

CENTRO DE ARBITRAJE DE LA CÁMARA DE COMERCIO DE LIMA

CASO ARBITRAL No. 0739 – 2019 – CCL

ASSIS E.I.R.L.

vs.

INSTITUTO NACIONAL DE SALUD DEL NIÑO – SAN BORJA

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

ÁRBITRO ÚNICO

HUGO JORGE ESCOBAR AGREDA

SECRETARIA ARBITRAL

FIGURELLA CASAVARDE COTOS

Lima, 8 de junio de 2021

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

Laudo de Derecho dictado por el Árbitro Único abogado Hugo Jorge Escobar Agreda; en la controversia suscitada entre ASSIS E.I.R.L. (en adelante ASSIS) con el INSTITUTO NACIONAL DE SALUD DEL NIÑO – SAN BORJA (en adelante el INSTITUTO).

ORDEN PROCESAL No. 13

Lima, 8 de junio de 2021.

VISTOS:

1. ANTECEDENTES:

ASSIS y el INSTITUTO, suscribieron el **Contrato de Servicios No. 081-2019-INSN-SB** de fecha 11 de junio de 2,019 sobre Contratación Anual de Servicios de Profesionales de la Salud Item No 06, Servicio de Especialista Hematología para el Servicio de Hematología Clínica SUAIEPTPH, por el precio de S/ 99,720, el **Contratos de Servicios No. 082-2019-INSN-SB** de fecha 11 de junio de 2,019, sobre Contratación Anual de Profesionales para el Item No. 7, Contratación de Servicios de Especialista en Cirugía Pediátrica para la Sub Unidad de Atención Integral Especializada del Paciente de Cirugía Neonatal y Pediátrica, por S/ 98,640; y, el **Contratos de Servicios No. 097-2019-INSN-SB** de fecha 25 de junio de 2,019, sobre Contratación Anual de Servicios de Profesionales de la Salud para el Item No. 8, Sub Especialista en Neonatólogo para la Sub Unidad de Atención Integral Especializada del Paciente de Cirugía Neonatal y SUAIEPCNP, por el precio de S/ 421,920 relacionados al Concurso Público No. 001-2019-INSN-SB-1.

2. EXISTENCIA DE UN CONVENIO ARBITRAL

En la cláusula décima sexta del Contrato de Servicios No. 081-2019-INSN-SB, cláusula décima quinta del Contrato de Servicios No. 082-2019-INSN-SB y la cláusula décima sexta del Contrato de Servicios No. 097-2019-INSN-SB, se incorpora la voluntad de las partes en el sentido de someter potenciales controversias a arbitraje, bajo los siguientes términos:

“... ”

Las controversias que surjan entre las partes durante la ejecución del contrato se resuelven mediante conciliación o arbitraje, según acuerdo de las partes.

Cualquiera de las partes tiene derecho a iniciar el arbitraje a fin de resolver dichas controversias dentro del plazo de caducidad previsto en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento.

Facultativamente, cualquiera de las partes tiene el derecho a solicitar una conciliación dentro del plazo de caducidad correspondiente, según lo señalado en el artículo 224 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, sin perjuicio de recurrir al arbitraje, en caso no se llegue a un acuerdo entre ambas partes o se llegue a un acuerdo parcial. Las controversias sobre nulidad del contrato solo pueden ser sometidas a arbitraje.

El Laudo arbitral emitido es inapelable, definitivo y obligatorio para las partes desde el momento de su notificación, según lo previsto en el numeral 45.21 del artículo 45 de la Ley de Contrataciones del Estado.

La Entidad propone las siguientes instituciones arbitrales en el siguiente orden de prelación:

- 1) Sistemas de Conciliación y Arbitraje del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) y*
- 2) El Centro de Conciliación y Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima.*

3. DESIGNACIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO

Al haberse suscitado una controversia entre las partes, y en atención a la solicitud arbitral presentada por ASSIS y su respuesta presentada por el INSTITUTO, mediante comunicación de fecha 17 de febrero de 2,020, se hizo de conocimiento que el Consejo Superior de Arbitraje, designó como Árbitro Único al abogado Hugo Jorge Escobar Agreda, cuya aceptación fue comunicada a las partes mediante comunicación de fecha 5 de marzo de 2,020.

4. PRETENSIONES DE LA DEMANDA Y LA POSICIÓN DE ASSIS

Por **Orden Procesal No. 1**, se puso en conocimiento de las partes el proyecto de Reglas Procesales del presente Arbitraje, las mismas que fueron aprobadas por Orden Procesal No. 2, y otorgándose a ASSIS, el plazo de 20 días hábiles para que presente su demanda.

Es así que, por escrito presentado el 11 de agosto de 2,020, ASSIS interpuso demanda arbitral postulando las siguientes pretensiones:

PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL. – *Que, se declara nulo e ineficaz la carta notarial N° 000003-2019-uad-insnsb, de fecha de recepción 16 de octubre del 2019, que contiene la Resolución Directoral N° 000220-2019-dg-insnsb, así como, los documentos que la contienen, en consecuencia, se deje sin efecto las resoluciones de contrato que declara la nulidad de los contratos.*

SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL.- *Que, el Tribunal Arbitral declare valido las resoluciones de contrato practicadas por el contratista mediante cartas notariales en fecha 09 de octubre del 2019, por incumplimiento de obligaciones esenciales contractuales.*

TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL.- *Que, el Árbitro ordene a la entidad el pago de valorizaciones pendientes de acreencia por incumplimiento de obligaciones esenciales contractuales.*

CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL.- *Que, se ordene el pago indemnizatorio correspondiente por el daño causado producto de la declaratoria de nulidad y el incumplimiento en el pago de obligaciones esenciales contractuales.*

QUINTA PRETENSIÓN PRINCIPAL. – *Se declare la expresa condena de costos en contra de la parte emplazada, respecto a los gastos que demande el presente proceso arbitral.*

5. FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA:

5.1. ASISS, es una empresa dedicada al servicio especializado en salud, que, con el objetivo de coadyuvar al desarrollo del sistema de salud de nuestro país, ha participado como postor en los procedimientos de selección convocado por el INSTITUTO, suscribiendo los siguientes:

- Con fecha 11 de junio del 2019, se suscribió el Contrato N° 081-2019-INSN-SB para la contratación anual de servicios de profesionales de la salud para el ítem N°06: SERVICIO DE ESPECIALISTA HEMATOLOGÍA PARA EL SERVICIO DE HEMATOLOGÍA CLÍNICA – SUAIEPTPH, el mencionado contrato fue suscrito entre la empresa ASISS E.I.R.L., y el Instituto Nacional de Salud del Niño San Borja.
- Con fecha 11 de junio del 2019, se suscribió el Contrato N° 082-2019-INSN-SB para la contratación anual de servicios de profesionales de la salud para el ítem N°07: SERVICIO DE ESPECIALISTA EN CIRUGIA PEDIATRICA PARA LA SUB UNIDAD DE ATENCION INTEGRAL ESPECIALIZADA DEL PACIENTE DE CIRUGIA NEONATAL Y PEDIATRICA, el mencionado contrato fue suscrito entre la empresa ASISS E.I.R.L., y el Instituto Nacional de Salud del Niño San Borja.
- Con fecha 25 de junio del 2019, se suscribió el Contrato N° 097-2019-INSN-SB para la contratación anual de servicios de profesionales de la salud para el ítem N°08: SERVICIO DE SUB ESPECIALISTA NEONATOLOGO PARA LA SUB UNIDAD DE ATENCIÓN INTEGRAL ESPECIALIZADA DEL PACIENTE DE CIRUGÍA NEONATAL Y SUAIEPCNP, el mencionado contrato fue suscrito entre la empresa ASISS E.I.R.L., y el Instituto Nacional de Salud del Niño San Borja.
- Con fecha 04 de septiembre del 2019, se suscribió la Adenda N° 01 al Contrato N° 081-2019-INSN-SB, la cual tuvo como objetivo la variación de la fecha de inicio del servicio.
- Con fecha 04 de septiembre del 2019, se suscribió la Adenda N° 01 al Contrato N° 082-2019-INSN-SB, la cual tuvo como objetivo la variación de la fecha de inicio del servicio.
- Con fecha 04 de setiembre de 2019, se suscribió la Adenda N° 01 al Contrato N° 097-2019-INSN-SB, la cual tuvo como objetivo la variación de la fecha de inicio del servicio.

5.2. Referente al Contrato N° 081-2019-INSN-SB (SERVICIO DE ESPECIALISTA HEMATOLOGÍA PARA EL SERVICIO DE HEMATOLOGÍA CLÍNICA – SUAIEPTPH)

- Mediante Cartas N° 24/25/32/50-2019 – ASISS/GG, se remitieron los entregables referentes a los meses junio, julio y agosto, setiembre respectivamente. Que, dichos entregables fueron presentados dentro del plazo contractual establecido y cuentan con conformidad de servicio por el área usuaria.
- Mediante Carta N° 37-2019 – ASISS/GG, de fecha 26 de septiembre del 2019, se remitió a la entidad el apercibimiento de cumplimiento de obligaciones contractuales.
- Mediante Carta N° 42-2019 – ASISS/GG, de fecha 03 de octubre del 2019, se remitió a la entidad el apercibimiento de resolución de contrato.
- Mediante Carta N° 44-2019 – ASISS/GG, de fecha 09 de octubre del 2019, se remitió a la entidad la resolución de contrato.

5.3. Referente al Contrato N° 082-2019-INSN-SB (SERVICIO DE ESPECIALISTA EN CIRUGÍA PEDIÁTRICA PARA LA SUB UNIDAD DE ATENCIÓN INTEGRAL ESPECIALIZADA DEL PACIENTE DE CIRUGÍA NEONATAL Y PEDIÁTRICA).

- Mediante Cartas N° 22/27/33/47-2019 – ASISS/GG, se remitieron los entregables referentes a los meses junio, julio, agosto y septiembre respectivamente. Dichos entregables fueron presentados dentro del plazo contractual establecido. No habiendo el área usuaria dado su conformidad de servicio.
- Mediante Carta N° 29 -2019 – ASISS/GG, de fecha 26 de agosto se solicitó al área usuaria emitir las respectivas conformidades de servicio.
- Mediante Carta N° 36-2019 – ASISS/GG, de fecha 26 de septiembre del 2019, se remitió a la entidad el apercibimiento de cumplimiento de obligaciones contractuales.
- Mediante Carta N° 43-2019 – ASISS/GG, de fecha 03 de octubre del 2019, se remitió a la entidad el apercibimiento de resolución de contrato.
- Mediante Carta N° 45-2019 – ASISS/GG, de fecha 09 de octubre del 2019, se remitió a la entidad la resolución de contrato.

5.4. Referente al Contrato N° 097-2019-INSN-SB (SERVICIO DE SUB ESPECIALISTA NEONATOLOGO PARA LA SUB UNIDAD DE ATENCIÓN INTEGRAL ESPECIALIZADA DEL PACIENTE DE CIRUGÍA NEONATAL Y SUAIEPCNP)

- Mediante Cartas N° 23/26/34-2019 – ASISS/GG, se remitieron los entregables referentes a los meses julio, junio y agosto respectivamente. Dichos Entregables fueron presentados dentro del plazo contractual establecido y que el área usuaria no dio conformidad de servicio.
- Mediante Carta N° 30 -2019 – ASISS/GG, de fecha 26 de agosto se solicitó al área usuaria emitir las respectivas conformidades de servicio.
- Mediante Carta N° 35-2019 – ASISS/GG, de fecha 26 de septiembre del 2019, se remitió a la entidad el apercibimiento de cumplimiento de obligaciones contractuales.
- Mediante Carta N° 41-2019 – ASISS/GG, de fecha 03 de octubre del 2019, se remitió a la entidad el Apercibimiento de resolución de contrato.
- Mediante Carta N° 46-2019 – ASISS/GG, de fecha 09 de octubre del 2019, se remitió a la entidad la resolución de contrato.

5.5. Referente a los Contratos N° 081/082/097-2019-INSN-SB

- Mediante Carta N° 38-2019 – ASISS/GG, de fecha 26 de septiembre del 2019, se informó al Jefe del Órgano de Control Institucional el incumplimiento de las obligaciones de los Contratos N° 081/082/097-2019-INSN-SB.
- Mediante Carta N° 39-2019 – ASISS/GG, de fecha 01 de octubre del 2019, se informó al Jefe del Equipo de Logística la suspensión de servicio de los Contratos N° 081/082/097-2019-INSN-SB.
- Mediante Carta N° 40-2019 – ASISS/GG, de fecha 01 de octubre del 2019 se informó al Jefe del Órgano de Control Institucional la suspensión de los servicios referentes a los Contratos N° 081/082/097-2019-INSN-SB.

