 73º de la Ley de Arbitraje, se pronunciara sobre la determinación de los costos del arbitraje incluidos como un extremo de la Segunda Pretensión Principal de la demanda antes citada.

2.1 las situaciones acreditadas en el proceso, respecto de los cuales no hay controversia entre las partes.

i) El HOSPITAL otorgó a BIOMEDICAL la Buena Pro del Paquete: *Material Biomédico para Bioseguridad* de la Licitación Pública N° 00008-2013-HMA.

ii) El HOSPITAL y BIOMEDICAL suscribieron el Contrato el 20 de Diciembre del 2013.

iii) El HOSPITAL no entregóa BIOMEDICAL la Orden de Compra conforme al Contrato.

2.2. Las situaciones acreditadas en el proceso, respecto de los cuales hay discrepancia entre las partes.

i) El HOSPITAL manifiesta haber declarado la nulidad del Contrato con Resolución Directoral N° 298-2014-HNA-DG de 09 de junio del 2014.

ii) BIOMEDICAL manifiesta haber sido notificado conla nulidad del Contrato el 13 de mayo del 2015, con la Carta Notarial N° 09-2015-HMA-DG-OAL fechada al 06 de junio de 2015.

iii) BIOMEDICAL manifiesta que la LPAG no es aplicable para la nulidad del Contrato.

iv) BIOMEDICAL manifiesta la nulidad del Contrato solo procede por las causales que la LCE señala.

3. ANALISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS PRIMERO, SEGUNDO Y TERCERO

3.1. Descripción de los Puntos Controvertidos

PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO.- *Corresponde con la Primera Pretensión Principal de la demanda:* ***Determinar si corresponde o no****, se cumpla con los términos del Contrato N° 142-2013-HMA y como consecuencia se haga entrega del original de la orden de compra que deba expedir el Hospital Maria Auxiliadora para proceder con la entrega de los bienes.*

TERCER PUNTO CONTROVERTIDO.- *Corresponde a la Primera Pretensión acumulada a la demanda:* ***Determinar si corresponde o no,*** *se declare la nulidad de la Resolución Directoral N° 298-2014-HMA-DG de fecha 09 de junio del 2014 que declaró nulo el Contrato N° 142-2013-HMA, y al consiguiente cumplimiento de la obligación contractual.*

3.2. Posición de BIOMEDICAL

Sostiene BIOMEDICAL que, conforme a la Cláusula Segunda del contrato suscrito, se obligaron frente al HOSPITAL a entregar los bienes materia del contrato, de acuerdo a las características técnicas detalladas en las Bases del Proceso(parte integrante), de su propuesta técnica y económica, obligándose a cumplir y respetar cada una de las condiciones.

Señala que conforme a la cláusula cuarta: forma de pago, el HOSPITAL se obliga a pagar la contraprestación al BIOMEDICAL 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 materia del Contrato *(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 del 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.

Asimismo conforme a la cláusula sexta: plazo y condiciones de entrega, BIOMEDICAL, se obliga a entregar los bienes, **en un plazo de dos (02) días 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 (folio 305 del expediente de contratación), que serán coordinados con el jefe de Almacén Central del HOSPITAL y el Usuario.

Sostiene BIOMEDICAL que, conforme a la Cláusula Sexta del Contrato, debía emitirse y enviar las Órdenes de Compra para que, a partir de allí, estuvieran en posibilidad de cumplir con su prestación, que consistía en la entrega de los bienes materia del contrato; a pesar del tiempo transcurrido, alega BIOMEDICAL, hasta la fecha el HOSPITAL no ha cumplido con realizar la entrega de las referidas órdenes de compra.

BIOMEDICAL sostiene, que hasta el momento de absolver su escrito de ampliación de demanda, no se les había notificado ninguna resolución que declare la nulidad del Contrato N° 142-2013-HMA, que ello quedaría corroborado con la notificación de la Nulidad del Contrato mediante la Carta Notarial N° 09-2015-HMA-DG-OAL, del 13 de mayo del 2015 y que recién a esa fecha habría tomado conocimiento de la anulación del Contrato

BIOMEDICAL sostiene que la Procuraduría Pública del Ministerio de Salud no se ciñe a la verdad al referir que la Resolución Directoral N° 298-2014-HNA-DG que declaró la nulidad del Contrato fue oportuna y debidamente notificada 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 LCE, por lo que dicha decisión habría quedado consentida. Según BIOMEDICAL, no procede la nulidad de Contrato por la causal[1] invocada en la Resolución Directoral N° 298-2014-HMA-DG, por cuanto la Ley del Procedimiento Administrativo General, la Ley N° 27444, en adelante LPAG, es una norma de carácter general, no considera causales taxativas de la LCE, la ley especial en la materia, cuyo Artículo 56°[2] establece las

[1] La Resolución Directoral N° 298-2014-HMA-DG que declara la Nulidad del Contrato 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 de la Ley N° 2841, 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 (….)".*

[2] **Artículo 56°.- Nulidad de los actos derivados de los procesos de contratación.**

causales de anulación de los actos derivados de los procesos de contratación solo hasta antes de la celebración del contrato, entre las cuales no se contempla la causal invocada por el HOSPITAL.

