

109.701-2019
Caso Arbitral: Linde Gas Perú S.A.-
Hospital Nacional Dos de Mayo
Lima, 14 de febrero de 2019

Señor:
Representante Legal y/o Procurador Público
HOSPITAL NACIONAL DOS DE MAYO
Av. Arequipa N° 810, piso 9
Cercado de Lima
Presente. -

Ref.: Caso Arbitral: Linde Gas Perú S.A.- Hospital Nacional Dos de Mayo

Asunto: Remite Original de Laudo Arbitral

De mi consideración:
Por medio de la presente y en referencia al proceso arbitral se remite a usted el siguiente documento:

- Original de Laudo Arbitral de fecha 14 de febrero de 2019 que consta de diecisiete (17) folios.

Sin otro particular, aprovecho la ocasión para expresarle los sentimientos de mi mayor consideración y estima.
Atentamente,

TATIANA MEZA LOARTE
SECRETARIA ARBITRAL



RECEIVED
JUL 11 1964
U.S. AIR FORCE
HEADQUARTERS
WASHINGTON, D.C.

Árbitro Único
Ricardo Rodríguez Ardiles

Arbitraje seguido entre

LINDE GAS PERÚ S.A.

(Demandante)

y

HOSPITAL NACIONAL DOS DE MAYO

(Demandado)

LAUDO

Árbitro Único

Ricardo Rodríguez Ardiles

Secretaría Arbitral

Tatiana Meza Loarte

Árbitro ÚnicoRicardo Rodríguez Ardiles

Número de Expediente de Instalación: I106-2018

Demandante: LINDE GAS PERÚ S.A.

Demandado: HOSPITAL NACIONAL DOS DE MAYO

Contrato (Número y Objeto): Contrato Complementario del Contrato N° 219-2014-HNDM para el "Suministro de Oxígeno Medicinal"

Monto del Contrato: S/ 738,000.00 Soles.

Cuantía de la Controversia: S/ 738,000.00 Soles.

Tipo y Número de proceso de selección: Licitación Pública N°14-2013-HNDM

Monto de los honorarios del Árbitro Único: S/ 11,655.00 Soles

Monto de los honorarios de la Secretaría Arbitral: S/ 7,276.00 Soles

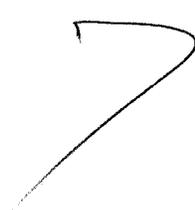
Árbitro Único: Ricardo Rodríguez Ardiles

Secretaría Arbitral: Tatiana Meza Loarte

Fecha de emisión del laudo: 14 de febrero de 2019

Número de folios: 17

Pretensiones (controversias relacionadas a las siguientes materias):

 Nulidad, invalidez, inexistencia y/o ineficacia del contrato Resolución de contrato Ampliación del plazo contractual Defectos o vicios ocultos Formulación, aprobación o valorización de metrados Recepción y conformidad Liquidación y pago Mayores gastos generales Indemnización por daños y perjuicios Enriquecimiento sin causa Adicionales y reducciones Adelantos Penalidades Ejecución de garantías Devolución de garantías

Árbitro Único

Ricardo Rodríguez Ardiles

En Lima, a los 14 días del mes de febrero del año 2019, el Árbitro Único luego de haber realizado las actuaciones arbitrales de conformidad con la Ley y las normas establecidas por las partes, actuados los medios probatorios, escuchado los argumentos sometidos y analizado en torno a las pretensiones planteadas en la demanda y contestación, dicta el Laudo siguiente:

De la Instalación del Árbitro Único Ad Hoc

1. Con fecha 22 de marzo del 2018, en la sede del OSCE se realizó la audiencia referida en los términos que se consigna en el acta respectiva.

De la Demanda

2. La empresa LINDE GAS PERÚ S.A. en adelante el Demandante o el Contratista o LINDE GAS con fecha 20 de abril de 2018 presentó su demanda arbitral estableciendo como petitorio lo siguiente:

Primera Pretensión: Se ordene al Hospital Nacional Dos de Mayo en adelante la Entidad o la Demandada efectúe el pago por el monto ascendente a S/ 738,000.00 Soles correspondiente a las prestaciones ejecutadas en el marco del Contrato Complementario del Contrato N° 219-2014-HNDM, en adelante el Contrato.

Pretensión Accesoría: Se ordene a la Demandada el pago de costas y costos del proceso arbitral.

3. Indica que con fecha 14 de marzo de 2014, celebró con la Entidad el Contrato N° 219-2014-HNDM con el objeto de brindar el suministro de oxígeno medicinal por la cantidad de 400,000.00 m³ a un precio unitario de S/ 6.15 Soles por metro cúbico, resultando un monto total de S/ 2'460,000.00 Soles.
4. Señala que al término de dicho Contrato, el 22 de diciembre de 2015, las partes suscribieron el Contrato Complementario del Contrato con el objeto de brindar el suministro de oxígeno medicinal de 120,00m³ (equivalente al 30% del monto del contrato original) por un total ascendente a S/ 738,000.00 Soles.
5. Refiere que llevó a cabo el suministro del oxígeno gaseoso medicinal sin haber recibido observación o reclamo alguno por parte de la Entidad.
6. Manifiesta que el suministro que efectuó se encuentra acreditado con las actas de lectura y guías remisión, que detalla a continuación:

Acta de Lectura	Guía de Remisión	Metros cúbicos atendidos
Acta de lectura de 30/11/2015	813-0005822	30,325
Acta de lectura de 30/12/2015	813-0005828	25,597
Acta de lectura de 27/01/2016	813-0005834	26,945
Acta de lectura de 26/02/2016	813-0005842	30,143