- Mediante Carta N° 51-2019-ASISS/GG con fecha 17 de octubre de 2019, se emitió descargo ante la carta notarial N°000003-2019UAD-INSNSB.
- 5.6. Que desde la suscripción de los referidos contratos, durante la etapa de ejecución contractual, aproximadamente desde junio hasta el mes de setiembre del 2019, ASSIS, ha cumplido con la prestación del servicio contratado de manera continua e ininterrumpida, la misma que se caracterizó por ser eficiente con la prestación del servicio pese a no haber recibido pago alguno por ninguno de los contratos, e incumplir el INSTITUTO con el cumplimiento de sus obligaciones esenciales, los mismos que fueron requeridos en distintas oportunidades y dieron origen a la resolución de contrato practicada por ASSIS, ante el incumplimiento en sus obligaciones esenciales contractuales, no habiendo obtenido respuesta hasta la fecha.
- 5.7. En la actualidad ASSIS, se ha visto comprometido en el cumplimiento de sus obligaciones ante sus trabajadores, quienes prestaron en favor de su representada, dicha negativa por parte del INSTITUTO, hoy se ve trasuntada en una afectación patrimonial de ASSIS, pues dicho incumplimiento de obligación esenciales contractuales ha quebrado el Principio de Equilibrio Económico del contrato.
- 5.8. Que, ante la exigencia del cumplimiento de obligaciones, como respuesta adversa a su exigencia, el INSTITUTO ha procedido a declarar la Nulidad del Contrato, bajo el supuesto de infracción de impedimento para contratar con el Estado, hecho que rechaza en todos sus extremos.
- 5.9. Respecto a su primera pretensión, expresó que:
- Que, ASSIS requirió el pago de obligaciones esenciales contractuales al INSTITUTO. Sin embargo, tales requerimientos no fueron atendidos por esta, lo que generó que con fecha 9 de octubre del 2019, resolviera los contratos que los vinculaban con el INSTITUTO. Sin embargo, esta emite la Carta Notarial N° 000003-2019-UAD-INSNSB, que contiene la RESOLUCION DIRECTORIAL N° 000220-2019-DG-INSNSB en la cual declara:

SE RESUELVE:

ARTÍCULO 1.- DECLARAR de oficio la nulidad del Contrato N° 081-2019-INSN-SB - Ítem N° 06 “Servicio de Especialista Hematología para el Servicio de Hematología Clínica – SUAIEPTPH”; Contrato N° 082-2019-INSN-SB - Ítem N° 07 “Contratación de Servicios de Especialista en Cirugía Pediátrica para la Sub Unidad de Atención Integral Especializada del Paciente de Cirugía Neonatal y Pediátrica” y Contrato N° 097-2019-INSN-SB - Ítem N° 08 “Sub Especialista en Neonatólogo para la Sub Unidad de Atención Integral Especializada del Paciente de Cirugía Neonatal y SUAIEPCNP”, derivados del procedimiento de selección - Concurso Público N° 001-2019-INSN-SB-1, “Contratación Anual de Servicios de Profesionales de la Salud”, por haberse perfeccionado en contravención al literal k) del artículo 11 del TUO de la Ley, directamente vinculado con los literales f) y h), del precitado marco normativo; al existir parentesco en segundo grado de consanguinidad entre la Titular Gerente de la empresa ASSIS E.I.R.L. - señora Guissela Navarro Garay, y la Licenciada Graciela Navarro Garay - servidora del INSNSB; expuestos en los fundamentos de la parte considerativa de la presente resolución.

- Respecto a los alcances de la Resolución Directoral N° 000220-2019-DG-INSNSB, señala que la misma es arbitraria e ilegal, al no cumplir con los requisitos de validez del acto administrativo, establecidos en la Ley del Procedimiento Administrativo General, por no contener la debida motivación y procedimiento regular conforme al ordenamiento jurídico y por no respetar el debido procedimiento.
- Que, el INSTITUTO actuó con lesividad sin generar derecho alguno a favor del recurrente, fundando su razón en el artificio aparente no corroborado, al resolver en la cuestionada Resolución Directoral, dejó de observar la premisa de las causales de impedimento contenido en el literal f, h y k del artículo 11° de la **Ley de Contrataciones del Estado – Ley N° 30225 (en adelante LCE)**, que dice:

Artículo 11. Impedimentos

11.1 Cualquiera sea el régimen legal de contratación aplicable, están impedidos de ser Participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas, incluso en las contrataciones a que se Refiere el literal a) del artículo 5 de la presente Ley, las siguientes personas:

f) Los servidores públicos no comprendidos en literal anterior, y los trabajadores de las empresas del Estado, en todo proceso de contratación en la Entidad a la que pertenecen, mientras ejercen su función. Luego de haber concluido su función y hasta doce (12) meses después, el impedimento se aplica para los procesos de contratación en la Entidad a la que pertenecieron, siempre que por la función desempeñada dichas personas hayan tenido influencia, poder de decisión, información privilegiada referida a tales procesos o conflicto de intereses.

h) El cónyuge, conviviente o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad de las personas señaladas en los literales precedentes, de acuerdo a los siguientes criterios:

(iv) Cuando la relación existe con las personas comprendidas en los literales f) y g), el impedimento tiene el mismo alcance al referido en los citados literales.

k) En el ámbito y tiempo establecidos para las personas señaladas en los literales precedentes, las personas jurídicas cuyos integrantes de los órganos de administración, apoderados o representantes legales sean las referidas personas. Idéntica prohibición se extiende a las personas naturales que tengan como apoderados o representantes a las citadas personas.

- Que, el INSTITUTO afirma que ASSIS, de acuerdo al criterio señalado en la citada Resolución Directoral, habría quebrado la normativa en contrataciones, por el solo hecho de mantener relación de parentesco con su hermana quien se desempeña como servidora pública en un área distinta al área usuaria del INSTITUTO, este hecho ha sido el motivo por el cual este se sustrajo al cumplimiento de sus obligaciones y abusa de su poder exorbitante frente a ASSIS.
- Como se puede colegir de los literales citados del artículo 11° de la LCE, se configuraría la falta administrativa de impedimento bajo el siguiente criterio:

Ser familiar de un servidor público hasta en cuarto grado de consanguinidad, quien preste o haya prestado sus servicios en los últimos 12 meses en favor

de la Entidad, y que además forme parte del órgano de administración de la empresa que concursa.

- Ese vendría a ser el razonamiento que utilizó el INSTITUTO al momento de resolver, sin embargo, este omitió la parte fundamental de la premisa de los literales citados, y mucho menos los ha verificado, comprobado y mucho menos probado, pese a tener la potestad de emplear carga de la prueba dinámica, ello en atención a que dejaron de observar lo fundamental de la premisa del literal f (...) *siempre que por la función desempeñada dichas personas hayan tenido influencia, poder de decisión, información privilegiada referida a tales procesos o conflicto de intereses.*
- El literal f) del artículo 11° de la LCE, señala, los servidores públicos, no pueden contratar con su institución, cuando se encuentren en sus labores e incluso luego de 12 meses después de haber dejado de laborar para dicha institución, sin embargo, es el propio literal que señala o cierra el círculo al cual se refiere el literal f), cuando señala: *siempre que por la función desempeñada dichas personas hayan tenido influencia, poder de decisión, información privilegiada referida a tales procesos o conflicto de intereses.*
- En el caso en concreto, ASSIS afirma que, la servidora pública Licenciada en Enfermería Graciela Navarro Garay, se desempeña en la actualidad como Enfermera en la Unidad de Trasplantes y Donaciones, como enfermera asistencial, es decir, como parte operativa, en el INSTITUTO, sin embargo, ella no ha tenido acceso a información privilegiada, no ha participado de la elaboración de especificaciones técnicas, no tiene poder de decisión, no tiene conflicto de intereses, pues no ha sido miembro administrativo ni comité de selección del INSTITUTO, por lo que, la premisa contenida en el literal f) del artículo 11° de la LCE, NO SE CONFIGURARIA, más aún, si tomamos en consideración la jurisprudencia vinculante contenida en las OPINIONES OSCE, por lo cual, citan la OPINIÓN N° 035-2019/DTN
- En esa medida, los impedimentos para ser participante, postor y/o contratista en las contrataciones que lleven a cabo las Entidades, solo pueden ser establecidos mediante ley; así, teniendo en cuenta que en el ordenamiento jurídico nacional rige el principio de *"inaplicabilidad por analogía de las normas que restringen derechos"*, los impedimentos previstos en el artículo 11° de la LCE, al restringir la libre participación de los proveedores en las contrataciones públicas, no pueden extenderse a supuestos no contemplados en dicho artículo.
- En relación con lo anterior, cabe resaltar que el impedimento descrito en el literal d) del artículo 11° de la LCE se encuentra circunscrito al ámbito de la Entidad y tiene por objeto restringir la intervención de ciertas personas naturales que la integran, a efectos de evitar conflictos de intereses que perjudiquen la transparencia, competencia, o eficiencia de los procesos de contratación que realice dicha Entidad.
- Adicionalmente, es pertinente anotar que la Décima Tercera Disposición Complementaria Final del Reglamento precisa que *"Para la configuración del impedimento previsto en el literal d), del artículo 11 de la Ley, debe tomarse en*

consideración que los trabajadores de las empresas del Estado y servidores públicos comprendidos en el referido literal son aquellos que por el cargo o función que desempeñan tienen influencia, poder de decisión o información privilegiada sobre el proceso de contratación".

- En ese sentido –y en concordancia con el criterio recogido en la Opinión N° 178-2016/DTN-, se advierte que, para configurarse el impedimento establecido en el literal d) del artículo 11° de la LCE, tratándose de trabajadores de las empresas del Estado y servidores públicos comprendidos en dicho literal, es necesario que tales personas cuenten con “influencia”, “poder de decisión” o “información privilegiada” sobre el proceso de contratación que se realice en dicha Entidad; condición que la normativa no ha previsto como requisito para que se configure el impedimento del funcionario público que regula el referido literal.
- Por tanto, se advierte que en el marco de la normativa de contrataciones del Estado vigente hasta el 2 de abril de 2017, para que se configure el impedimento regulado en el literal d) del artículo 11° de la LCE, tratándose de un funcionario público no resultaba aplicable lo dispuesto en la Décima Tercera Disposición Complementaria Final del Reglamento; toda vez que dicha disposición recaía expresamente en “*los trabajadores de las empresas del Estado*” y en los “*servidores públicos comprendidos en el referido literal*”, quienes sí debían contar con influencia, poder de decisión o información privilegiada sobre el proceso de contratación que realizara la Entidad, a efectos de que resultara aplicable el referido impedimento.
- No obstante lo anterior, en atención a los criterios que comprende el “*método sistemático por comparación con otras normas*” es importante observar lo dispuesto en el literal f) del numeral 11.1 del artículo 11° de la LCE, el cual establece que están impedidos “*En la Entidad a la que pertenecen, quienes por el cargo o la función que desempeñan tienen influencia, poder de decisión, o información privilegiada sobre el proceso de contratación o conflictos de intereses, hasta (12) meses después de haber dejado el cargo.*”
- Como se observa, el citado literal hace referencia al “cargo o función” de “quienes” pertenecieron a una determinada Entidad, lo que comprende a todas las personas señaladas en el literal e) del numeral 11.1 del artículo 11° de la LCE; entre ellos, a ex funcionarios públicos.
- Así, sin perjuicio de la aplicación inmediata de la ley a que se refiere el artículo 103° de la Constitución, de conformidad con el literal f) del numeral 11.1 del artículo 11° de la Ley, a efectos de configurarse tal impedimento en el ámbito de la Entidad y hasta (12) meses después de haber dejado el cargo, aplicable –entre otros- a ex funcionarios públicos, *es necesario verificar si existe influencia, poder de decisión o información privilegiada respecto del proceso de contratación, o la concurrencia de un conflicto de intereses.*
- Por ello, resulta pertinente delimitar el alcance del impedimento regulado en el literal e) del numeral 11.1 del artículo 11° de la LCE, concordándolo con el del literal f) del

mismo numeral, a partir del momento en que el funcionario se desvincula de la Entidad; es decir, desde que deja el cargo.

- Sin perjuicio de ello, a efectos de comprender el sentido y alcance de los impedimentos previstos en el literal d) del numeral 11.1 del artículo 11° de la LCE (antes que entrara en vigor el Decreto Legislativo N° 1341), y en los literales e) y f) del mismo numeral del artículo 11° de la LCE modificada por el Decreto Legislativo N° 1341; corresponde observar la definición de los conceptos antes mencionados que comprende el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. En ese contexto, de acuerdo con el referido diccionario se entiende por "*Influencia*", "*Poder*", "*decisión*" e "*Información privilegiada*". Entendiéndose como "*influencia*" el efecto que produce la intervención de una persona sobre otras, en virtud de la cual puede alcanzar determinadas ventajas; por su parte, el "*poder de decisión*" obedece a la facultad o atribución que posee alguien para decidir o determinar ciertos resultados; mientras que la "*información privilegiada*" es aquella cuyo acceso es restringido en cierta medida y que supone una posición de ventaja para quien dispone de ella, frente a quienes no tienen acceso a dicha información.
- Que, según la Opinión N° 114-2017/DTN. El anterior literal f) del artículo 11° de la LCE extendía la aplicación del impedimento previsto en el anterior literal d), conforme a la siguiente disposición: "*En el ámbito y tiempo establecidos para las personas señaladas en los literales precedentes, el cónyuge, conviviente o los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad*". (El subrayado es agregado).

Cabe precisar que, el ámbito que delimitaba el citado impedimento estaba referido a la '*Entidad*' a la que pertenecían las personas comprendidas en el anterior literal d) del artículo 11° de la LCE; y el tiempo, correspondía al periodo en ejecución de su cargo, hasta que este culminara.

De esta manera, estaban impedidos de ser participantes, postores y/o contratistas en las contrataciones que llevaba a cabo la Entidad a la que pertenecían, hasta el término de la duración de su cargo: *i) las personas comprendidas en el anterior literal d) del artículo 11 de la Ley, que por el cargo o función que desempeñaban tenían influencia, poder de decisión o información privilegiada sobre el proceso de contratación; ii) sus cónyuges; iii) convivientes; y, iv) sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad.*

En ese sentido, se desprende que el impedimento previsto en el anterior literal d) del artículo 11° de la Ley se configuraba cuando el trabajador de una empresa del Estado, o servidor público *-según correspondiera-*, por el cargo o función que desempeñaba en la Entidad, tenía influencia, poder de decisión o información privilegiada respecto del proceso de contratación.

Cabe anotar que los impedimentos previstos en el artículo 11° de la Ley son taxativos, no siendo posible su extensión por analogía a supuestos no contemplados en dicho artículo.

Por tanto, considerando que los impedimentos solo pueden ser establecidos mediante ley, y que estos se encuentran previstos taxativamente en el artículo 11° de la LCE, se desprende que los mismos tienen el carácter de '*numerus clausus*'. En consecuencia, no resulta posible efectuar una '*interpretación extensiva*' de un impedimento que no se encuentra regulado por la ley.

- Que, según la Opinión N° 006-2019/DTN. Los ex integrantes de una Entidad se encontrarían impedidos de ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas en los procesos de contratación que esta última lleve a cabo, desde que dejaron de formar parte de la Entidad y hasta doce (12) meses después de producido dicho evento.

No obstante ello, el literal f) del numeral 11.1 del artículo 11° de la LCE establece que están impedidos "*En la Entidad a la que pertenecen, quienes por el cargo o la función que desempeñan tienen influencia, poder de decisión, o información privilegiada sobre el proceso de contratación o conflictos de intereses, hasta (12) meses después de haber dejado el cargo.*" (El subrayado es agregado).

Así, de conformidad con el literal f) del numeral 11.1 del artículo 11° de la Ley, a efectos de aplicar el impedimento es necesario verificar la influencia, poder de decisión o información privilegiada respecto del proceso de contratación, o la existencia de un conflicto de intereses.