3.3. Posición del HOSPITAL

Respecto de la pretensión de BIOMEDICAL referida a la omisión de la remisión el HOSPITAL señalar que mediante Resolución Directoral N° 298-2014-HMA.DG declaró la nulidad de diversos contratos y todos los actos derivados o vinculados a estos, entre ellos declaró la nulidad del Contrato materia del autos, por adolecer de nulidad absoluta, al haberse vulnerado el principio de legalidad contemplado en LPAG, por inobservancia del numeral 26.2° del Articulo 26° y 77.1° de la Ley N° 28411, del numeral 4.2° del Art. 4 de la Ley N° 29551 Ley del Presupuesto del Sector Público para el año Fiscal 2013, el Articulo 18° de la LCE y el Artículo 78° de la Constitución. Alega el HOSPITAL que la nulidad tiene sustento en el Informe N° 082-2014-OL-HMA del Jefe del Área de Licitaciones y Concursos sobre la procesos de selección llevados a cabo sin contar con la CERTIFICACION PRESUPUESTAL; asimismo alega que los procesos adolecen de diversas deficiencias verificas por sus áreas vinculadas.

Concluye el HOSPITAL manifestando que la Resolución Directoral N° 298-2014-HMA que declaró la nulidad del Contrato fue notificada oportunamente a BIOMEDICAL vía notarial, sin que haya impugnado en la vía de la conciliación o arbitraje dentro del plazo previsto en el Artículo

---

*"(...) El Titular de la Entidad declara de oficio la nulidad del proceso de selección, por las mismas causales previstas en el párrafo anterior, **solo 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 ampliación. En este supuesto, asumirán responsabilidad los funcionarios y servidores de la Entidad contratante, conjuntamente con los contratistas que celebraron irregularmente el contrato. (...)".*

144°[3]del Reglamento, y que en atención a ello, las pretensiones demandadas referidas a la entregar las órdenes de compra para la ejecución del Contrato resultan infundadas.

3.4. Decisión del TRIBUNAL ARBITRAL

Entrando en el análisis anotaremos que del examen de las cuestiones materia de los Puntos Controvertidos, los tópicos que estos comprenden y deben ser dilucidados, en el orden lógico son:

i) **Si corresponde o no,** se declare la nulidad de la Resolución Directoral N° 298-2014-HMA-DG de fecha 09 de junio del 2014 que declaró nulo el Contrato N° 142-2013-HMA, y al consiguiente cumplimiento de la obligación contractual.

ii) **Si corresponde o no**, se cumpla con los términos del Contrato N° 142-2013-HMA y como consecuencia se haga entrega del original de la orden de compra que deba expedir el Hospital María Auxiliadora para proceder con la entrega de los bienes.

Como se ha mencionado en acápite previo, el Contrato se rige por las disposiciones de la Ley de Contrataciones del Estado, Decreto Legislativo N° 1071 modificada por Ley N° 29873 y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo Nº184-2008-EF y modificado por Decreto Supremo 138-2012-EF. Asimismo las partes en el numeral 08 del Acta de Instalación del Tribunal Arbitral, precisaron que serán de aplicación al presente arbitraje, las reglas contenidas en el Acta referida, ratificando la aplicación de la Ley de Contrataciones del Estado, y su Reglamento; supletoriamente, por la Ley de Arbitraje, el Decreto Legislativo Nº 1071. Asimismo en caso de insuficiencia o vacío de reglas, el Tribunal Arbitral quedó facultado para resolver en forma

[3] La Resolución Directoral N° 298-2014-HMA-DG que declara la Nulidad del Contrato 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 de la Ley N° 2841, 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 (….)".*

definitiva del modo que considere apropiado, mediante la aplicación de principios generales del Derecho.