Acta de lectura de 30/03/2016	813-0005855	6,990
Total		120,000

7. Asimismo, precisa que cada una de las actas de lectura citadas, han sido debidamente suscritas por funcionarios del hospital no obstante, no ha recibido la contraprestación correspondiente.
8. Se remite a diversos artículos de la Ley y el Reglamento para sustentar su posición.
9. Concluye ofreciendo sus medios probatorios

De la Contestación de la Demanda

10. Con fecha 23 de mayo de 2018, la Entidad, contesta la demanda solicitando que se declare infundada en todos sus extremos y deduciendo excepción de caducidad.
11. Con relación a la contestación de la demanda, señala que la cláusula décima del Contrato N° 219-2014-HNDM de fecha 14 de marzo de 2014, establece que la conformidad será otorgada por: "(...) la oficina de Logística en coordinación con el Departamento de Farmacia y la Oficina de Servicios Generales de acuerdo a sus competencias".
12. Agrega respecto a las actas de lectura, lo siguiente:

El Acta de Lectura del 30/11/2015: no cuenta con la conformidad de la Oficina de Logística ni del Departamento de Farmacia ni de la Oficina de Servicios Generales.

El Acta de Lectura del 30/12/2015: no cuenta con la conformidad de la Oficina de Logística ni del Departamento de Farmacia ni de la Oficina de Servicios Generales.

El Acta de Lectura del 27/01/2016: no cuenta con la conformidad de la Oficina de Logística ni de la Oficina de Servicios Generales.

El Acta de Lectura del 26/02/2016: no cuenta con la conformidad de la Oficina de Logística, ni del Departamento de Farmacia ni de la Oficina de Servicios Generales.

El Acta de Lectura del 30/03/2016: no cuenta con la conformidad de la Oficina de Logística ni del Departamento de Farmacia ni de la Oficina de Servicios Generales.
13. Añade que, las actas de lectura no fueron suscritos por los funcionarios que representen válidamente a la Entidad.
14. En adición, indica que la Ley N° 27444 – Ley de Procedimiento Administrativo General consagra el principio de Legalidad, que dispone que la actuación de los sujetos requiere de una habilitación legal previa; a diferencia del derecho privado donde lo que no está prohibido está permitido. Asimismo, solicita se vea la Opinión N° 126-2012-DTN.

Árbitro Único
Ricardo Rodríguez Ardiles

15. Concluye ofreciendo medios probatorios.

Excepción Formulada por la Entidad

16. En el mismo escrito presentado el 23 de mayo de 2018, la Entidad formula excepción de caducidad contra el presente proceso arbitral.
17. Sostiene, que mediante el artículo 52.1 de la Ley se dispone que: “Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato, se resuelven mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes (...)”.
18. Señala que las controversias que surgían entre las partes durante la ejecución del contrato debían ser sometidas a conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes; para tales efectos, dichos procedimientos debían iniciarse antes de la culminación del contrato y dentro del plazo fijado en el anterior Reglamento¹, el cual constituía un plazo de caducidad general aplicable en tanto no se hubiera establecido un plazo especial (a cuyo efecto, se remite a la Opinión N° 092-2017-DTN)
19. Respecto a las actas de lectura, manifiesta que estos documentos datan del año 2015 y 2016, por lo que estima que ha transcurrido en exceso los plazos de caducidad establecidos en la normativa de contrataciones del Estado para someter a conciliación y/o arbitraje.
20. Asimismo, menciona que el Contratista señaló que el arbitraje se inició a través de la solicitud del 20 de noviembre de 2017, habiendo transcurrido más de un año del último documento en controversia que data del 30 de marzo de 2016.

Absolución a la Excepción del Contratista

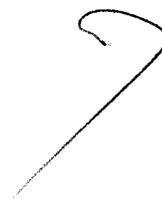
21. El 05 de junio de 2018, Linde Gas Perú S.A. absuelve el traslado de la excepción formulada, manifestando lo siguiente:
22. El Demandante señala que, en la cláusula sexta del Contrato Complementario, se indicó expresamente que dicho contrato finaliza con la recepción, conformidad y pago de la última prestación pactada; por lo que señala que a la fecha no se ha producido pago de las prestaciones ejecutadas, es decir; aun no se encuentra culminado el Contrato.
23. Agrega que su representada está plenamente facultada para iniciar el proceso arbitral, debido a que no se ha producido el pago por parte de la Entidad.
24. Respecto a la conformidad del Departamento de Farmacia en coordinación con la Oficina de Servicios Generales y Mantenimiento precisa que ha cumplido con ejecutar íntegramente las prestaciones pactadas, debido a que se realizó el íntegro de

¹ El artículo 214 del anterior Reglamento establecía que cualquiera de las partes tenía el derecho a solicitar una conciliación dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 144, 170, 175, 176, 177, 179, 181, 184, 199, 201, 209, 210, 211 y 212, en concordancia con lo dispuesto en el numeral 52.2 del artículo 52 de la anterior Ley. Por su parte, el artículo 215 del anterior Reglamento indicaba que cualquiera de las partes tenía el derecho a iniciar el arbitraje dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 144, 170, 175, 176, 177, 179, 181, 184, 199, 201, 209, 210, 211 y 212, de conformidad con lo señalado en el numeral 52.2 del artículo 52 de la anterior Ley.

- suministro de oxígeno contratado, sin observación alguna por parte de la Entidad.
25. Recalca que cumplió con realizar el íntegro del suministro de oxígeno requerido y que se encuentra ejecutado con las actas de lectura, adicionalmente señala que se ha entregado las facturas correspondientes a dicho suministro.