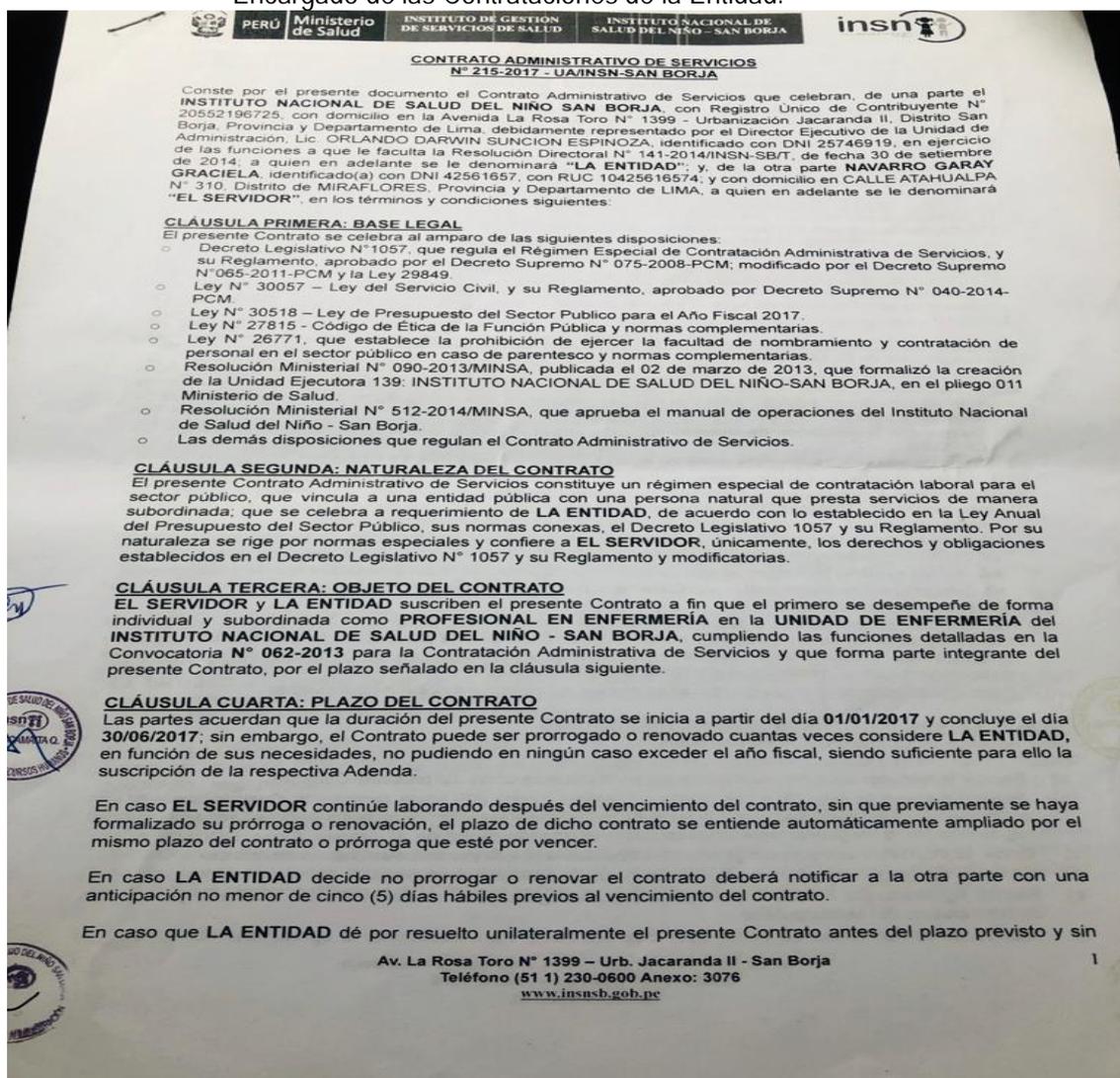
Por su parte, el literal f) del referido numeral 11.1 de la LCE–modificado por el Decreto Legislativo N° 1444- señala que se encuentran impedimentos para ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratista:

"Los servidores públicos no comprendidos en literal anterior, y los trabajadores de las empresas del Estado, en todo proceso de contratación en la Entidad a la que pertenecen, mientras ejercen su función. Luego de haber concluido su función y hasta doce (12) meses después, el impedimento se aplica para los procesos de contratación en la Entidad a la que pertenecieron, siempre que por la función desempeñada dichas personas hayan tenido influencia, poder de decisión, información privilegiada referida a tales procesos o conflicto de intereses." (El subrayado es agregado).

De conformidad con las normas citadas, cuando entren en vigencia las modificaciones a la Ley efectuadas mediante el Decreto Legislativo N° 1444, un *funcionario público*, durante el ejercicio del cargo, se encontrará impedido de ser participante, postor, contratista y/o subcontratista en cualquier contratación pública que se realice dentro del territorio nacional, mientras que para que dicho impedimento aplique a un *servidor público –en el mismo ámbito y tiempo-* este debe contar con poder de dirección o decisión, de conformidad con la ley especial de la materia. Asimismo, para ambos sujetos, desde el momento en el que dejan el cargo y hasta doce (12) meses después de producido dicho evento, el impedimento se aplicará únicamente en las contrataciones de la Entidad de la que formaron parte.

Cuando entren en vigencia las modificaciones a la Ley efectuadas mediante el Decreto Legislativo N° 1444, respecto de los servidores públicos sin poder de dirección o decisión, de conformidad con la ley especial de la materia, el impedimento aplica durante el ejercicio del cargo únicamente en las contrataciones de la Entidad de la que formaron parte, mientras que luego de haber dejado el cargo dichos servidores públicos no tendrán impedimento alguno, siempre que no hayan tenido influencia, poder de decisión, información privilegiada o conflicto de intereses.

- Que, la indicada hermana no ha trabajado en ninguna dependencia administrativa, ella realiza labores de campo de atención directa al paciente, por lo que la imputación como causal de nulidad no se ajusta a lo correctamente establecido, toda vez que se estaría realizando una imputación por "interpretación extensiva" de un impedimento que no se encuentra regulado por la ley.
- Que, en el Contrato de trabajo, del cual se desprende que la función de la hermana es estrictamente operativa, mas no administrativa dentro de la unidad u Órgano Encargado de las Contrataciones de la Entidad.



- Que, con el Memorando N° 414-2019 por el cual le designan sus funciones, queda acreditado que no cumple labores administrativas, no ha laborado en el área de contrataciones de la Entidad, por lo que, no tiene capacidad de decisión, influencia o conflicto de intereses.

PERU Ministerio de Salud Instituto Nacional de Salud del Niño - San Borja insn

“Servicio de la Calidad de atención al niño mayor y hombre”
“Año de su lucha contra la corrupción e impunidad”

San Borja, 07 de Noviembre del 2019

MEMORANDO N° 000424-2019-UAD-INSNSB

A : FABIOLA JUDITH LEVANO SANTIAGO
Jefa de la Unidad de Enfermería

ATENCION : Lic. GRACIELA NAVARRO GARAY
Licenciada en Enfermería

Asunto : ROTACIÓN DE PERSONAL

Referencia : INFORME N° 001200-2019-UE-INSNSB.

Por medio del presente hago de conocimiento, que en atención al documento descrito en la referencia, donde su despacho ha visto por conveniente regularizar la rotación de la trabajadora Contratada CAS GRACIELA NAVARRO GARAY, Profesional de Enfermería de la Unidad de Enfermería a realizar actividades de Procura de órganos del Equipo de Procura de la Unidad de Donación y Trasplante, desde el mes de Setiembre del 2017 a Diciembre del 2018 a tiempo parcial y desde el mes de Febrero del presente año a la fecha a tiempo completo.

Al respecto el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1057, que regula el régimen especial de contratación administrativa de servicios, aprobado mediante Decreto Supremo N° 075-2006-PCM y modificado a través del Decreto Supremo N° 065-2011-PCM. En el artículo 7° establece que las Entidades, por razones objetivas debidamente justificadas, pueden unilateralmente modificar el lugar, tiempo y modo de la prestación de servicios, sin que ello suponga la celebración de un nuevo contrato.

Por lo expuesto en los párrafos anteriores, con la autorización de la Jefa de Departamento de Enfermería y el consentimiento de la Intersada, se procede a regularizar la ROTACION con eficacia anticipada de conformidad a lo establecido en el Art. 17°, numeral 17.1 del Texto Único Ordenado de la Ley 27444, del personal Licenciada en Enfermería GRACIELA NAVARRO GARAY al Equipo de Procura de la Unidad de Donación y Trasplante a tiempo completo con efectividad al 06 de Febrero del presente año.

Sin otro particular, quedo de Usted.

Atentamente,
HUGO J. Escobar

Av. Aguirre de la Rosa Torre 1999 - San Borja, Lima Perú | Contact: (011) 238-0600

Que, la Entidad tampoco ha demostrado que la hermana ejercer función administrativa dentro de la empresa, en la cual tenga poder de decisión, sea apoderado, representante legal u otro análogo.

Dicha situación no ha sido corroborada de manera concreta y mucho menos se ha aportado un medio de prueba que demuestre de manera fehaciente dicha imputación previa a la declaratoria de nulidad de contrato por parte de la Entidad, lo cual vicia el procedimiento, pues de acuerdo al principio de tipicidad.

- Que, la Resolución Directoral N° 000220-2019-DG-INSNSB., referida en la Carta Notarial N° 000003-2019-UAD-INSNSB de fecha de 15 de octubre de 2019, deviene en ACTO ADMINISTRATIVO CON VICIOS DE NULIDAD, porque, se ha vulnerado el debido procedimiento administrativo, toda vez que no se me ha permitido descargar conforme lo señala el artículo 44.3° de la LCE y el art. 145° del **Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (en adelante RLCE)**, pues ante la advertencia de un posible vicio de nulidad la Entidad en aras de un debido procedimiento deberá cursar al Contratista su decisión, para que este manifieste lo concerniente a su derecho dentro de un plazo no mayor de 5 días.

Por lo cual, habiendo advertido mi representada ante su despacho que existe una causal de vicio de nulidad de la resolución directoral cuestionada, se concluye que la misma es INEFICAZ y en consecuencia acarrea su NULIDAD por vicios insubsanables en su contenido, pues al no haber sido puesto en nuestro conocimiento de manera previa conforme lo señalar el artículo 145.3° del RLCE, se genera un quebrantamiento al debido proceso garantía constitucional de toda persona, asimismo se produce una lesión a nuestra defensa al no haberse seguido el debido procedimiento administrativo, que garantiza al administrado el ser oído, generar pruebas entre otros, y sobre todo, poder contradecir las pruebas que hubieran servido a la Entidad para arribar a la decisión de declarar la nulidad del contrato.

5.10. Respecto a su segunda pretensión, expresó que:

- Que, ASSIS a través de diversas comunicaciones, ha puesto de manifiesto la exigencia de condiciones del contrato y el cumplimiento de obligaciones contractuales esenciales, en vista del quebrantamiento del principio de equilibrio económico del contrato, situación que no fue atendida por la Entidad, más por el contrario la Entidad pretende sustraerse de su obligación bajo el amparo de la declaratoria de nulidad de contrato expuesta de manera precedente.
- Consecuentemente, una contratación se encuentra bajo el ámbito de la normativa de contrataciones del Estado, cuando la misma tiene por objeto que una Entidad se abastezca de bienes, servicios u obras para el cumplimiento de sus funciones, asumiendo el pago con cargo a fondos públicos.
- En este contexto, comprendiendo que el contrato ha sido suscrito bajo el ámbito de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, por lo que para el procedimiento de resolución de contrato ha establecido un procedimiento que debe

ser seguido, asimismo de manera supletoria por todo lo no regulado se emplean las normas del derecho público en el presente caso la Ley del Procedimiento Administrativo General.

- Que, la normativa en contratación pública, ha previsto el mecanismo de notificación en caso de resolución de contrato.

LCE (...)

Artículo 36. Resolución de los contratos

36.1 Cualquiera de las partes puede resolver el contrato, por caso fortuito o fuerza mayor que imposibilite de manera definitiva la continuación del contrato, por incumplimiento de sus obligaciones conforme lo establecido en el reglamento, o por hecho sobreviniente al perfeccionamiento del contrato que no sea imputable a alguna de las partes.

36.2 Cuando se resuelva el contrato por causas imputables a alguna de las partes, se debe resarcir los daños y perjuicios ocasionados. No corresponde el pago de daños y perjuicios en los casos de corrupción de funcionarios o servidores propiciada por parte del contratista, de conformidad a lo establecido en el artículo 11 de la presente Ley.

RLCE (...)

Artículo 164. Causales de resolución

164.2. El contratista puede solicitar la resolución del contrato en los casos en que la Entidad incumpla injustificadamente con el pago y/u otras obligaciones esenciales a su cargo, pese a haber sido requerida conforme al procedimiento establecido en el artículo 165.

Artículo 165. Procedimiento de resolución de contrato

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

165.3. Si vencido dicho plazo el incumplimiento continúa, la parte perjudicada puede resolver el contrato en forma total o parcial, comunicando mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato. El contrato queda resuelto de pleno derecho a partir de la recepción de dicha comunicación.

- Que, como se puede apreciar a manera ilustrativa que la Opinión N° 083-2015/DTN, en donde a modo de ejemplo, se indica que, para el caso de la resolución del contrato, en donde la normativa de contrataciones del Estado establece que su notificación debe realizarse a través de carta notarial, dicha formalidad específica prevalece ante cualquier notificación de otro tipo.
- De acuerdo a lo señalado en la OPINIÓN N° 086-2018/DTN, sobre la Resolución de Contrato, señala:

Tal como se ha indicado al absolver la consulta anterior, si alguna de las partes del contrato falta al cumplimiento de sus obligaciones, la parte perjudicada debe requerirla dentro del plazo legal establecido, a través de una carta

notarial, bajo apercibimiento de resolver el contrato. En caso la parte requerida persista en su incumplimiento, la parte perjudicada quedará facultada para resolver el contrato, debiendo remitir por vía notarial el documento en el que manifieste tal decisión. De esta manera, el contrato quedará resuelto de pleno derecho una vez que se efectúe la recepción de la referida comunicación.