En ese contexto, es del caso dilucidar si son pertinentes los fundamentos legales, específicamente la causal de nulidad, alegados por el HOSPITAL respecto de la Resolución Directoral N° 298-2014-HMA-DG que declaró nulo el Contrato, esto es si tal nulidad tiene fundamento legal pertinente y suficiente en la LPAG, o si por el contrario como alega BIOMEDICAL la nulidad debe declararse por aplicación de la ley especial, en este caso la LCE que establece las causales de nulidad de los actos vinculados al proceso de selección hasta antes de la suscripción del Contrato.

En cuanto a la norma aplicable para la evaluación de la nulidad del Contrato, el referido Artículo 56° de la LCE, en su párrafo final[4] establece que el Árbitro Único o Tribunal Arbitral considerara las causales establecidas en la propia LCE y su Reglamento, y luego las causales de Nulidad aplicables y reconocidas en el derecho nacional, esto es decir que la LCE establece la prevalencia de la norma especial respecto de la norma general. Desde esa perspectiva el Tribunal Arbitral está persuadido que no existe duda sobre la aplicación de la LCE y su Reglamento en la evaluación de la nulidad del Contrato decidida por el HOSPITAL.

Así tenemos que, de la lectura de la norma acotada se desprende que con posterioridad a la suscripción del contrato, las entidades del Estado solo pueden declarar la nulidad por las causales contempladas en ella, siendo que como es notorio la Resolución Directoral N° 298-2014-HMA-DG que decide la Nulidad del Contrato es posterior a su suscripción, el fundamento de esta solo podría referirse a alguna de dichas causales.

De la lectura de los fundamentos de la propia Resolución DirectoralN° 298-2014-HMA-DG impugnada, es de verse que la nulidad del Contrato devendría por consecuencia de deficiencias en los actos preparatorios del proceso de

---

[4] **Artículo 56°.- Nulidad de los actos derivados de los procesos de contratación.**
"(...)
Cuando corresponda al árbitro único o al Tribunal Arbitral evaluar la nulidad del contrato, se consideraran 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".

selección previos a la suscripción del Contrato, del otorgamiento de la Buena Pro y probablemente de la convocatoria al proceso de selección, de responsabilidad de la administración del HOSPITAL.

Desde la perspectiva del Tribunal Arbitral, con posterioridad a la suscripción del Contrato por efecto de la aplicación del Convenio Arbitral(Cláusula Décimo Sétima del Contrato) de obligatoria inclusión en el mismo, las partes deben ajustar su actuación a las normas de la LCE y su Reglamento y eventualmente someter al mecanismo arbitral sus diferencias; sin embargo el HOSPITAL no ha recurrido a la posibilidad de resolver el Contrato al amparo de lo dispuesto por el Artículo 44°[5]de la LCE, como tampoco ha recurrido al arbitraje para discutir la imposibilidad de dar cumplimiento a las obligaciones contraídas con BIOMEDICAL.

Es de anotar que en ese sentido, la alegada vulneración de normas distintas a la LPAG que refiere la Resolución Directoral N° 298-2014-HMA-DG para decidir la nulidad del Contrato, no afectan a la prevalencia de la LCE mas podrían haberse constituido en elementos de juicio pertinentes, en caso el HOSPITAL hubiera optado por resolver el Contrato o por solicitar que tal resolución sea declarada en un arbitraje.

Otro aspecto que resulta necesario esclarecer es el referido al momento en que se pone en conocimiento de BIOMEDICAL la Resolución Directoral N° 298-2014-HMA-DG; como se ha anotado, el HOSPITAL manifiesta haber notificado oportunamente a su contraparte y que esta no sometió su desacuerdo al arbitraje en el plazo respectivo (15 días según el tercer párrafo del Artículo 170° del reglamento), por su lado BIOMEDICAL replica, alegando con el escrito de ampliación de su demanda (cuyo traslado es materia de la Resolución Nº08 de 10 de junio de 2015), que no fue notificada sino hasta el 13 de mayo de 2015. El HOSPITAL no niega tal hecho con su escrito de ampliación de su contestación a la demanda del 26 de junio de 2015, (admitido a trámite con Resolución N°09 de 01 de julio del 2015).

---

[5] **Articulo 44°.- Resolución de los contratos**
"Cualquiera de las partes podrá resolver el contrato, sin responsabilidad de ninguna de ellas, en caso fortuito o fuerza mayor que imposibilite de manera definitiva la continuación del contrato.
Cuando se resuelva el contrato, por causa s imputables a alguna de las partes, se deberá resarcir los daños y perjuicios ocasionados. (...)".