AUDIENCIA DE CONCILIACION, FIJACION DE PUNTOS CONTROVERTIDOS, ADMISION Y ACTUACION DE MEDIOS PROBATORIOS E INFORMES DE HECHOS

26. El 17 de julio de 2018, se llevó a cabo la Audiencia correspondiente, conjuntamente con los representantes de cada parte, asimismo, las partes señalan su voluntad de llegar a un acuerdo conciliatorio, a cuyo efecto, solicitan un plazo de noventa (90) días calendarios, precisándose que, de alcanzarse un acuerdo conciliatorio, el mismo será homologado. Vencido dicho plazo sin que haya comunicación de las partes, el arbitraje se reiniciará.
27. El 07 de noviembre de 2018, se llevó a cabo la Audiencia correspondiente, conjuntamente con los representantes de cada parte, sin embargo, en ese acto, las partes manifiestan su voluntad de conciliar, a cuyo efecto solicitan la postergación de la mencionada audiencia. En caso de no alcanzarse un acuerdo conciliatorio, las partes quedan convocadas para el jueves 20 de diciembre de 2018.
28. El 20 de diciembre de 2018, se llevó a cabo la Audiencia correspondiente, conjuntamente con los representantes de cada parte, asimismo, las partes señalan que les es imposible arribar en un acuerdo conciliatorio, por lo que, no se pudo llegar a un acuerdo conciliatorio.
29. En esta audiencia el Árbitro Único, decidió resolver la excepción de caducidad formulada por el Hospital Nacional Dos de Mayo, con la emisión del Laudo Arbitral o un acto anterior.
30. A continuación, se determinaron los puntos controvertidos, de acuerdo a lo siguiente:
- Primer Punto Controvertido:** Determinar si corresponde o no que el Hospital Dos de Mayo pague las prestaciones ejecutadas por Linde Gas Perú S.A. por la suma de S/ 738,000 (Setecientos treinta y ocho mil con 00/100 soles), más los intereses legales que se generan hasta el momento efectivo del pago.
- Segundo Punto Controvertido:** Determinar si corresponde o no ordenar al Hospital Dos de Mayo asuma el pago de las costas y costos del proceso.
31. Acto seguido, se admitieron los medios probatorios ofrecidos por las partes.
32. Asimismo, se declaró cerrada la etapa probatoria.
- #### OTRAS ACTUACIONES ARBITRALES
33. Con fecha 26 y 28 de diciembre de 2018, la Entidad y el Contratista, respectivamente, presentan sus alegatos escritos.



Árbitro Único
Ricardo Rodríguez Ardiles

34. La Resolución N° 15 de fecha 21 de enero de 2019, declaró que el presente proceso se encuentra expedito para laudar y que el laudo será emitido en el plazo de treinta (30) días útiles, contados a partir del día siguiente de notificada la referida resolución.
35. En la fecha, se procede a laudar.

DEL ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

36. Antes de analizar las materias controvertidas, corresponde confirmar lo siguiente: (i) que, este Árbitro Único se constituyó de conformidad con lo pactado por las partes; (ii) que, no se le ha recusado o se ha impugnado o reclamado contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación; (iii) que, Linde Gas Perú S.A. presentó su demanda dentro del plazo dispuesto; (iv) que, el Hospital Nacional Dos de Mayo cumplió dentro del plazo con presentar la contestación de su demanda; (v) que, las partes han tenido la oportunidad para ofrecer y actuar todas sus pruebas, así como la facultad de presentar sus alegatos escritos, y han tenido la oportunidad de presentar sus informes orales; y, (vi) que, el Árbitro Único ha procedido a laudar dentro del plazo fijado.
37. Asimismo, el Árbitro Único considera que los medios probatorios deben tener por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza, respecto de los puntos controvertidos y fundamentar las decisiones, conforme a los principios generales de la prueba, necesidad, originalidad, pertinencia y utilidad de la prueba
38. En esa línea, el Árbitro Único declara haber revisado todos y cada uno de los medios probatorios presentados, analizándolos y adjudicándoles el mérito que les corresponde, aun cuando en el Laudo no se haga mención expresa a alguno o algunos de ellos o al valor probatorio asignado.
39. Considerando que el referente regulatorio de las partes es la Ley de Contrataciones del Estado aprobado mediante Decreto Legislativo N° 1017 y su Reglamento aprobado mediante el Decreto Supremo N 184-2008-EF, es pertinente señalar que cuando se haga mención a “la Ley” o “LCE” se deberá entender a la Ley de Contrataciones y cuando se mencione “el RLCE” o “el Reglamento” deberá entenderse al Reglamento de esa Ley.

EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD

40. En forma previa al análisis de los puntos controvertidos, el Árbitro Único decide emitir pronunciamiento respecto a la excepción de caducidad. En esa línea, la Entidad considera que ha caducado el plazo para someter a conciliación y/o arbitraje el presente caso, ya que cualquier controversia relativa al cumplimiento del Contrato debía ser planteada al momento del último documento en controversia, es decir al Acta de Lectura de fecha 30 de marzo de 2016; por lo cualquier discusión planteada luego de dicha oportunidad, debe tenerse como extemporánea.
41. Al respecto, el artículo 52.2 de la Ley (Decreto Legislativo 1017 modificado por la Ley 29873) aplicable al caso materia de autos, dispone que:

52.2 Los procedimientos de conciliación y/o arbitraje deben solicitarse en cualquier momento

anterior a la fecha de culminación del contrato. Para los casos específicos en los que la materia en controversia se refiera a nulidad de contrato, resolución del contrato, ampliación de plazo contractual, recepción y conformidad de la prestación, valorizaciones o metrados, liquidación del contrato y pago, se debe iniciar el respectivo procedimiento dentro del plazo de quince (15) días hábiles conforme lo señalado en el Reglamento.