Como puede evidenciarse, la resolución contractual se materializa una vez que la parte requerida recibe la comunicación donde su contraparte (la parte afectada) le informa la decisión de resolver el mismo; por tanto, desde aquel momento, el contrato dejará de surtir efectos y ambas partes -Entidad y contratista- quedarán desvinculadas.

Sobre este punto, es preciso citar a De La Puente Y Lavalle quien menciona lo siguiente: "(...) la resolución deja sin efecto la relación jurídica patrimonial, la convierte en ineficaz, de tal manera que ella deja de ligar a las partes en el sentido que ya no subsiste el deber de cumplir las obligaciones que la constituyen ni, consecuentemente, ejecutar las respectivas prestaciones." (El subrayado es agregado).

Por su parte, García de Enterría señala que la resolución "(...) es una forma de extinción anticipada del contrato actuada facultativamente por una de las partes, cuya función consiste en salvaguardar su interés contractual como defensa frente al riesgo de que quede frustrado por la conducta de la otra parte". (El subrayado es agregado).

- En virtud de lo expuesto, puede colegirse que si una de las partes (Entidad o contratista) resuelve debidamente un contrato –es decir, siguiendo el procedimiento y cumpliendo los requisitos y formalidades previstas en la normativa de contrataciones del Estado- no cabría la posibilidad de que su contraparte efectúe una nueva resolución respecto del mismo contrato, puesto que, para entonces, la relación jurídica ya se encontraría extinta.
- Cabe precisar que lo señalado líneas arriba no es óbice para que las discrepancias que se generen a raíz de una resolución contractual puedan someterse a los medios de solución de controversias previstos en la normativa de contrataciones del Estado.
- Una vez materializada la debida resolución del contrato –siguiendo el procedimiento, y cumplido los requisitos y formalidades previstos en la normativa de contrataciones del Estado- no cabría iniciar un nuevo procedimiento de resolución contractual respecto del mismo contrato, puesto que, para entonces, la relación jurídica entre la Entidad y el contratista se encontraría extinta.
- Que, dentro del plazo de caducidad, el INSTITUTO no ha sometido a controversia alguna, la resolución de contrato practicada por ASSIS. ante el incumplimiento de obligaciones contractuales esenciales, que quiebran el principio de equilibrio económico del contrato.

- Por lo que, al haber quedado en calidad de consentida, y la declaración de nulidad de la entidad sometida a controversia en vía arbitral, esta que la declaratoria de nulidad queda en efecto suspendido, y en calidad de consentida la resolución de contrato practicada por mi representada.

5.11. Respecto a su tercera pretensión, expresó que:

- Conforme quedo establecido en la segunda pretensión principal, ASSIS. ha resuelto los contratos que los vinculaban a través de cartas notariales de fecha 09 de octubre del 2019, ante el incumplimiento de obligaciones esenciales a cargo de la Entidad, dicha situación ha sido previamente informada y apercibida, sin recibir atención alguna a nuestra solicitud de pago.
- Las partes en esencia tuvieron las siguientes obligaciones principales de cumplimiento: ASSIS, cumplir con el objeto del contrato en favor del INSTITUTO, y, este, a su vez, realizar el abono del pago de manera mensual en proporción a las valorizaciones realizadas de acuerdo a la prestación del servicio.
- Que, el objeto del contrato ha sido cumplido por ASSIS, sin embargo, el INSTITUTO ha reusado de realizar su contraprestación a la cual se encontraba obligada, con lo cual se configura la intencionalidad de cumplir con la contraprestación a su cargo, bajo el amparo de una declaratoria de nulidad sin que revista las formas y procedimientos señalados en Ley y su Reglamento.
- Dicha actuación ha venido siendo exigido en diferentes oportunidades a través de Cartas Notariales, las cuales no fueron atendidas.
- ASSIS ha señalado que, respecto al incumplimiento de obligaciones contractuales por parte del INSTITUTO, cumplió con dicho requerimiento, bajo apercibimiento de resolver el contrato, comunicando a este mediante conducto notarial.
- La obligación de pago por parte de la entidad está prevista en la cláusula cuarta del Contrato.
- En este contexto, de acuerdo a las obligaciones a las cuales se encuentra sujeta la Entidad se tiene que el cumplimiento del pago al ser categorizada como una obligación esencial, pues se encuentra en la esfera de la reciprocidad entre las partes contratantes, entendiendo que los efectos del contrato administrativo se caracterizan por ser un contrato bilateral y de prestaciones recíprocas, que posee el equilibrio necesario que por su naturaleza le es propio.
- Del mismo modo, conforme se encuentra normado que para efectos de las causales de resolución contractual se considera como obligaciones esenciales: *los pagos en las oportunidades previstas en el contrato, y aquellas condiciones que resulten indispensables para el normal cumplimiento del contrato.*
- Por otro lado, debemos referir en primer lugar que, al perfeccionamiento del contrato, el contratista se compromete a ejecutar las prestaciones pactadas en favor

de la Entidad, mientras que esta última se compromete a pagar al contratista la contraprestación acordada. Ahora bien, el cumplimiento recíproco y oportuno de las prestaciones pactadas por las partes es la situación esperada en el ámbito de la contratación pública; sin embargo, dicha situación no siempre se verifica durante la ejecución contractual pues alguna de las partes podría verse imposibilitada de cumplirlas. Ante tal eventualidad, la normativa de contrataciones del Estado ha previsto la posibilidad de resolver el contrato, ya sea por la imposibilidad sobreviniente de ejecutar las obligaciones pactadas o el incumplimiento de estas.

- Comprendiendo que el retraso generado en el cumplimiento de la contraprestación corría a cargo del INSTITUTO, pues el cumplimiento obligacional del pago, así como, su demora injustificada genera mora a favor del demandante y en consecuencia este comportamiento ha quebrado el principio de equilibrio económico del contrato, por lo que, en salvaguarda del derecho que le asiste, procedió a actuar de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 165° del Reglamento.
- En consecuencia como producto del actuar elusivo del INSTITUTO, ASSIS, decidió resolver el contrato ante el incumplimiento generado, sin embargo, pese a haber sido requerido su cumplimiento, aquel ha realizado una actuación omisiva, y por el contrario remitió la Carta Notarial N° 000003-2019-UAD-INSNSB de fecha de 15 de octubre de 2019, que contiene la Resolución Directoral N° 000220-2019-DG-INSNSB., referida a la declaratoria de nulidad del contrato, cuando este ya tenía calidad de resuelto por parte de ASSIS, con lo cual pretende sustraerse del pago y el cumplimiento de la obligación que le corresponde. Siendo que, a la fecha el INSTITUTO adeuda a ASSIS el monto de S/ 114,396.00 (Ciento catorce mil trescientos noventa y seis con 00/100 soles).
- A ello, es importante resaltar que la Resolución del Contrato, es una forma de terminación anticipada del contrato, y se produce cuando una de las partes falta al cumplimiento de sus prestaciones, pese haber sido requerido previamente para que subsane su incumplimiento, cuando se torna en imposible, de manera definitiva.
- Cuando la causal que ha producido la resolución ha sido incumplimiento contractual, acarrea el deber de resarcir los daños y perjuicios ocasionados a la otra parte. En consecuencia, el reclamo del pago de prestaciones es legítimo, pues la nulidad de contrato invocado por la Entidad, constituyéndose su actuación en arbitraria e ilegítima, y, desproporcionada.

5.12. Respecto a su cuarta pretensión, expresó que:

- Como ha sido establecido en la presente pretensión, ASSIS. ha venido exigiendo a la Entidad, el cumplimiento de sus obligaciones esenciales como es el pago por contraprestación, correspondiente a los meses de junio julio, agosto, setiembre del 2019 por el monto de S/ 114,396.00 (Ciento catorce mil trescientos noventa y seis con 00/100 soles), a favor de mi Representada, con los intereses correspondientes que la ley le asiste.

- Del mismo modo es preciso señalar que la actuación arbitraria de la Entidad en la cual disponen declarar nulidad de contrato, sin ser esta decisión objetiva fundamentada en un debido procedimiento, lo cual se fundamenta en el hecho de que la Entidad, de forma tendenciosa pretende señalar que existiría un impedimento para contratar por parte de mi representada, tratando de realizar una extensión interpretativa del hecho imputado, lo cual se encuentra prohibido por ley, por lo que su actuar se trasluce en una excusa para evitar el pago de nuestras prestaciones valoraciones pendientes de acreencia, sustrayéndose de su cumplimiento bajo el amparo de la declaratoria de nulidad.

- Al respecto, de acuerdo a lo expuesto por Morón Urbina¹, señala: (...) *La Resolución del Contrato por incumplimiento de la Entidad Contratante El contratista también puede resolver el contrato en caso la entidad contratante incurra en algún incumplimiento a sus obligaciones esenciales convenidas en el contrato (clausula cuarta del contrato de obra). El agregado es mío.*

En adición a la resolución del contrato, la entidad debe indemnizar al contratista por los daños y perjuicios causados, en el caso de contratos de obras. Tal indemnización esta predeterminada en el 50% de la utilidad dejada de percibir por el contratista.

- En ese sentido, el artículo 1321° del Código Civil establece que “Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve. El resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución.(...)”

- Por su parte, los artículos 1318°, 1319° y 1320° del Código Civil precisan en qué consiste el “dolo”, la “culpa inexcusable” y la “culpa leve”:

“Artículo 1318.- Procede con dolo quien deliberadamente no ejecuta la obligación.

Artículo 1319.- Incurre en culpa inexcusable quien por negligencia grave no ejecuta la obligación.

Artículo 1320.- Actúa con culpa leve quien omite aquella diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.”

- De acuerdo con las disposiciones del Código Civil, cuando una de las partes de un contrato no ejecuta las obligaciones que asumió, o las ejecuta en forma tardía como el presente caso (y de acuerdo a lo demostrado en los fundamentos de la primera pretensión), ya sea que por “dolo”, por “culpa inexcusable” o “culpa leve”, debe resarcir a su contraparte por los daños y perjuicios irrogados, a través de una indemnización.

¹ Op. Cit.

- Sobre el particular, Arteaga Zegarra precisa que "(...) en el caso del contratista, se aplican las reglas del derecho común: los daños y perjuicios deben haberse producido efectivamente y, por ello, deben ser probados y cuantificados por quien alega haberlos sufrido; además, debe existir un nexo causal entre el incumplimiento o cumplimiento inexacto de las obligaciones a cargo de la Entidad y el daño efectiva y directamente irrogado por aquel."
- Por lo que, corresponde que se determine el grado de responsabilidad del INSTITUTO en relación a la obligación de indemnizar en favor de ASSIS, por Lucro Cesante y Daño Emergente, derivado de la falta de pago de las valorizaciones de obra, por culpa inexcusable en su accionar.
- Que, ASSIS. mantiene acreencia frente a los proveedores que los atendieron durante la etapa de ejecución contractual. Así, dichos proveedores y personal no pueden verse perjudicados por el accionar del INSTITUTO, más aún, cuando aquella vino solicitando el cumplimiento de obligaciones esenciales con la finalidad de satisfacer la acreencia ante sus proveedores, circunstancia que no ha sucedido y por la cual hoy se encuentra ante su Tribunal Arbitral, sin embargo, la propia Ley de Contrataciones del Estado, su Reglamento y el Código Civil, han establecido que, es pasible de resarcimiento del daño y perjuicio el lucro cesante y daño emergente.
- En ese sentido, el artículo 1321° del Código Civil establece que "Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve. El resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución. (...)."
- Por su parte, los artículos 1318°, 1319° y 1320° del Código Civil precisan en qué consiste el "dolo", la "culpa inexcusable" y la "culpa leve":

"Artículo 1318.- Procede con dolo quien deliberadamente no ejecuta la obligación.

Artículo 1319.- Incurre en culpa inexcusable quien por negligencia grave no ejecuta la obligación.

Artículo 1320.- Actúa con culpa leve quien omite aquella diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar."

- De acuerdo con las disposiciones del Código Civil, cuando una de las partes de un contrato no ejecuta las obligaciones que asumió, o las ejecuta en forma tardía como el presente caso (y de acuerdo a lo demostrado en los fundamentos de la primera pretensión), ya sea que por "dolo", por "culpa inexcusable" o "culpa leve", debe resarcir a su contraparte por los daños y perjuicios irrogados, a través de una indemnización.
- Sobre el particular, Arteaga Zegarra precisa que "(...) en el caso del contratista, se aplican las reglas del derecho común: los daños y perjuicios deben haberse producido efectivamente y, por ello, deben ser probados y cuantificados por quien

alega haberlos sufrido; además, debe existir un nexo causal entre el incumplimiento o cumplimiento inexacto de las obligaciones a cargo de la Entidad y el daño efectiva y directamente irrogado por aquel.”

- En el presente caso se debe comprender que, "daño emergente" es, a nuestro entender, el perjuicio efectivo sufrido en el patrimonio de la víctima, que ha perdido un bien o un derecho que ya estaban incorporados a ese patrimonio.
- El "lucro cesante", en cambio, contempla la ganancia frustrada, es decir los daños que se producen por la falta de ingreso de determinados bienes o derechos al patrimonio de la víctima, que se ve privada de beneficios que hubiera obtenido.
- Por lo que, a palabras del Maestro Aníbal Torres Vásquez, quien aborda los Daños Indemnizables (...)

Con el incumplimiento, la obligación originaria transgredida se transforma en la obligación de resarcir el daño causado. La obligación de indemnizar el daño permite al acreedor exigir del deudor una suma de dinero equivalente al daño causado, logrando que con ello obtenga un beneficio igual al que habría obtenido si el contrato se hubiera cumplido conforme a lo acordado.

El daño resarcible comprende:

1. *El daño emergente (damnum emergens) o empobrecimiento del patrimonio, esto es, la pérdida detrimento o menoscabo patrimonial. Daño de naturaleza patrimonial.*
 2. *El Lucro cesante (lucrum cessans) o la frustración de ventajas económicas esperadas, es decir, la no obtención de ganancias previstas. Daño de naturaleza patrimonial.*
- En ese entender, considera que el daño causado por el actuar de la Entidad, se representa en el orden de S/ 200,000.00 (doscientos mil con 00/100 soles) por concepto de daño emergente y lucro cesante, producto de la declaratoria de nulidad de los contratos.