Respecto de la notificación de la Nulidad del Contrato recién el 13 de mayo de 2015 con la Carta Notarial N° 09-2015-HMA-DG-OAL según lo manifestado por BIOMEDICAL, no hay manifestación alguna del HOSPITAL en el curso del proceso, por el contrario BIOMEDICAL con su escrito de ampliación de pretensiones del 21 de mayo de 2015,sometió al arbitraje la nulidad de la Resolución Directoral N° 298-2014-HMA-DGy ofreció como medio probatorio la referida Carta Notarial N° 09-2015-HMA-DG-OAL de fecha 06 de mayo de 2015, documento admitido con tal calidad, conforme al Acta de la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos del 17 de julio de 2015.

Lo expuesto lleva al Colegiado a concluir que queda acreditada la fecha de notificación de la Resolución Directoral N° 298-2014-HMA-DG conforme a lo manifestado por BIOMEDICAL y desvirtuada la pretensión del HOSPTITAL en cuanto a que la nulidad no fue sometida al arbitraje dentro del plazo del Artículo 144° del Reglamento, habida cuenta que como se ha señalado, el 21 de mayo de 2015BIOMEDICALincluyósu desacuerdo en el presente arbitraje como una pretensión adicional (Primera Pretensión Acumulada, Tercer Punto Controvertido).

Como consecuencia de lo antes expuesto el Tribunal Arbitral ha arribado a la convicción que corresponde declarar la nulidad de la Resolución Directoral N° 298-2014-HMA-DG de fecha 09 de junio del 2014, que declaró nulo el Contrato N° 142-2013-HMA, y por consiguiente el HOSPITAL debe dar cumplimiento de la obligación contractual entregando a BIOMEDICAL, según los términos del Contrato, la orden de compra para proceder con la entrega de los bienes, objeto del mismo, amparándose ambas pretensiones.

4. ANALISIS DELSEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO

4.1. Descripción del Punto Controvertido

SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO.- Corresponde a la Segunda Pretensión Principal de la demanda: **Determinar si corresponde o no,** se pague una indemnización por daños y perjuicios a favor la contratista, por la demora inexcusable de la entidad emplazada, más intereses legales y gastos arbitrales y costas del proceso.

4.2. Posición de BIOMEDICAL

Sostiene BIOMEDICAL haber cumplido con importar los bienes y los mantiene en su almacén, lo cual le viene generando costos de almacenaje y sobrecostos económicos que les ocasiona el injustificado incumplimiento de parte del HOSPITAL.

4.3. Posición del HOSPITAL

El HOSPITAL haciendo mención a cuestiones doctrinarias, alega frente a la pretensión indemnizatoria de BIOMEDICAL, el cumplimiento del denominado Principio de Carga de la Prueba, previsto en el artículo del Código Procesal Civil, que impone a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos, la carga de probar.

Señala el HOSPITAL que se advierte fácilmente, que no estamos ante un daño consumado, sino que la pretensión se sustenta en conjeturas sin evidencia cierta que pueda producirse. Sobre la indemnización demandada por daño emergente, señala que BIOMEDICAL no ha presentado ninguna prueba fehaciente que acredite su obligación de indemnizar.

En el presente caso, añade que resulta evidente la ausencia de un elemento probatorio que demuestre *la relación causal* entre la conducta del HOSPITAL y el supuesto daño causado, por cuanto está sustentado en afirmación sin argumentación por lo que no puede configurarse el daño económico que se demanda.

Sobre los *factores de atribución* señala que el deber de indemnizar, atiende al dolo o culpa, en el caso no se aprecia la existencia de estos dos elementos, siendo inviable el deber de indemnizar.

4.3. Decisión del Tribunal Arbitral

Aprecia el Tribunal Arbitral que, en relación con la determinación sobre si corresponde o no, se pague una indemnización por daños y perjuicios a favor de BIOMEDICAL por la demora inexcusable del HOSPITAL,más intereses legales del caso, debe considerarse que la norma aplicable la LCE y su Reglamento, establecen en sus Artículos 44° y 170°[6]

[6] **Articulo 170°.- Efectos de la resolución**

respectivamente, que las partes se deben mutuamente el pago de los daños y perjuicios irrogados en caso de resolución del Contrato por responsabilidad de una de ellas.

Habida cuenta que, en el presente caso no se ha producido la resolución del vínculo contractual que constituye el sustento legal de la obligación de indemnizar a la parte perjudicada y que el Tribunal Arbitral está amparando la nulidad de la Resolución Directoral N° 298-2014-HMA-DG que declaró nulo el Contrato y disponiendo el cumplimiento de las obligaciones derivadas del mismo, no se ha dado el supuesto legal que lleve a dilucidar sobre la pretensión en examen, la misma que resulta improcedente por tal razón.

5. DETERMINACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL SOBRE LOS GASTOS ARBITRALES

5.1. Posiciones de las partes.

Frente a la demanda de BIOMEDICAL que incluye la condena de su contraparte con los costos de arbitraje; el HOSPITAL manifiesta que dado que declaró la nulidad del contrato por vicios insubsanables, acto administrativo no impugnado conforme a ley y siendo materialmente inviable el cumplimiento de los términos del Contrato, corresponde que declarándose infundada la demanda en todos sus extremos, se condene a BIOMEDICAL el pago de las costas y costos arbitrales.

5.2. Decisión del Tribunal Arbitral

En lo relativo a los costos del proceso, el numeral 1) del Artículo 72º del Decreto Legislativo Nº 1071, dispone que los árbitros se pronunciarán en el laudo arbitral sobre los costos indicados en su artículo 70º. Asimismo, el numeral 1) del artículo 73º del citado cuerpo normativo 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

"Si la parte perjudicada es la Entidad esta ejecutara las garantías que el contratista hubiera otorgado, sin perjuicio de la indemnización por los mayores daños y perjuicios irrogados.
Si la parte perjudicada es el contratista, la Entidad deberá reconocerle la respectiva indemnización por los daños y perjuicios irrogados, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad". (...)".

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 Convenio Arbitral contenido en Cláusula Décimo Sétima del Contrato, las partes no han establecido pacto alguno acerca de los costos y costas del proceso arbitral. Atendiendo a esta situación, corresponde que el Tribunal Arbitral se pronuncie sobre este tema de manera discrecional y apelando a su debida prudencia, en tal sentido, dispone que en vista de que en el presente Laudo se han resultado fundadas solo parte de las pretensiones demandadas, este hecho da la una pauta para que las partes asuman los costos del arbitraje de la siguiente forma: i) ambas partes cubrirán los costos irrigados por su respectiva defensa. ii) El HOSPITAL deberá asumir cada una el 50 % de los costos del proceso arbitral, incluyendo el costo de la pericia dispuesta a su pedido. iii) BIOMEDICAL asumirá el 50% de los costos del proceso arbitral, lo que incluye los honorarios de los árbitros y del secretario arbitral, la restitución de los costos asumidos por sustitución de la contraparte.

Por las razones expuestas, de acuerdo con lo establecido por la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento, como por lo dispuesto en la Ley General de Arbitraje, este Tribunal Arbitral, en DERECHO.

LAUDA:

PRIMERO: Declarar **FUNDADA la Primera Pretensión de la demanda** contenida en el PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO y , en consecuencia el HOSPITAL MARÍA AUXILIADORA deberá hacer entrega de la orden de compra en cumplimiento de los términos del Contrato N° 142-2013-HMA.

SEGUNDO: Declarar **IMPROCEDENTE el extremo de la indemnización por daños y perjuicios**, y sus intereses legales, reclamada por BIOMEDICAL CARE REPRESENTACIONES S.A.C. con la Segunda Pretensión Principal de la demanda contenida en el SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO.

TERCERO: Declarar **FUNDADA la Primera Pretensión acumulada de la demanda** contenida en el TERCER PUNTO CONTROVERTIDO, y en consecuencia NULA la Resolución Directoral N° 298-2014-HMA-DG de fecha 09 de junio del 2014 que declaró la nulidad del Contrato N° 142-2013-HMA.

CUARTO: DECLARAR que ambas partes deben asumir, cada una el 50 % de los costos del proceso, objeto de la determinación del TRIBUNAL ARBITRAL sobre los gastos arbitrales y del extremo la Segunda Pretensión Principal de la demanda contenida en el SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO, con el reembolso de los pagos por sustitución.

QUINTO: Se deja constancia que, el presente laudo no podrá ser registrado en el SEACE, al no haberse tenido la confirmación de parte de la Entidad, de haberse registrado los nombres de los miembros del Tribunal Arbitral, de conformidad con lo dispuesto en el Comunicado Nº 009-2013-OSCE/PRE, no obstante habérsele requerido.

SEXTO: Remítase al Organismo Superior de las Contrataciones del Estado OSCE, copia del presente Laudo Arbitral.

Notifíquese a las partes.

IVÁN GALINDO TIPACTI
Presidente

VICTOR MANUEL RODRIGUEZ BUITRÓN
Arbitro

HUMBERTO FLORES AREVALO
Arbitro

FRANCISCO VALDEZ HUARCAYA
Secretaria Arbitral