42. La caducidad es definida como el instituto “mediante el cual, el transcurso del tiempo extingue el derecho y la acción correspondiente, en razón de la inacción de su titular durante el plazo pre fijado por la ley o la voluntad de los particulares”².
43. Torres Vásquez señala que la caducidad se entiende como el medio por el cual el transcurso del tiempo extingue el derecho y la acción correspondiente en razón de la inacción de su titular durante el plazo fijado por la ley o la voluntad de las partes³.
44. Rodríguez Ardiles⁴ señala que la “caducidad conlleva la acción o el efecto de caducar, esto es, perder su fuerza por una disposición legal o un derecho. En doctrina se entiende como una sanción por la falta del ejercicio oportuno de un derecho. La norma legal subordina la adquisición de un derecho a una manifestación de voluntad en cierto plazo o bien permite una opción. Si esa manifestación no se produce en ese tiempo, se pierde el derecho o la opción”.
45. En palabras de Ariano Deho, “tratándose de caducidad, por la especificidad de sus supuestos, el legislador parece manifestar que determinada situación jurídica sí es protegida por el ordenamiento, pero con cierto disfavor, de allí que lo sea solo por determinado lapso temporal, transcurrido el cual ya no, en cuento existe otro interés mereces de mayor protección”⁵.
46. Asimismo, Vidal Ramírez⁶ sostiene que “tratándose de la caducidad el orden público es más acentuado que en la prescripción, puesto que su elemento más importante es el plazo previsto en la ley de cada caso en que se origine un derecho susceptible de caducidad. En este instituto, más que en la prescripción, se aprecia el imperativo de la ley por definir o resolver una situación jurídica o su cambio”.
47. La caducidad, en sentido estricto, viene a ser la pérdida del derecho a entablar una demanda o proseguir la demanda iniciada en virtud a que no se planteó la pretensión procesal dentro del plazo señalado por ley. Desde el punto de vista jurídico, la caducidad importa la extinción y terminación por falta de uso o por vencimiento del plazo fijado en la ley.
48. Dado el carácter irreversible de la caducidad, su aplicación no se encuentra sujeta a

² CASTILLO FREYRE, Mario y SABROSO MINAYA, Rita. *El Arbitraje en la Contratación Pública*. Pág. 135. Palestra. Primera edición, setiembre 2009.

³ TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Código Civil*. Lima, 1993, p. 677.

⁴ RODRÍGUEZ ARDILES, Ricardo. *La caducidad del arbitraje en la Contratación con el Estado*. En *Revista Peruana de Derecho Administrativo Económico*. Lima, Grijley Editores, 2006, n° 1, P 334.

⁵ ARIANO DEHO, Eugenia. “Reflexiones sobre la prescripción y caducidad a los treinta años de vigencia del Código Civil”. En *Themis* N° 66, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2014, p.334.

⁶ VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *La Prescripción y la caducidad en el Código Civil Peruano con un estudio de su relación jurídica*. Lima, Editorial Cultural Cuzco, 1885, pág. 204. Citado por CASTILLO FREYRE, Mario y SABROSO MINAYA, Rita. *El Arbitraje en la Contratación Pública*.

Árbitro Único
Ricardo Rodríguez Ardiles

interpretaciones extensivas, menos aún mediante analogía o inducción, por lo que sus efectos surtirán en la medida en que el supuesto de hecho coincida con lo que se encuentra explícitamente previsto en la norma respectiva. Dicho en otras palabras, su procedencia requiere que prevea la caducidad de forma explícita, precisa y clara.

49. Llevado al presente caso, el Árbitro Único precisa que el último párrafo del artículo 181 del Reglamento dispone que:

“(…) Las controversias en relación a los pagos que la Entidad debe efectuar al contratista podrán ser sometidas a conciliación y/o arbitraje dentro del plazo de quince (15) días hábiles siguientes de vencido el plazo para hacer efectivo el pago.” (Subrayado nuestro)

50. Por otro lado, y como anteriormente se ha citado, el artículo 52.2 de la Ley de Contrataciones aplicable al presente caso señala:

“52.2. Los procedimientos de conciliación y/o arbitraje deben solicitarse en cualquier momento anterior a la fecha de culminación del contrato. Para los casos específicos en los que la materia en controversia se refiere a la nulidad del contrato, resolución del contrato, ampliación de plazo contractual, recepción y conformidad de la prestación, valorizaciones o metrados, liquidación del contrato y pago, se debe iniciar el respectivo procedimiento dentro del plazo de quince (15) días hábiles conforme a lo señalado en el reglamento. Todos los plazos previstos son de caducidad.” (Subrayado nuestro)

51. De la lectura de los artículos previamente glosados, se desprende que los mecanismos de solución de controversia se activarán en la medida que exista una controversia dicho en otras palabras, las partes recurren a un arbitraje para solucionar las controversias derivadas de la ejecución contractual.
52. En este punto, corresponde preguntarse ¿Qué se entiende por controversia? Etimológicamente, la Real Academia de la Lengua Española define controversia como una discusión de opiniones contrapuestas entre dos o más personas.
53. Dentro de la doctrina, encontramos que Francesco Carnelutti denominó controversia como “aquella situación que se produce cuando los sujetos titulares de los intereses en conflicto hacen manifiestas sus posiciones contrarias, discutiéndolas, contradiciéndolas o contraviniéndolas”⁷.
54. Entonces, podemos concluir que una controversia será aquella donde las partes manifiestan y sustentan posiciones contradictorias o distintas, de modo tal, que es necesario la intervención de un tercero – mediante el arbitraje – a efectos de dilucidar dicha controversia, así “Los hechos controvertidos pues, serán los únicos sobre los