5.13. Respecto a su quinta pretensión, expresó que:

Se declare la expresa condena de costos en contra de la parte emplazada, respecto a los gastos que demande el presente proceso arbitral.

6. FUNDAMENTOS DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

6.1. Por Orden Procesal N° 3, se concede al INSTITUTO el plazo de 20 días útiles para que presente su contestación de demanda. Habiéndose presentado esta el 15 de setiembre de 2,020.

6.2. Respecto de la primera pretensión, expresó lo siguiente:

- Que, mediante Carta Notarial N° 000003-2019-UAD-INSNSB recepcionada en fecha 16 de octubre del 2019 por la empresa demandante, el INSTITUTO, comunica la Resolución Directoral N° 000220-2019-DG-INSNB, a través de la cual se declara la nulidad de oficio de los Contratos N°081-2019-INSN-SB, N°082-2019-INSN-SB y N°097-2019-INSN-SB derivados del procedimiento de selección – Concurso Público N°001-2019-INSN-SB-1, “Contratación Anual de Servicios de Profesionales de la Salud” por haberse perfeccionado en contravención al literal k) del artículo 11° de la Ley de Contrataciones del Estado, directamente vinculado con los literales f) y h), del precitado marco normativo; al existir parentesco en segundo grado de consanguinidad entre el Titular Gerente de la empresa ASSIS, Guissela Navarro Garay y la Lic. Graciela Navarro Garay – servidora del Instituto Nacional de Salud del Niño.
- Asimismo, debemos señalar que la declaratoria de Nulidad de los tres (03) contratos fue emitida con sujeción a la Ley de Contrataciones del Estado, toda vez que la gerente de la empresa ASISS, Guissela Navarro Garay resultó ser hermana de la servidora Licenciada Graciela Navarro Garay quien es trabajadora del Instituto Nacional de Salud del Niño-San Borja, es decir existió y existe un grado de parentesco en segundo grado de consanguinidad entre la Titular Gerente de la empresa y una trabajadora de la Entidad.
- En tal sentido, los contratos se han realizado en contravención del literal k) del artículo 11° de la LCE, directamente vinculado con los literales f) y h) del precitado marco normativo.
- En atención a lo expuesto, debe señalarse que la normativa de contrataciones del Estado dispone que después de celebrado el contrato, la Entidad puede declarar la nulidad del contrato cuando se verifique la ocurrencia de las causales establecidas en el numeral 44.2 del artículo 44° de la LCE, que establece que el Titular de la Entidad puede declarar la nulidad del contrato por haberse perfeccionado en contravención con el artículo 11° de la LCE. Los contratos que se declaren nulos en base a esta causal no tienen derecho a retribución alguna con cargo al Estado, sin perjuicio de la responsabilidad de los funcionarios o servidores de la Entidad, conjuntamente, con los contratistas que celebraron irregularmente el contrato.
- Asimismo, es menester indicar que, mediante Informe N°005057-2020-EL-UAD-INSNSB el Equipo de Logística, manifestó que con Informe N°000018-2020-EL-UAD-INSNSB se detalló pormenorizadamente los antecedentes para declarar la nulidad de los contratos en mención.
- Ahora bien, es importante señalar que un contrato nulo-por definición-es inexistente y no debe surtir efectos; por tanto, la declaración de nulidad de un contrato determina que las obligaciones que constituyen su objeto se vuelvan inexigibles para las partes.
- Como se aprecia, una consecuencia de la declaratoria de nulidad del contrato es que no pueda exigirse la ejecución de trabajo alguno al contratista ni efectuarse el pago, pues el cumplimiento de dichas pretensiones solo se justifica en el marco de

una relación contractual válida. En ese sentido, la declaración de nulidad del contrato trae como consecuencia que no se generen efectos económicos.

- En ese sentido, solicita se declare infundada la primera pretensión principal de la demandante, al haberse evidenciado que es jurídicamente válida la nulidad de contrato efectuada por el INSTITUTO.

6.3. Respecto de la segunda pretensión, expresó lo siguiente:

- Que, al declararse INFUNDADA la primera pretensión principal, y atendiendo a que los efectos de la Nulidad del Contrato se retrotraen al momento de su celebración, todas las actividades que se llevaron a cabo luego de celebrado el contrato también son Nulas e inexistentes, incluso las cartas de apercibimiento de resolución del contrato y las cartas de resolución del contrato.
- En consecuencia, no puede subsistir la NULIDAD del contrato y al mismo tiempo ser válidas las resoluciones de contrato practicadas por el contratista mediante Cartas Notariales de fecha 09 de octubre del 2019.
- Al respecto la Dirección Técnico Normativa del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado mediante Opinión N° 081-2018/DTN señaló que resulta posible declarar la nulidad del contrato resuelto como es de verse:

2.1.6. Ahora bien, atendiendo al tenor de la presente consulta, debe señalarse que si bien la resolución y la nulidad paralizan la ejecución de la prestación por parte del contratista; sin embargo se trata de supuestos distintos, cuyos efectos o consecuencias son diferentes; así, mientras la resolución de un contrato imposibilita de manera definitiva su continuación y en función a ello puede generarse diversas consecuencias económicas (como por ejemplo el resarcimiento por los daños y perjuicios generados a la parte afectada, en caso corresponda), un contrato nulo es inexistente y no debe surtir efectos, por tanto las obligaciones que constituyen su objeto se vuelvan inexigibles para las partes -no puede exigirse la ejecución de trabajo alguno al contratista ni efectuarse el pago derivado del contrato; ello sin perjuicio de las acciones destinadas a impedir el enriquecimiento sin causa u otras a que hubiere lugar-, pues el cumplimiento de dichas prestaciones sólo se justifican en el marco de una relación contractual válida.

En esa medida, si el Titular de la Entidad decide declarar la nulidad de contrato, esta procede aún cuando el contrato se encuentre resuelto, para lo cual la Entidad deberá cumplir con comunicar al contratista la declaratoria de nulidad de conformidad a lo establecido en el artículo 122 del Reglamento.

- Por tanto, la segunda pretensión principal también debe declararse INFUNDADA en todos sus extremos, al encontrarnos frente a un contrato nulo e inexistente, dado que, las obligaciones que constituyen su objeto se vuelvan inexigibles para las partes, como es el caso del cumplimiento de pago "obligaciones esenciales" que alega el contratista.

6.4. Respetto de la tercera pretensión, expresó lo siguiente:

- Que, de acuerdo a la citada Opinión N° 081-2018/DTN, un contrato nulo es inexistente y no debe surtir efectos, por tanto las obligaciones que constituyen su objeto se vuelvan inexigibles para las partes -no puede exigirse la ejecución de trabajo alguno al contratista ni efectuarse el pago derivado del contrato; ello sin perjuicio de las acciones destinadas a impedir el enriquecimiento sin causa u otras a que hubiere lugar-, pues el cumplimiento de dichas prestaciones sólo se justifican en el marco de una relación contractual válida.
- Cabe señalar que el reclamo por enriquecimiento sin causa debe realizarse en la vía judicial, estando prohibido por Ley realizar este tipo de reclamo en sede arbitral.
- Sin embargo, de conformidad con el artículo 44° de la Ley, se establece que los contratos que se declaren Nulos por haberse perfeccionado en contravención con el artículo 11° de la Ley no tienen derecho a retribución alguna con cargo al Estado.
- En consecuencia, ni en vía arbitral ni en vía judicial el contratista tendrá derecho a reclamar un pago de valorizaciones pendientes.

6.5. Respetto de la cuarta pretensión, expresó lo siguiente:

Siendo válida y subsistente la declaratoria de nulidad de los tres (03) precitados contratos, no corresponde a la Entidad pagar ningún concepto de indemnización a favor del contratista.

6.6. Respetto de la quinta pretensión, expresó lo siguiente:

- Que, piden que sea ASSIS, sea quien asuma el íntegro de los costos y gastos del presente proceso arbitral, ya que conforme a los artículos 70° y 73° del Decreto Legislativo N° 1071, Ley de Arbitraje, el Tribunal Arbitral deberá tener en cuenta, a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes, mientras que, a falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida, sin perjuicio que el Tribunal distribuya y prorratee estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.
- Sobre ello, habiéndose declarado NULOS los tres (3) precitados contratos por causa claramente imputable al contratista, corresponde que dicho contratista asuma la totalidad de los costos y costas del presente arbitraje.

7. DETERMINACIÓN DE LA MATERIA CONTROVERTIDA Y ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS:

Por **Orden Procesal No. 4**, se fijaron las siguientes cuestiones que serán materia de pronunciamiento en el presente arbitraje y se admitió los medios probatorios ofrecidos por las partes, en la forma siguiente:

CUESTIONES MATERIA DE PRONUNCIAMIENTO:

- **Respecto a la Primera Pretensión Principal de la Demanda:**
Determinar si corresponde que el Árbitro Único declare nula o ineficaz la Carta Notarial N° 000003-2019-UAD- INSNSB de fecha de recepción 16 de octubre de 2019, que contiene la Resolución Directoral N° 000220-2019-DG- INSNSB, así como, los documentos que la contienen, en consecuencia, se deje sin efecto las resoluciones de contrato que declara la nulidad de los contratos.
- **Respecto a la Segunda Pretensión Principal de la Demanda:**
Determinar si corresponde que el Árbitro Único declare válidas las resoluciones del contrato practicadas por el contratista mediante cartas notariales de fechas 9 de octubre de 2019, por incumplimiento de obligaciones esenciales contractuales.
- **Respecto a la Tercera Pretensión Principal de la Demanda:** Determinar si corresponde que el Árbitro Único ordene a la entidad el pago de valorizaciones pendientes de acreencias por incumplimiento de obligaciones esenciales contractuales.
- **Respecto a la Cuarta Pretensión Principal de la Demanda:**
Determinar si corresponde que el Árbitro Único ordene el pago indemnizatorio correspondiente por el daño causado producto de la declaratoria de nulidad y el incumplimiento en el pago de obligaciones contractuales esenciales.
- **Respecto a la Quinta Pretensión Principal de la Demanda:** Determinar si corresponde que el Árbitro Único debe declarar la expresa condena de costos a cargo de la parte demandada.

ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS

PRUEBAS OFRECIDAS POR ASSIS:

Documentales:

Las pruebas documentales ofrecidas por la parte demandante en el acápite "V. Medios Probatorios" del numeral A.1 al numeral A.23 de su escrito de demanda, de fecha 11 de agosto de 2020; siendo estos:

- A.1. Contrato N°081-2019-INSN-SB, para el ítem N°06
 - A.2. Contrato N° 082-2019-INSN-SB, para el ítem N°07
 - A.3. Contrato N° 097-2019-INSN-SB, para el ítem N°08
- Primera pretensión:
- A.4. Copia simple de carta notarial emitida N° 000003-2019-UAD-INSNSB, mediante la cual comunicado de nulidad de los contratos N°81, 82, 97. Contendida en Resolución

- A.5. Copia simple de la Carta Notarial N° 51-2019-ASISS/GG con fecha 17 de octubre de 2019, donde emitimos emite descargo ante la Resolución Directoral N° 220-2019, con la finalidad de que reconsideren su decisión, pese a encontrarnos en relación de paridad contractual.
- A.6. Copia simple del contrato de trabajo, de la Licenciada Graciela Navarro Garay, quien desempeña labor de enfermera en un área operativa, que no realiza funciones administrativas, ni funciones de determinación de especificaciones técnicas, función logística, no labora en el órgano encargado de las contrataciones de la Entidad.
- A.7. Copia simple del Memorando N° 414-2019, en la cual se le rota de área y se le designa y encarga funciones a realizar.
- A.8. Copia simple del Organigrama Institucional, del cual se determina que la función que realiza la Licenciada Graciela Navarro Garay, es estrictamente operativa, no cumple función administrativa, que determine poder de decisión.

Segunda pretensión:

Referente al Contrato N° 081-2019-INSN-SB (Hematología)

- A.9. Copia simple de la Carta N° 37-2019 – ASISS/GG, de fecha 26 de septiembre del 2019, mediante la cual, se apercibe a la Entidad sobre el cumplimiento de obligaciones contractuales esenciales.
- A.10. Copia simple de la Carta Notarial N° 42-2019 – ASISS/GG, de fecha 03 de octubre del 2019, mediante la cual, se apercibe a la Entidad sobre la resolución de contrato.
- A.11. Copia simple de la Carta Notarial N° 44-2019 – ASISS/GG, de fecha 09 de octubre del 2019, mediante la cual el Contratista decide optar por la Resolución de contrato, ante el incumplimiento de obligaciones esenciales contractuales por parte de la Entidad.

Referente al Contrato N° 082-2019-INSN-SB (Cirugía Pediátrica)

- A.12. Copia simple de la Carta N° 36-2019 – ASISS/GG, de fecha 26 de septiembre del 2019, mediante la cual, se apercibe a la Entidad sobre el cumplimiento de obligaciones contractuales esenciales.
- A.13. Copia simple de la Carta Notarial N° 43-2019 – ASISS/GG, de fecha 03 de octubre del 2019, mediante la cual, se apercibe a la Entidad sobre la resolución de contrato.
- A.14. Copia simple de la Carta Notarial N° 45-2019 – ASISS/GG, de fecha 09 de octubre del 2019, mediante la cual el Contratista decide optar por la Resolución de contrato, ante el incumplimiento de obligaciones esenciales contractuales por parte de la Entidad.

Referente al Contrato N° 097-2019-INSN-SB (Neonatología)

- A.15. Copia simple de la Carta N° 35-2019 – ASISS/GG, de fecha 26 de septiembre del 2019, mediante la cual, se apercibe a la Entidad sobre el cumplimiento de obligaciones contractuales esenciales.
- A.16. Copia simple de la Carta Notarial N° 41-2019 – ASISS/GG, de fecha 03 de octubre del 2019, mediante la cual, se apercibe a la Entidad sobre la resolución de contrato.
- A.17. Copia simple de la Carta Notarial N° 46-2019 – ASISS/GG, de fecha 09 de octubre del 2019, mediante la cual el Contratista decide optar por la Resolución de contrato, ante el incumplimiento de obligaciones esenciales contractuales por parte de la Entidad.

Tercera pretensión:

Referente al Contrato N° 081-2019-INSN-SB (Hematología)

- A.18. Copia simple de las Cartas N° 24/25/32/ 50-2019 – ASISS/GG, se remitieron los Entregables referentes a los meses julio, junio y agosto, setiembre respectivamente, es importante señalar que estos Entregables fueron presentados dentro del plazo contractual establecido y cuentan con conformidad de servicio por el área usuaria.