⁷ CARNELUTTI, Francesco, Sistema de Derecho Procesal Civil. Traducción de Niceto Alcalá Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo. Volumen 1. Buenos Aires: UTEHA citado por PANDURO MEZA, Lisbeth en *Aplicabilidad de las instituciones procesales en el Arbitraje*. Tesis, 2011. Ver: http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/793/PANDURO_MEZA_LIZBETH_APLICABILIDAD_INSTITUCIONES.pdf?sequence=1&isAllowed=y



que se llevará a cabo el debate procesal”⁸.

55. Con ello, podemos igualmente expresar que no será controversia aquellos hechos donde las partes ciertamente, no formulen cuestionamientos, en consecuencia, debe tenerse como ciertos y “no cabrá discusión sobre ellos”⁹.
56. Surge la pregunta, ¿Qué constituye la controversia en el presente caso? Revisado el expediente arbitral, podemos señalar que se ha producido un atraso en el pago. Bajo este estado, nos preguntamos, ¿Cuál es la consecuencia jurídica del atraso en el pago? Para ello, corresponde remitirse al artículo 48 de la LCE se indica que:

“en caso de atraso en el pago por parte de la Entidad, salvo que se deba a caso fortuito o fuerza mayor, ésta reconocerá al contratista los intereses legales correspondientes.

57. Similar sentido, se encuentra en el artículo 181 del Reglamento:

“(…) en caso de retraso en el pago, el contratista tendrá derecho al pago de intereses conforme a lo establecido en el artículo 48 de la Ley, contado desde la oportunidad en que el pago debió efectuarse”.

58. En efecto, la norma no establece que el reclamo del atraso en el pago se encuentre sujeta a un plazo de caducidad de quince (15) días hábiles; por el contrario, la única consecuencia jurídica es el reconocimiento de los intereses.
59. Conforme a lo descrito y a la luz de la normativa aplicable, el Árbitro Único expresa que la aplicación de la referida caducidad prevista en el artículo 52.2 de la Ley se encuentra circunscrita a la existencia de una controversia respecto al pago, sin embargo, en el presente caso, se ha producido según lo analizado, un atraso en el pago. En consecuencia, el Árbitro Único concluye que la acción arbitral iniciada por el Demandante no se encuentra caduca y el Árbitro Único es competente para analizar cada una de las pretensiones.

Primer Punto Controvertido: Determinar si corresponde o no que el Hospital Dos de Mayo pague las prestaciones ejecutadas por Linde Gas Perú S.A. por la suma de S/ 738,000 (Setecientos treinta y ocho mil con 00/100 soles), más los intereses legales que se generan hasta el momento efectivo del pago.

60. El Contratista solicita como primera pretensión, que la Entidad pague las prestaciones ejecutadas. En ese sentido, resulta pertinente transcribir dichas entregas establecidas en el Contrato Complementario:

“CLAÚSULA CUARTA: MONTO CONTRACTUAL

El monto total del presente contrato asciende a S/. 738,000.00 (Setecientos treinta y ocho mil con 00/100 NUEVOS SOLES) este Monto comprende el costo del servicio, seguros e impuestos, así como todo aquello que sea necesario para la correcta ejecución de la prestación materia del presente contrato.

⁸ SALAS VILLALOBOS, Sergio. *Saneamiento procesal y fijación de puntos controvertidos para la adecuada conducción del proceso.* En IUS ET VERITAS N° 47, Lima, diciembre 2013, p. 222.

⁹ SALAS VILLALOBOS, Sergio. *Saneamiento procesal y fijación de puntos controvertidos para la adecuada conducción del proceso.* En IUS ET VERITAS N° 47, Lima, diciembre 2013, p. 222.

Árbitro Único
Ricardo Rodríguez Ardiles

El presente contrato está conformado por la oferta ganadora y los documentos derivados del proceso de selección que establezcan obligaciones para las partes, de acuerdo al siguiente detalle:

Item Nº	DESCRIPCION	CONTRATO COMPLEMENTARIO HASTA X EL 33%				
		Unidad de Medida	Precio Unitario	Monto total del contrato original	Cantidad	Monto total por contrato complementario hasta El 30%
01	SUMINISTRO DE OXÍGENO MEDICINAL	M3	400,000	2,460,000.00	120,000	738,000.00
ENTREGAS						
I		II		III		IV
30,000 M3		30,000 M3		30,000 M3		30,000 M3
184,500.00		184,500.00		184,500.00		184,500.00

”

“CLÁUSULA QUINTA: FORMA DE PAGO

La ENTIDAD se obliga a pagar la contraprestación a EL CONTRATISTA en nuevos soles, la que se efectuarán en pagos periódicos después de ejecutada la respectiva prestación y 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.

Para tal efecto, el responsable de dar la conformidad de la prestación deberá hacerlo en un plazo que no excederá de los diez (10) días de ser estos recibidos”.

61. Al respecto, el Contratista señaló en su demanda arbitral, que con las Actas de Lectura y las guías de remisión acredita el cumplimiento de sus obligaciones. La defensa de la Entidad reposa en que el Contratista no presenta conformidad alguna emitida por la Entidad que demuestre el derecho a pago; es decir que la conformidad la emite la Oficina de Logística, el Departamento de Farmacia y la Oficina de Servicios Generales;
62. Al respecto, el Árbitro Único considera relevante tener en cuenta el procedimiento previsto para la conformidad y pago de los productos.
63. El artículo 176 del Reglamento establece el procedimiento para la recepción y conformidad.

"Artículo 176.- Recepción y conformidad

La recepción y conformidad es responsabilidad del órgano de administración o, en su caso, del órgano establecido en las Bases, sin perjuicio de lo que se disponga en las normas de organización interna de la Entidad.

La **conformidad** requiere del informe del funcionario responsable del área usuaria, quien deberá **verificar, dependiendo de la naturaleza de la prestación**, la calidad, cantidad y cumplimiento de las condiciones contractuales, debiendo realizar las **pruebas que fueran necesarias**".
(Énfasis agregado)

64. De manera complementaria, el artículo 177 del RLCE señala:

"Artículo 177.- Efectos de la conformidad

Luego de haberse dado la conformidad a la prestación se genera el derecho al pago del contratista.

Efectuado el pago culmina el contrato y se cierra el expediente de contratación respectivo".

(Subrayado y negrita son agregados)

65. Una vez otorgada la conformidad prevista en el artículo 176 del Reglamento, el artículo 181 del citado cuerpo normativo dispone la procedencia del pago:

"Artículo 181.- Plazos para los pagos

La Entidad deberá pagar las contraprestaciones pactadas a favor del contratista en la oportunidad establecida en las Bases o en el contrato. **Para tal efecto, el responsable de otorgar la conformidad de recepción de los bienes o servicios, deberá hacerlo en un plazo que no excederá de los diez (10) días calendario de ser éstos recibidos"**.

(Subrayado y negrita son agregados)

66. Por su parte, en el Contrato se dispuso en la Cláusula Décima, el procedimiento para la conformidad del Servicio:

CLÁUSULA DÉCIMA: CONFORMIDAD DE RECEPCIÓN DE LA PRESTACIÓN

La conformidad de recepción de la prestación se regula por lo dispuesto en el artículo 176 del Reglamento (...).

De existir observaciones se consignarán en el acta respectiva, indicándose claramente el sentido de estas, dándose al contratista un plazo prudencial para su subsanación, en función a la complejidad del bien. Dicho plazo no podrá ser menor de dos (2) ni mayor de diez (10) días calendario. Si pese al plazo otorgado, el contratista no cumpliera a cabalidad con la subsanación, la Entidad podrá resolver el contrato, sin perjuicio de aplicar las penalidades que corresponda.

Este procedimiento no será aplicable cuando los bienes manifiestamente no cumplan con las características y condiciones ofrecidas, en cuyo caso la Entidad no efectuará la recepción, debiendo considerarse como no ejecutada la prestación, aplicándose las penalidades que correspondan.

67. En el Contrato de Contratación Complementaria en la Cláusula Sexta, el procedimiento para la conformidad del Servicio:

CLÁUSULA SEXTA: VIGENCIA, RECEPCIÓN Y CONFORMIDAD DEL CONTRATO

La vigencia del presente contrato se inicia desde el día siguiente de su suscripción y finaliza con la recepción, conformidad y pago de la última prestación pactada, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 149 y 151 del D.S.N° 184-2008-EF (...).

68. En este punto, el Tribunal Arbitral Unipersonal estima pertinente tener en cuenta la buena fe. Debido a que, si bien no existe consenso al establecer una definición fija de lo que debe entenderse por buena fe contractual, sí podemos exponer respecto a las formas de la buena fe, teniendo por un lado a la buena fe subjetiva y por el otro a la buena fe objetiva.

Árbitro Único

Ricardo Rodríguez Ardiles

69. Para Puig Brautau¹⁰ “la buena fe es la intención con que obran las personas o la creencia con que lo hacen. El sujeto recibe del Derecho un tratamiento favorable por encontrarse en la creencia, nacida de un error excusable, de que su conducta está en conformidad con el ordenamiento jurídico, añadiendo en seguida que se trata de un estado psicológico que el ordenamiento jurídico valora para determinar el tratamiento que el sujeto ha de recibir. La norma aplicable será elegida a través de la averiguación y determinación de cuál ha sido la efectiva creencia o intención personal del sujeto.”
70. Por su parte la buena fe objetiva opera como un modelo de conducta social debida, al cual se debe adaptar el comportamiento de la persona que integra la relación jurídica. En tal sentido, es una norma de conducta que impone un deber de fidelidad, de lealtad, de honestidad, de probidad y de cooperación. Se parte de la idea que no se debe aprovechar indebidamente de otro en su debilidad o en su desconocimiento, y se refiere al actuar debido del hombre que procede con la diligencia media. Díez – Picazo y Güllón¹¹ consideran que “la buena fe es lo que se ha llamado un standard jurídico, es decir, un modelo de conducta social o, se prefiere, una conducta socialmente considerada como arquetipo, o también una conducta que la conciencia social exige conforme a un imperativo ético dado.”
71. Por su parte, Francesco Messino¹² señala que la observancia de “la buena fe objetiva (lealtad) por parte de los contratantes (acreedor y deudor) significa que el acreedor no debe pretender más, en el ejercicio de su crédito, ni el deudor puede rehusarse a dar menos, en el cumplimiento de su obligación, de lo que exige el sentido de la probidad, habida cuenta de la finalidad del contrato.” (sub. ag.)
72. Finalmente, respecto a la buena fe contractual, debemos precisar que una vez suscrito el contrato e iniciada la etapa de la ejecución contractual, tanto el acreedor como el deudor tienen el deber de ejecutar las prestaciones que son el contenido de las obligaciones constitutivas de la relación jurídica.
73. En este sentido, la buena fe que se exige en la mencionada etapa contractual es, pues, el deber de ejecutar las prestaciones, actuando cada parte lealmente, a fin de que las prestaciones a cargo de una parte se cumplan de manera que sean coherentes con la finalidad del contrato y conforme a quien procede con un estándar de diligencia media, sin que sea admisible que una parte proceda con ejercicio abusivo del derecho. De esta forma se crea entre el deudor y el acreedor un deber de colaboración mutua para alcanzar la finalidad deseada de manera que mejor convenga a los recíprocos intereses de ambos, sin desnaturalizar lo estipulado en el contrato.
74. En la contratación pública, la aplicación del principio de buena fe, deriva del artículo 103 de la Constitución Política del Estado que prohíbe el ejercicio abusivo del derecho y del principio de equidad previsto en el literal I) del artículo 4 de la Ley, según el cual “las prestaciones y derechos de las partes deberán guardar razonable relación de