Referente al Contrato N° 082-2019-INSN-SB (Cirugía Pediátrica)

- A.19. Copia simple de las Cartas N° 22/27/33/47-2019 – ASISSL/GG, se remitieron los Entregables referentes a los meses julio, junio, agosto y septiembre respectivamente, es importante señalar que estos Entregables fueron presentados dentro del plazo contractual establecido.
- A.20. Copia simple de Carta N° 29 -2019 – ASISSL/GG, de fecha 26 de agosto se solicita al área usuaria emitir las respectivas conformidades de servicio. Referente al Contrato N° 097-2019-INSN-SB (Neonatología)
- A.21. Copia simple de las Cartas N° 23/26/34-2019 – ASISSL/GG, se remitieron los Entregables referentes a los meses julio, junio y agosto respectivamente, es importante señalar que estos Entregables fueron presentados dentro del plazo contractual establecido.
- A.22. Copia simple de la Carta N° 30 -2019 – ASISSL/GG, de fecha 26 de agosto se solicita al área usuaria emitir las respectivas conformidades de servicio.
- A.23. Copia simple de las facturas de la acreencia de la Entidad por la prestación de servicios de los diferentes contratos.
- Cuarta pretensión.
- A.24. Informe Contable, en el cual se cuantifica, los intereses correspondientes al incumplimiento de las obligaciones contractuales, cuantificación por daños y perjuicios,
- A.25. Cuantificación por daño emergente y lucro cesante, informe contable que será presentado luego de fijados los puntos controvertidos, para su cuantificación actualizada.

Informes:

El informe contable ofrecido por la parte demandante en el acápite "V. Medios Probatorios" del numeral A.24 de su escrito de demanda, de fecha 11 de agosto de 2020. Al respecto, el Árbitro Único dispone otorgar un plazo de veinte (20) días hábiles para que cumpla con presentar el referido informe.

El Árbitro Único se reservó el derecho de disponer oportunamente la actuación de oficio de cualquier otro medio probatorio que considere conveniente, al amparo de lo establecido por el artículo 28(4) del Reglamento.

PRUEBAS OFRECIDAS POR EL INSTITUTO:

Por **Orden Procesal No. 5**, se corrigió la Orden Procesal No. 4., y se admitió los medios probatorios ofrecidos en el acápite III Medios Probatorios de su escrito de contestación de demanda de fecha 15 de setiembre de 2,020; siendo estos *"los documentos que obran en autos"*.

8. AUDIENCIA DE ILUSTRACIÓN:

Asimismo, por Orden Procesal No. 4, se dispuso, citar a las partes a **AUDIENCIA DE ILUSTRACIÓN** para el día 2 de octubre de 2020 a las 3.00 p.m. horas, la cual se llevará cabo a través de la plataforma Zoom conforme a las nuevas reglas aprobadas, fijándose las reglas para su realización virtual.

Dicha Audiencia fue reprogramada a solicitud del INSTITUTO, dictándose la **Orden Procesal No. 6**, en donde se fijó fecha para el 9 de octubre de 2,020 a las 3 pm.

La **AUDIENCIA DE ILUSTRACIÓN** se llevó a cabo en la fecha indicada con presencia de ambas partes; la misma que fue grabada y entrega la copia pertinente de esta a ambas partes.

Por escrito presentado el 26 de octubre de 2,020, ASSIS., cumplió con presentar el Informe Contable sobre cuantificación sobre proyección de ingresos y gastos incurridos en la prestación de servicios al INSN-SB de acuerdo a los contratos.

Por **Orden Procesal No. 8**, se otorgó al INSTITUTO, el plazo de 20 días hábiles para que manifieste lo que corresponda a su derecho en relación al Informe Contable presentado por ASSIS. Habiendo dicha parte cumplió con absolver dicho traslado mediante escrito de fecha 2 diciembre de 2,020.

9. **AUDIENCIA DE PRUEBAS**

Por **Orden Procesal No. 9**, se tuvo por absuelto el escrito presentado por el INSTITUTO de fecha 2 de diciembre de 2.020, anteriormente indicado; citándose a **Audiencia de Informe Pericial** para el 19 de enero de 2,021 a horas 11 a.m.

La **Audiencia de Informe Pericial** se llevó a cabo en la fecha indicada con presencia de ambas partes y del Contador señor Juan Javier Ramirez Portillo, quien fue el que elaboró el Informe Contable correspondiente. Dicha Audiencia fue grabada y entregada la copia pertinente de esta grabación a ambas partes.

10. **ALEGATOS y AUDIENCIA DE INFORMES ORALES:**

Por **Orden Procesal No. 10**, se otorgó a ambas partes el plazo de 10 días hábiles para que presenten sus alegatos por escrito, y se citó a estas a la Audiencia de Informes Orales para el 23 de febrero de 2,021 a horas 10:30 a.m.

Por escrito presentado el 4 de febrero de 2,021, el INSTITUTO presentó sus alegatos escritos.

Por **Orden Procesal No. 11**, se tiene presente el alegato presentado por el INSTITUTO y se deja constancia que ASSIS E.I.R.L. no presentó sus alegatos escritos.

Por escrito de fecha 8 de marzo de 2,021 el INSTITUTO presenta argumentos de defensa en donde pide se tenga presente.

Por escrito de fecha 22 de marzo de 2,021 el INSTITUTO presenta PPT argumentos de defensa en donde pide se tenga presente, adjuntado a su e mail del 5 de abril de 2,021.

11. **CIERRE DE LA INSTRUCCIÓN Y PLAZO PARA LAUDAR.**

Por **Orden Procesal No. 12**, se tiene presente escritos presentados por las partes y se declara el cierre de la instrucción; fijándose el plazo para laudar de 50 días hábiles.

CONSIDERANDO:

12. CUESTIONES PRELIMINARES PREVIO AL ANÁLISIS DE LA MATERIA CONTROVERTIDA:

Antes de entrar a analizar la materia controvertida, corresponde confirmar lo siguiente:

- i) Que, este Árbitro Único se constituyó de conformidad con lo dispuesto en la cláusula treinta y dos del contrato, así como, a las normas previstas en el Decreto Legislativo 1071 – Ley de Arbitraje.
 - ii) Que, en ningún momento se recusó al Árbitro Único.
 - iii) Que, ASSIS. presentó su demanda arbitral, dentro del plazo establecido;
 - iv) Que, el INSTITUTO fue debidamente emplazado con el escrito de demanda arbitral, ejerciendo su derecho de defensa presentando su escrito de contestación de la demanda, dentro del plazo concedido;
 - v) Que las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, los cuales fueron objeto de actuación por parte del Árbitro Único, así como ejercieron la facultad de presentar alegatos e, inclusive, de informar oralmente; y,
 - vi) Que, el Árbitro Único está procediendo a laudar dentro del plazo establecido.
- Asimismo, el Árbitro Único considera que los medios probatorios tienen 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. Estos medios probatorios han sido valorados de manera conjunta, utilizando una apreciación razonada, de manera que, si no se prueban los hechos que fundamentan su pretensión, la demanda deberá ser declarada infundada, de conformidad con lo establecido en el artículo 42° de la Ley de Arbitraje, que confiere a los árbitros la facultad de determinar, de manera exclusiva, la admisibilidad, pertinencia y valor de las pruebas.
- El Árbitro Único deja constancia de que en el estudio, análisis y deliberación realizados ha tenido en cuenta todos los argumentos y las alegaciones de las partes, así como todos los medios probatorios aportados, y ha hecho un análisis y valoración en conjunto, de manera que la no referencia a un argumento o a una prueba, no supone que no lo haya tomado en cuenta para su decisión.
- En atención a lo establecido en las Ordenes Procesal No. 4 y 5, en donde se determinaron las Cuestiones Materia de Pronunciamiento, el Árbitro Único señala que la enumeración de los puntos controvertidos es meramente ilustrativa, constituyendo una pauta referencial para este, la cual no limita el análisis que éste deberá efectuar respecto de la controversia y de las pretensiones planteadas.

13. NORMA APLICABLES PARA LA SOLUCIÓN DE LA CONTROVERSIA.

- Con el propósito de atender las pretensiones suscitadas en el presente proceso, este Árbitro Único considera pertinente referirse previamente al marco legal aplicable a las controversias materia del presente proceso arbitral.

- Para ello, debemos remitirnos a lo establecido en la cláusula décimo quinto que figuran en los 3 contratos, que dice:

“Cláusula Décima Quinta.- Sólo en lo previsto en este contrato, en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, en las Directivas que emita el OSCE y demás normativa especial que resulte aplicable, serán de aplicación supletoria las disposiciones pertinente del Código Civil vigente, cuando corresponda, y demás normas de derecho privado.”

- Respecto al tema, el Árbitro Único advierte que la base legal para evaluar las pretensiones demandadas, están constituidas por lo estipulado en los CONTRATOS; y, que la ley aplicable al fondo de la controversia será la ley peruana, conforme se indicó en la cláusula décima quinta antes citada. Sin embargo, el Árbitro Único queda facultado para suplir, a discreción, cualquier deficiencia o vacío existente en la legislación o en el contrato, mediante la aplicación de principios generales del derecho.

14. TIPO DE ARBITRAJE.

En la Orden Procesal No. 2, en donde se aprobaron las reglas del presente proceso arbitral, se estableció que el tipo de arbitraje es nacional y de derecho.

15. ANÁLISIS DE LA MATERIA CONTROVERTIDA EN RELACION CON LAS PRETENSIONES DEMANDADAS.

15.1. MATERIA CONTROVERTIDA DERIVADA DE LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA:

Determinar si corresponde que el Árbitro Único declare nula o ineficaz la Carta Notarial N° 000003-2019-UAD- INSNSB de fecha de recepción 16 de octubre de 2019, que contiene la Resolución Directoral N° 000220-2019-DG- INSNSB, así como, los documentos que la contienen, en consecuencia, se deje sin efecto las resoluciones de contrato que declara la nulidad de los contratos.

POSICIÓN DE ASSIS.

- Esta parte, afirma que la Resolución Directoral N° 00020-2019-DG-INSNSB, que declaró nulo el Contrato N° 081-2019-INSN-SB, el contrato N° 081-2019-INSN-SB y el contrato N° 081-2019-INSN-SB (en adelante “los contratos”) es nula por no contener una debida motivación y por no haberse seguido el procedimiento de nulidad, conforme a lo señalado en el artículo 1°, 3°, numerales 2 y 3 y artículo 10° inciso 1 y 2 de la Ley 27444.
- Así, señala que:
 - i) El INSTITUTO en la Resolución Directoral N° 00020-2019-DG-INSNSB, no ha tomado en consideración lo señalado en el artículo 11°, inciso f), última parte de

la LCE, que señala que, cualquiera sea el régimen legal de contratación aplicable, están impedidos de ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas, las siguientes personas: *f) Los servidores públicos no comprendidos en el literal anterior, y los trabajadores de las empresas del Estado, en todo proceso de contratación en la Entidad a la que pertenece, mientras ejerce su función. Luego de haber concluido su función y hasta doce (12) meses después, el impedimento se aplica para los procesos de contratación en la Entidad a la que pertenecieron, siempre que, por la función desempeñada dicha persona haya tenido influencia, poder de decisión, información privilegiada referida a tales procesos o conflictos de intereses.*

En el presente caso, si bien la Licenciada Graciela Navarro Garay (hermana de la Titular Gerente de ASSIS señora Guissela Navarro Garay), es servidora del INSTITUTO, ella se desempeña como Enfermera de la Unidad de Trasplantes y Donaciones, es decir, como parte operativa, sin que tenga poder de decisión, no acceso ni información privilegiada; razón por la que, se encuentra dentro de la excepción prevista en el artículo 11°, inciso f), última parte de la LCE.

- ii) Se ha declarado, de oficio, la nulidad de los contratos, sin que se haya cumplido con el trámite previsto en el artículo 44.2 de la LCE y artículo 145° del Reglamento de la LCE, pues, no se le ha notificado del inicio del procedimiento de declaratoria de nulidad, ni dado la oportunidad de hacer su descargo, previa a expedición de la Resolución Directoral N° 00020-2019-DG-INSNSB.
- Asimismo, ofrece como prueba para sustentar esta pretensión los documentos que corren como Anexos A.4, A.5, A.6, A7 y A.8.

POSICIÓN DEL INSTITUTO.

- Esta parte señala que la Resolución Directoral N° 00020-2019-DG-INSNSB, declaró la nulidad de oficio, los contratos N° 081-2019-INSN-SB, N° 082-2019-INSN-SB y N° 082-2019-INSN-SB, derivados del procedimiento de selección – Concurso Público N° 001-2019-INSN-SB “Contratación Anual de Servicios de Profesionales de la Salud”, por haberse perfeccionado en contravención del literal k) del artículo 11° de la LCE, directamente vinculado con los literales f) y h) del precitado marco normativo, al existir parentesco de segundo grado de consanguinidad entre el Titular Gerente de la empresa ASSIS E.I.R.L. Guissela Navarro Garay y la Licenciada Graciela Navarro Garay, servidora del Instituto Nacional de Salud del Niño.
- Que, un contrato nulo por definición es inexistente y no debe surtir efectos, por tanto, la declaración de nulidad de un contrato determina que las obligaciones que constituyen su objeto se vuelvan inexigibles para las partes.
- Asimismo, ofrece como prueba para sustentar esta pretensión los documentos que obran en el Expediente, los mismos que han sido presentados por ASSIS.

ANÁLISIS Y POSICIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO.

- Conforme a lo señalado por las partes, tanto en la demanda, como en su contestación, este Árbitro Único considera que para pronunciarse si la Resolución Directoral N° 00020-2019-DG-INSNSB, es nula por vulnerar los artículos 1°, 3°, numerales 2) y 3), y, artículo 10° inciso 1 y 2 de la Ley 27444, debe analizarse dos extremos, el primero, si es que, en el presente caso, estamos frente a la excepción prevista en el artículo 11°, inciso f), última parte de la LCE, la que sí permite contratar, esto es, debemos analizar, si la función desempeñada por la Licenciada Graciela Navarro Garay, hermana de la Titular Gerente de ASSIS, ha tenido influencia, poder de decisión, información privilegiada referida al proceso o conflictos de interés materia de la demanda, y el segundo, si es que el INSTITUTO al expedir la Resolución Directoral N° 00020-2019-DG-INSNSB, observó o no el procedimiento señalado en el artículo 44.2 de la LCE y artículo 145° del Reglamento de la LCE.