¹⁰ PUIG BRUTAU, José. Introducción al Derecho Civil. Bosch, Casa Editorial S.A., Barcelona, 1981, página 415.

¹¹ DIEZ PICAZO, Luis y GÜLLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil. Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1967. Tomo II, página 428.

¹² MESSINEO, Francesco. Doctrina general del contrato. Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1986. Tomo II, página 206.

equivalencia y proporcionalidad, sin perjuicio de las facultades que corresponden al Estado en la gestión del interés general”

75. En consecuencia, en la contratación pública y durante la ejecución contractual, rige el principio de buena fe (y la proscripción del ejercicio abusivo del derecho) y el principio de equidad, según el cual, las prestaciones y derechos de las partes deben guardar razonable equivalencia y proporcionalidad. De conformidad con el artículo 4 de la Ley, los referidos principios sirven de criterio interpretativo e integrador para la aplicación de la Ley y su Reglamento y como parámetros de actuación de los funcionarios responsables de las contrataciones, así como de los contratistas, por lo que también son aplicables en sede arbitral.
76. En el presente caso, el Demandante señala que cumplió con las prestaciones a cuyo efecto, se remite a las siguientes actas de lectura donde constan sello con fecha de ingreso y conformidad del almacén de la Entidad:

Acta de Lectura	Guía de Remisión	Metros cúbicos atendidos
Acta de lectura de 30/11/2015	813-0005822	30,325
Acta de lectura de 30/12/2015	813-0005828	25,597
Acta de lectura de 27/01/2016	813-0005834	26,945
Acta de lectura de 26/02/2016	813-0005842	30,143
Acta de lectura de 30/03/2016	813-0005855	6,990
Total		120,000

77. Dichas actas de lectura se encuentran acompañadas por guías de remisión donde consta sello del Almacén. Sobre ello, la Entidad refiere que el Contratista no ha presentado las conformidades respectivas.
78. Al contrario de la opinión de la Entidad, a consideración del Árbitro Único, recaía en la Entidad acreditar que dichas actas de lectura y guías de remisión, no correspondían al Contrato Complementario.
79. Entonces, si el Contratista cumplió con la prestación de suministrar oxígeno medicinal, ¿Cuál fue la acción de la Entidad?
80. Así, conforme a la aplicación del principio de legalidad¹³, correspondía a la Entidad emitir pronunciamiento ya sea observando la prestación a cargo del Contratista o ya sea otorgando la conformidad.
81. En el presente caso, se advierte que, en el marco del Contrato, la Entidad ciertamente, no dispuso acción alguna derivada del artículo 176 del Reglamento, es decir, no formuló observaciones ni cuestionamientos al suministro de oxígeno

¹³ Cabe señalar que la Entidad hace referencia a la Opinión N°126-2012-DTN de fecha 28 de diciembre de 2012 no obstante, dicha opinión está referida a las prestaciones adicionales que no cuentan con autorización del Titular de la Entidad, supuesto no aplicable en el presente caso.

Árbitro Único

Ricardo Rodríguez Ardiles

- entregados tampoco emitió conformidad alguna menos aún, declaró que el suministro de oxígeno medicinal no cumplía con las especificaciones técnicas requeridas, simplemente guardó silencio. Téngase en cuenta que en el iter arbitral la Entidad no ha tachado los documentos presentados por el demandante sino que los ha tildado de insuficientes al mencionar que las firmas que aparecen en los mismos no son de funcionarios competentes, extremo que no ha podido corroborar con prueba alguna.
82. En esa línea, el Árbitro Único considera que la falta de pronunciamiento por parte de la Entidad ciertamente, no puede derivar en que el Contratista quede afecto o perjudicado por la falta de pronunciamiento de aquella, máxime aun cuando la Entidad no ha negado que en efecto, se haya cumplido con el suministro de oxígeno medicinal; ya que la defensa de ésta únicamente se sustenta en la emisión de un documento de carácter interno – Acta de Lectura de Registrados de Consumo de Oxígeno Líquido Medicina – que señala que la firma es señal de conformidad – respecto de cuya emisión no tiene mayor injerencia el Contratista.
83. En esa línea, dado que, a la fecha, la Entidad no ha emitido observación alguna respecto a incumplimiento del suministro de oxígeno medicinal, el Árbitro Único asume convicción en base a las pruebas aportadas y actuadas que la Entidad recibió a satisfacción el suministro de oxígeno medicinal materia del Contrato y en ese sentido, considera que es pertinente atender a lo solicitado por el Contratista y ordenar el pago de la suma de S/ 738,000 (Setecientos treinta y ocho con 00/100 Soles) correspondiente a la contraprestación por la ejecución del Contrato Complementario.
84. El artículo 48 de la LCE dispone que “en caso de atraso en el pago por parte de la Entidad, salvo que se deba a caso fortuito o fuerza mayor, ésta reconocerá al contratista los intereses legales correspondientes. Asimismo, el artículo 181 del Reglamento dispone el momento a partir del cual, los intereses empiezan a correr: “(...) en caso de retraso en el pago, el contratista tendrá derecho al pago de intereses conforme a lo establecido en el artículo 48 de la Ley, contado desde la oportunidad en que el pago debió efectuarse”.
85. Es pertinente traer a colación, el artículo 8 de la Ley N° 28693 – Ley General del Sistema Nacional de Tesorería:

Artículo 8.- Documentación para la fase del Gasto Devengado

El **devengado** se sustenta únicamente con alguno de los siguientes documentos:

1. **Factura**, boleta de venta u otros comprobantes de pago reconocidos y emitidos de conformidad con el Reglamento de Comprobantes de Pago aprobado por la SUNAT.
2. Orden de Compra u Orden de Servicio en contrataciones o adquisiciones de menor cuantía o el Contrato, en los casos a que se refiere el inciso c) del numeral 9.1 del artículo 9 de la presente Directiva, asegurándose que el proveedor presente los correspondientes comprobantes de pago estrictamente conforme al Reglamento aprobado por la Resolución N° 007-99-SUNAT y modificatorias. Tratándose de adelantos, deberá acompañarse la factura."
3. Valorización de obra acompañada de la respectiva factura.
(Subrayado nuestro)

86. Conforme al artículo 28.1 de la Ley N° 28693 – Ley General del Sistema Nacional de Tesorería, el devengado es el reconocimiento de una obligación de pago que se registra sobre la base del compromiso previamente formalizado y registrado. En esa línea, el devengado y la procedencia del pago, se sustenta en la presentación del comprobante de pago.
87. Entonces, el plazo para que la Administración cumpla con la obligación de pagar recién se habilitó cuando el Contratista presenta la factura.
88. Sobre ello, el Demandante en su demanda arbitral, no presenta factura alguna con la cual, conforme al artículo 181 del Reglamento, a partir del momento en que el Contratista presente su factura, la Entidad tendrá un plazo de quince (15) días calendarios para efectuar el pago, por lo que los intereses se computarán a partir del vencimiento de dicho plazo.

Segundo Punto Controvertido: Determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad cumpla con pagar los costos y costas

89. El Árbitro Único, sobre la base de lo actuado en este arbitraje, considera que ambas partes han procedido basadas en la existencia de razones para litigar y que a su criterio resultaban atendibles. Por ello, concluye que han litigado de buena fe convencidas de sus posiciones ante la controversia. Al no existir acuerdo entre ellas sobre la asunción de los costos del arbitraje, Árbitro Único dispone que cada parte deberá asumir los costos en que cada una ha incurrido en el presente proceso arbitral y, en consecuencia, ordena al Hospital Nacional Dos de Mayo que restituya la suma de S/ 5,827.50 (Cinco mil ochocientos veintisiete con 50/100 Soles) netos por concepto de honorarios del Árbitro Único y S/. 3,638.00 (Tres mil seiscientos treinta y ocho con 00/100 Soles) netos por concepto de los honorarios de la secretaría arbitral.
90. Por las consideraciones que preceden, de conformidad con las disposiciones legales que han sido citadas y de acuerdo con lo establecido por la Ley de Arbitraje – Decreto Legislativo N° 1071.

EL ÁRBITRO ÚNICO EN DERECHO LAUDA:

PRIMERO: INFUNDADA la excepción de caducidad deducida por el Hospital Nacional Dos de Mayo por las consideraciones expuestas.

SEGUNDO: DECLARAR FUNDADA la Primera Pretensión de la demanda y, en consecuencia, ordenar al Hospital Nacional de Dos de Mayo el pago de la suma de S/ 738,000 (Setecientos treinta y ocho con 00/100 Soles) a favor de Linde Gas Perú S.A., correspondiente a la contraprestación del Contrato Complementario. Asimismo, declarar que a partir del momento en que el Contratista presente su factura, la Entidad tendrá un plazo de quince (15) días calendarios para efectuar el pago, vencido el cual y de no haberse efectuado, se generaran los intereses legales a favor del Demandante.

TERCERO: DECLARAR INFUNDADA la Segunda Pretensión Principal de la demanda y en consecuencia, **DISPÓNGASE** que cada parte asuma el 50% de los honorarios del Árbitro Único y de la Secretaría Arbitral, así como los propios costos en los que haya incurrido. En

Árbitro Único

Ricardo Rodríguez Ardiles

consecuencia, ordenar al Hospital Nacional Dos de Mayo que restituya la suma de S/ 5,827.50 (Cinco mil ochocientos veintisiete con 50/100 Soles) netos por concepto de honorarios del Árbitro Único y S/. 3,638.00 (Tres mil seiscientos treinta y ocho con 00/100 Soles) netos por concepto de los honorarios de la secretaría arbitral a Linde Gas Perú S.A.

Notifíquese a las partes.



Ricardo Rodríguez Ardiles
Árbitro Único