- En relación al primer extremo, esto es, si estamos frente a la excepción prevista en el artículo 11°, inciso f), última parte de la LCE, esto es, si la función desempeñada por la Licenciada Graciela Navarro Garay, hermana de la Titular Gerente de ASSIS, ha tenido influencia, poder de decisión, información privilegiada referida a tales procesos o conflictos de intereses, materia de la demanda.

Debemos señalar que:

- o Que, el artículo 11.1 de la LCE, señala:

Artículo 11. Impedimentos

11.1 Cualquiera sea el régimen legal de contratación aplicable, están impedidos de ser Participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas, incluso en las contrataciones a que se Refiere el literal a) del artículo 5 de la presente Ley, las siguientes personas:

f) Los servidores públicos no comprendidos en literal anterior, y los trabajadores de las empresas del Estado, en todo proceso de contratación en la Entidad a la que pertenecen, mientras ejercen su función. Luego de haber concluido su función y hasta doce (12) meses después, el impedimento se aplica para los procesos de contratación en la Entidad a la que pertenecieron, siempre que por la función desempeñada dichas personas hayan tenido influencia, poder de decisión, información privilegiada referida a tales procesos o conflicto de intereses.

- o El INSTITUTO en su contestación de demanda, no ha emitido pronunciamiento alguno, sobre la aplicación de la parte in fine del inciso f) anteriormente citado. Supuesto que según ASSIS, da validez a los contratos materia de este arbitraje, pues, la Licenciada Graciela Navarro Garay, quien presta servicios en el INSTITUTO no ha tenido influencia, ni poder de decisión, ni información privilegiada referida al proceso materia de arbitraje ni conflicto de interés.

- o Al analizar la contestación de la demanda, apreciamos que el INSTITUTO, no ha manifestado si resulta cierto o no que la Licenciada Licenciada Graciela Navarro

Garay, el ejercer sus funciones haya tenido influencia, poder de decisión, información privilegiada referida a tales procesos o conflictos de intereses, materia de la demanda. Tampoco apreciamos pronunciamiento alguno en este extremo en la Resolución Directoral N° 00020-2019-DG-INSNSB, omisión que también se aprecia en el escrito de alegatos de fecha 3 de febrero de 2,021, presentado por dicha parte.

No obstante ello, en el escrito de fecha 8 de marzo de 2,021, presentado por el INSTITUTO, este recién se pronuncia de manera formal sobre el cuestionamiento anteriormente indicado, para lo cual, señala que al ser evidente que Guissela Navarro Garay “Gerente de ASSIS” al mantener una relación de segundo grado de consanguinidad (hermana) con Graciela Navarro Garay “servidora pública del INSTITUTO sin poder dirección o decisión”, se encontraba impedida de ser postor, contratista y/o subcontratista”, por así señalado la Opinión N° 111-2019/DTN, que dice *“respecto de los servidores públicos sin poder de dirección o decisión, de conformidad con la ley de la materia, el impedimento aplica durante el ejercicio del cargo únicamente en las contrataciones de la Entidad de la que formaron parte, mientras que luego de haber dejado el cargo dichos servidores públicos (sin poder de dirección o decisión) no tendrán impedimento alguno.”*

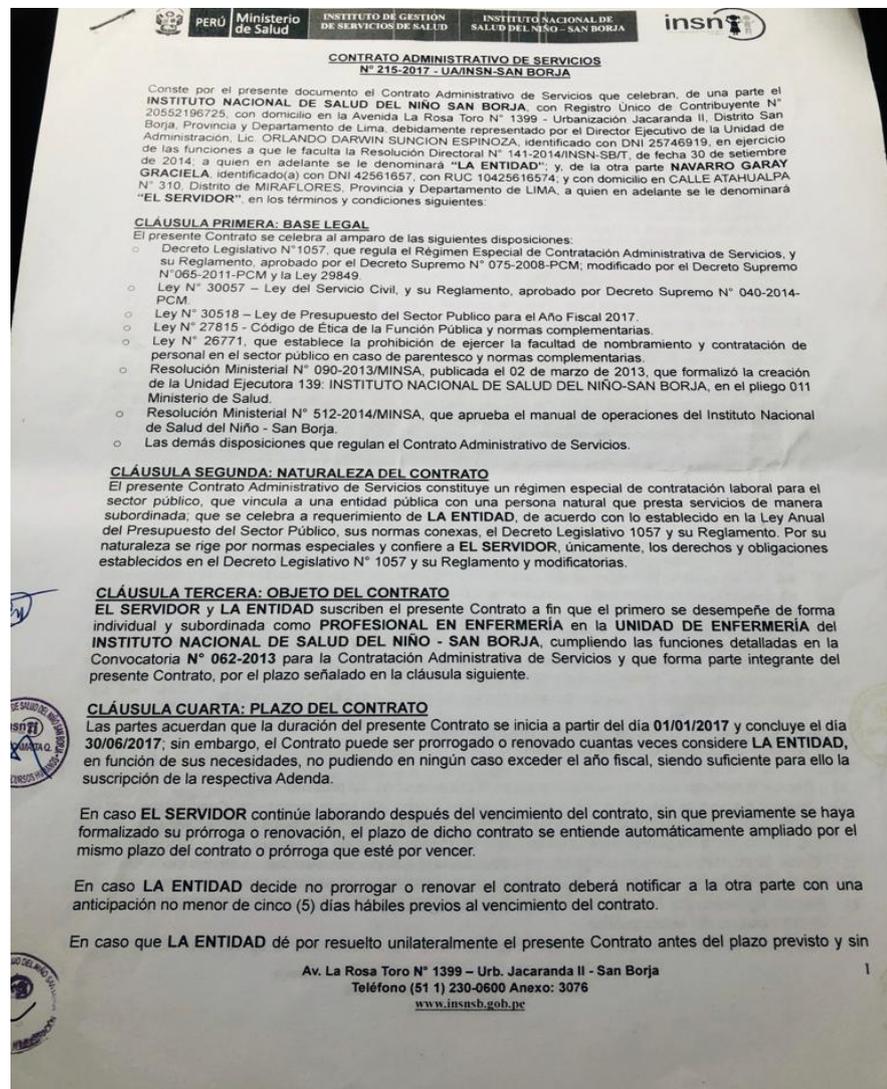
En tal sentido, este Árbitro Único aprecia que el INSTITUTO, variando su argumento de defensa, respecto de esta pretensión, pretende validar la declaratoria de nulidad de los contratos, en la indicada Opinión N° 111-2019/DTN de fecha 9 de julio de 2,019, la misma que no solo ha sido expedida en fecha posterior a la celebración y firma de “los contratos”, sino que, tampoco aplica al caso materia de este proceso arbitral, por cuanto, dicha Opinión se refiere al caso en que un servidor público sin poder de dirección pretenda contratar y recibir una contraprestación por ello, con la Entidad a la que pertenece, situación que no es el caso materia de autos, por cuanto, la Licenciada Graciela Navarro Garay, no intervino en el presente caso como postor ni menos recibió contraprestación alguna por los contratos materia de este proceso.

Así, véase la pregunta formulada en dicha Opinión: *“En el marco de los alcances del literal f) de la Ley de Contrataciones del Estado vigente: ¿Un servidor público sin poder de dirección o decisión podría ser participante, postor u contratista y recibir una contraprestación (pago) por la ejecución de prestaciones? Por ejemplo, para la cesión de derechos de autos a título oneroso y/o la ejecución del servicio de investigación”*. Con esto notamos que, el supuesto sometido a consulta es distinto al supuesto que estamos analizando en el presente caso, toda vez que, como ya hemos señalado la Licenciada Graciela Navarro Garay, no intervino en el presente caso como postor ni menos recibió contraprestación alguna por los contratos materia de este proceso.

Asimismo, en dicho escrito el INSTITUTO cita la Opinión N° 006-2019/DTN de fecha 11 de enero de 2,019., en cuya conclusión señalada en el numeral 3.1 dice lo siguiente:

“Un funcionario o servidor público durante el ejercicio del cargo, se encuentra impedido de ser participante, postor, contratista y/o subcontratista en cualquier contratación pública que se realice dentro del territorio nacional, tenga o no influencia, poder de decisión, o información privilegiada sobre el proceso de contratación, o en su participación le genere un conflicto de interés...” (El subrayado es nuestro)

Nótese que dicha Opinión hace referencia al impedimento de contratar siempre que el servidor público, sin tener poder de decisión, “esté vinculado al proceso de contratación o su participación genere un conflicto de interés”. En el presente caso, con la copia del contrato que corre como Anexo A.6 de la demanda, que dice:



Ha quedado demostrado que la Licenciada Graciela Navarro Garay, hermana de la Titular Gerente de ASSIS señora Guissela Navarro Gara, no ha tenido

injerencia ni vinculación con el proceso de contratación materia de este proceso ni su participación ha generado un conflicto de interés con dicho proceso, tan solo, ha señalado que, por ser su hermana, la contratista está impedida, lo cual no es suficiente para declarar nulo el contrato.

- De lo antes señalado por el INSTITUTO, así como, de los medios de pruebas referidos a los documentos que corren como Anexos A.4, A.5, A.7 y A.8, los mismos que no han sido negados ni impugnados por el INSTITUTO, este Árbitro Único considera que se encuentra probado que la Licenciada Graciela Navarro Garay, hermana de la Titular Gerente de ASSIS señora Guissela Navarro Garay, en el ejercicio de sus funciones como Enfermera de la Unidad de Trasplantes y Donaciones del INSTITUTO, no ha tenido influencia, poder de decisión, información privilegiada referida al proceso materia de este arbitraje o conflictos de intereses, encontrándose dentro de la excepción prevista en el artículo 11°, inciso f), última parte de la LCE, que si permite contratar.
 - Téngase presente, además que, este Árbitro Único, interpreta que, dicha excepción, al impedimento de contratar, resulta aplicable a todo los supuestos previstos en dicho inciso f), por ser parte integrante del mismo, y sin que, en dicha norma se haya hecho referencia a limitación alguna en su aplicación.
 - Es por estas razones que, la Resolución Directoral N° 00020-2019-DG-INSNSB, deviene en nula al vulnerar el artículo 3°, numeral y 3), y, artículo 10° inciso 1 de la Ley 27444 y artículo 11.1 inciso f) in fine de la LCE, así como, la Carta Notarial N° 000003-2019-UAD.INSNSB, al pronunciarse indebidamente sobre la contravención del literal k) del artículo 11° del TUO de la LCE, directamente vinculado con los literales f) y h) de dicho artículo.
- En relación al segundo extremo, esto es, si el INSTITUTO al expedir la Resolución Directoral N° 00020-2019-DG-INSNSB, observó o no el procedimiento señalado en el artículo 44.2 de la LCE y artículo 145° del Reglamento de la LCE al declarar la nulidad de los contratos.

Debemos señalar que:

- El numeral 44.2 de la LCE y su inciso a), señalan que “después de celebrado los contratos, la Entidad puede declarar la nulidad de oficio, por haberse perfeccionado en contravención con el artículo 11.
- El artículo 145° del RLCE, al referirse a la nulidad del contrato, señala en su numeral 145.1 que *“cuando la Entidad decide declarar la nulidad de oficio del contrato por alguna de las causales previstas en el artículo 44° de la Ley, cursa carta notarial al contratista, adjuntando copia fedateada del documento que declara la nulidad. Dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes el contratista que no esté de acuerdo con esta decisión puede someter la controversia a arbitraje”*.

El numeral 145.3 señala que *“cuando la Entidad advierta posibles vicios de nulidad del contrato, corre traslado a las partes para que se pronuncien en un plazo máximo de cinco (5) días hábiles”*.

- A este respecto, este Árbitro Único toma en consideración la conducta asumida por el INSTITUTO, expresada tanto en sus escritos de contestación, alegatos y t de fecha 8 de marzo de 2,021, en donde NO HA NEGADO que haya incumplido con lo señalado en el numeral 145.3 del RLCE, esto es, el de haber corrido traslado a ASSIS sobre el posible vicio de nulidad antes de su pronunciamiento de nulidad, razón por la que, la inobservancia de dicho numeral, invalida los efectos de la Resolución Directoral N° 00020-2019-DG-INSNSB.

Debemos tener presente que si bien el numeral 145.1 del RLCE, señala que cuando la Entidad decida declarar la nulidad de oficio del contrato por alguna causal prevista en el artículo 44 de la Ley, cursando la carta notarial respectiva. Dicha disposición en nada niega que la Entidad, deba comunicar previamente a tomar dicha decisión, la situación advertida; y esto, es así, porque toda persona tiene el derecho constitucional a la defensa, del cual no puede ser privado. Es por ello que, una interpretación integral y coherente del citado artículo 145° del RLCE, hace que en todos los casos en que la Entidad pretenda declarar nulo un contrato, conforme a lo señalado en el numeral 145.3, debe previamente comunicar tal situación al Contratista.

- Es de notar que, en la Audiencia de Informes Orales, en relación a este tema, el abogado del INSTITUTO, Dr. Roy Vela, manifestó que, no se cumplió con lo indicado con el numeral 145.3, pues, para dicha declaratoria de nulidad solo bastaba con dar cumplimiento al numeral 145.1 (véase la grabación de la Audiencia a partir del minuto 21.45). A este respecto, este Árbitro Único considera no adecuado el argumento de defensa vertido, pues, como hemos señalado, el procedimiento de declaración de nulidad de oficio de un contrato, se encuentra plenamente regulado en el artículo 145° de la LCE, debiéndose observar los numerales que este indica, justamente, para no causar indefensión al Contratista y darle la oportunidad de su defensa, antes que se declare la nulidad del contrato, como plena observancia del debido procedimiento administrativo, el cual ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional en reiteradas sentencias, como las expedidas en la STC No. 8957-2006-AA/TC, STC No. 8865-2006-AA/TC y STC No. 5085-2006-AA/TC, en esta última el fundamento 4, señala;

*“4. Al respecto, el debido proceso y los derechos que conforman su contenido esencial están garantizados no solo en el seno de un proceso judicial, sino también en el ámbito del procedimiento administrativo. El debido procedimiento administrativo supone, en toda circunstancia, el respeto – por parte de la administración pública o privada – de todos los principios y derechos normalmente protegidos en el ámbito de la jurisdicción común o especializada, a los cuales se refiere el artículo 139 de la Constitución (STC 4289-2004-AA/TC).
5. Sentada esta premisa, el derecho de defensa constituye un derecho fundamental de naturaleza procesal que conforma, a su vez, el ámbito del*

debido proceso, y sin el cual no podría reconocerse la garantía de este últimos. Por ello, en tanto derecho fundamental, se proyecta como principio de interdicción para afrontar cualquier indefensión y como principio de contradicción de los actos procesales que pudieran repercutir en la situación jurídica de alguna de las partes, sea en un proceso o procedimiento, o en el caso de un tercero con interés.”

- o Como vemos, el ejercicio del derecho de defensa es un derecho fundamental de plena observancia en todo procedimiento administrativo. Por lo que, resulta evidente que el INSTITUTO al no haber cumplido con hacer de conocimiento previo su intención de declarar nulo los contratos, ha violado el debido procedimiento administrativo, al no habersele dado la oportunidad de defensa previa, a ASSIS.
 - o Es por estas razones por la que la Resolución Directoral N° 00020-2019-DG-INSNSB, deviene en nula al violar lo dispuesto en el artículo 145° y numeral 145.3 del Reglamento de la LCE y artículo 10° inciso 1) de la Ley 27444, así como, la Carta Notarial N° 000003-2019-UAD.INSNSB, al pronunciarse sobre la nulidad de los contratos sin que se le haya dado la oportunidad de defensa a ASSIS.
- Es por estas consideraciones que esta pretensión debe declararse FUNDADA.

15.2. MATERIA CONTROVERTIDA DERIVADA DE LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA:

Determinar si corresponde que el Árbitro Único declare válidas las resoluciones del contrato practicadas por el contratista mediante cartas notariales de fechas 9 de octubre de 2019, por incumplimiento de obligaciones esenciales contractuales.

POSICIÓN DE ASSIS.

- Que, el INSTITUTO, no cumplió con pagarle las prestaciones realizadas en virtud del Contrato N° 081-2019-INSN-SB, Contrato N° 082-2019-INSN-SB y Contrato N° 089-2019-INSN-SB, razón por la que, de conformidad con el artículo 36° de la LCE y artículo 164° del RLCE, inició el proceso de resolución de contrato, conforme se detalla a continuación:

Referente al Contrato N° 081-2019-INSN-SB (SERVICIO DE ESPECIALISTA HEMATOLOGÍA PARA EL SERVICIO DE HEMATOLOGÍA CLÍNICA – SUAIEPTPH), curso:

- o Carta N° 24/25/32/50-2019 – ASISS/GG, se remitieron los Entregables referentes a los meses junio, julio y agosto, setiembre respectivamente. Que, dichos entregables fueron presentados dentro del plazo contractual establecido y cuentan con conformidad de servicio por el área usuaria.
- o Carta N° 37-2019 – ASISS/GG, de fecha 26 de septiembre del 2019, se remitió a la entidad el Apercibimiento de cumplimiento de obligaciones contractuales.

- Carta N° 42-2019 – ASISS/GG, de fecha 03 de octubre del 2019, se remitió a la entidad el **Apercibimiento de resolución de contrato.**
- Carta N° 44-2019 – ASISS/GG, de fecha 09 de octubre del 2019, se remitió a la entidad la Resolución de contrato.

Referente al Contrato N° 082-2019-INSN-SB (SERVICIO DE ESPECIALISTA EN CIRUGÍA PEDIÁTRICA PARA LA SUB UNIDAD DE ATENCIÓN INTEGRAL ESPECIALIZADA DEL PACIENTE DE CIRUGÍA NEONATAL Y PEDIÁTRICA).

- Cartas N° 22/27/33/47-2019 – ASISS/GG, se remitieron los Entregables referentes a los meses junio, julio, agosto y septiembre respectivamente. Dichos entregables fueron presentados dentro del plazo contractual establecido. No habiendo el área usuaria dado su conformidad de servicio.
- Carta N° 29 -2019 – ASISS/GG, de fecha 26 de agosto se solicitó al área usuaria emitir las respectivas conformidades de servicio.
- Carta N° 36-2019 – ASISS/GG, de fecha 26 de septiembre del 2019, se remitió a la entidad el **Apercibimiento de cumplimiento de obligaciones contractuales.**
- **Carta N° 43-2019 – ASISS/GG, de fecha 03 de octubre del 2019, se remitió a la entidad el **Apercibimiento de resolución de contrato.****
- Carta N° 45-2019 – ASISS/GG, de fecha 09 de octubre del 2019, se remitió a la entidad la Resolución de contrato.

Referente al Contrato N° 097-2019-INSN-SB (SERVICIO DE SUB ESPECIALISTA NEONATOLOGO PARA LA SUB UNIDAD DE ATENCIÓN INTEGRAL ESPECIALIZADA DEL PACIENTE DE CIRUGÍA NEONATAL Y SUAIEPCNP)

- Carta N° 23/26/34-2019 – ASISS/GG, se remitieron los entregables referentes a los meses julio, junio y agosto respectivamente. Dichos Entregables fueron presentados dentro del plazo contractual establecido y que el área usuaria no dio conformidad de servicio.
- Carta N° 30 -2019 – ASISS/GG, de fecha 26 de agosto se solicitó al área usuaria emitir las respectivas conformidades de servicio.
- Carta N° 35-2019 – ASISS/GG, de fecha 26 de septiembre del 2019, se remitió a la entidad el **Apercibimiento de cumplimiento de obligaciones contractuales.**
- **Carta N° 41-2019 – ASISS/GG, de fecha 03 de octubre del 2019, se remitió a la entidad el **Apercibimiento de resolución de contrato.****
- Carta N° 46-2019 – ASISS/GG, de fecha 09 de octubre del 2019, se remitió a la entidad la Resolución de contrato.

- Que, no obstante, los apercibimientos de resolución de contrato, efectuados mediante las Carta N° 41-2019 – ASISS/GG, Carta N° 42-2019 – ASISS/GG, y Carta N° 43-2019 – ASISS/GG y pese al plazo de 5 días hábiles otorgado al INSTITUTO, este no cumplió con su obligación de pago (prestación esencial), razón por la que al amparo de los numerales 165.1 y 165.3 del RLCE, se declaró resueltos los contratos, conforme se aprecia de las Carta N° 44-2019 – ASISS/GG, Carta N° 45-2019 – ASISS/GG y Carta N° 46-2019 – ASISS/GG, todas de fecha 09 de octubre del 2019.

POSICIÓN DEL INSTITUTO.

Dicha pretensión deviene en infundada, en atención a la declaración de nulidad de los contratos, lo que implica que todas las actividades que se llevaron a cabo luego de celebrado los contratos también son nulas e inexistentes.

ANÁLISIS Y POSICIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO.

- Este Árbitro Único, toma en consideración la respuesta dada por el INSTITUTO en su contestación de demanda, quien, no ha negado su falta de pago de las prestaciones invocadas por ASSIS como causal de resolución, en sus cartas Carta N° 41-2019 – ASISS/GG, Carta N° 42-2019 – ASISS/GG, y Carta N° 43-2019 – ASISS/GG. Sino que este incumplimiento lo sustenta en la declaración de nulidad de los contratos, la misma que como hemos señalado al pronunciarnos sobre la primera pretensión principal, resulta inválida, esto es, nula.
- Que, ASSIS con la expedición de las cartas Carta N° 41-2019 – ASISS/GG, Carta N° 42-2019 – ASISS/GG, y Carta N° 43-2019 – ASISS/GG, así como, las Carta N° 44-2019 – ASISS/GG, Carta N° 45-2019 – ASISS/GG y Carta N° 46-2019 – ASISS/GG, ha demostrado que ha seguido el procedimiento de resolución de contrato por causa imputable al Contratista, previsto en el artículo 36.1° de la LCE y artículos 164° y 165° del RLCE, sin que hasta la fecha el INSTITUTO haya cumplido con su contraprestación de pago (obligación esencial).

Dichos documentos corren adjuntos a la demanda, como Anexos:

- Referente al Contrato N° 081-2019-INSN-SB (Hematología)
- A.9. Copia simple de la Carta N° 37-2019 – ASISS/GG, de fecha 26 de septiembre del 2019, mediante la cual, se apercibe a la Entidad sobre el cumplimiento de obligaciones contractuales esenciales.
- A.10. Copia simple de la Carta Notarial N° 42-2019 – ASISS/GG, de fecha 03 de octubre del 2019, mediante la cual, se apercibe a la Entidad sobre la resolución de contrato.
- A.11. Copia simple de la Carta Notarial N° 44-2019 – ASISS/GG, de fecha 09 de octubre del 2019, mediante la cual el Contratista decide optar por la Resolución de contrato, ante el incumplimiento de obligaciones esenciales contractuales por parte de la Entidad.
- Referente al Contrato N° 082-2019-INSN-SB (Cirugía Pediátrica)
- A.12. Copia simple de la Carta N° 36-2019 – ASISS/GG, de fecha 26 de septiembre del 2019, mediante la cual, se apercibe a la Entidad sobre el cumplimiento de obligaciones contractuales esenciales.
- A.13. Copia simple de la Carta Notarial N° 43-2019 – ASISS/GG, de fecha 03 de octubre del 2019, mediante la cual, se apercibe a la Entidad sobre la resolución de contrato.
- A.14. Copia simple de la Carta Notarial N° 45-2019 – ASISS/GG, de fecha 09 de octubre del 2019, mediante la cual el Contratista decide optar por la Resolución de contrato, ante el incumplimiento de obligaciones esenciales contractuales por parte de la Entidad.
- Referente al Contrato N° 097-2019-INSN-SB (Neonatología)
- A.15. Copia simple de la Carta N° 35-2019 – ASISS/GG, de fecha 26 de septiembre del 2019, mediante la cual, se apercibe a la Entidad sobre el cumplimiento de obligaciones contractuales esenciales.
- A.16. Copia simple de la Carta Notarial N° 41-2019 – ASISS/GG, de fecha 03 de octubre del 2019, mediante la cual, se apercibe a la Entidad sobre la resolución de contrato.
- A.17. Copia simple de la Carta Notarial N° 46-2019 – ASISS/GG, de fecha 09 de octubre del 2019, mediante la cual el Contratista decide optar por la Resolución de contrato, ante el incumplimiento de obligaciones esenciales contractuales por parte de la Entidad.

- Téngase presente que las pruebas antes señaladas, no han sido materia de cuestionamiento por parte del INSTITUTO.
- Es por estas consideraciones que esta pretensión deviene en FUNDADA.

15.3. MATERIA CONTROVERTIDA DERIVADA DE LA TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA:

Determinar si corresponde que el Árbitro Único ordene a la entidad el pago de valorizaciones pendientes de acreencias por incumplimiento de obligaciones esenciales contractuales.

POSICIÓN DE ASSIS.

- Que, el INSTITUTO, no cumplió con pagarle las prestaciones realizadas en virtud de la cláusula cuarta que corre inserta en el Contrato N° 081-2019-INSN-SB, Contrato N° 082-2019-INSN-SB y Contrato N° 089-2019-INSN-SB, razón por la que, cumplió con requerir el pago de estas, conforme se detalla a continuación:

Referente al Contrato N° 081-2019-INSN-SB (SERVICIO DE ESPECIALISTA HEMATOLOGÍA PARA EL SERVICIO DE HEMATOLOGÍA CLÍNICA – SUAIEPTPH), curso:

- o Carta N° 24/25/32/50-2019 – ASSIS/GG, se remitieron los Entregables referentes a los meses junio, julio y agosto, setiembre respectivamente. Que, dichos entregables fueron presentados dentro del plazo contractual establecido y cuentan con conformidad de servicio por el área usuaria.
- o Carta N° 37-2019 – ASSIS/GG, de fecha 26 de setiembre del 2019, se remitió a la entidad el Apercibimiento de cumplimiento de obligaciones contractuales.

Referente al Contrato N° 082-2019-INSN-SB (SERVICIO DE ESPECIALISTA EN CIRUGÍA PEDIÁTRICA PARA LA SUB UNIDAD DE ATENCIÓN INTEGRAL ESPECIALIZADA DEL PACIENTE DE CIRUGÍA NEONATAL Y PEDIÁTRICA).

- o Cartas N° 22/27/33/47-2019 – ASSIS/GG, se remitieron los Entregables referentes a los meses junio, julio, agosto y setiembre respectivamente. Dichos entregables fueron presentados dentro del plazo contractual establecido. No habiendo el área usuaria dado su conformidad de servicio.
- o Carta N° 29 -2019 – ASSIS/GG, de fecha 26 de agosto se solicitó al área usuaria emitir las respectivas conformidades de servicio.
- o Carta N° 36-2019 – ASSIS/GG, de fecha 26 de setiembre del 2019, se remitió a la entidad el Apercibimiento de cumplimiento de obligaciones contractuales.

Referente al Contrato N° 097-2019-INSN-SB (SERVICIO DE SUB ESPECIALISTA NEONATOLOGO PARA LA SUB UNIDAD DE ATENCIÓN INTEGRAL ESPECIALIZADA DEL PACIENTE DE CIRUGÍA NEONATAL Y SUAIEPCNP)

- o Carta N° 23/26/34-2019 – ASSIS/GG, se remitieron los entregables referentes a los meses julio, junio y agosto respectivamente. Dichos Entregables fueron

- presentados dentro del plazo contractual establecido y que el área usuaria no dio conformidad de servicio.
 - o Carta N° 30 -2019 – ASISS/GG, de fecha 26 de agosto se solicitó al área usuaria emitir las respectivas conformidades de servicio.
 - o Carta N° 35-2019 – ASISS/GG, de fecha 26 de septiembre del 2019, se remitió a la entidad el Apercibimiento de cumplimiento de obligaciones contractuales.
- Que, el importe total adeudado, conforme se indican en las cartas anteriormente citadas, asciende a S/ 114,396, incluyendo IGV, suma que permanece impaga.

POSICIÓN DEL INSTITUTO.

Que, no le corresponde efectuar pago alguno, al haberse declarado nulo los contratos, por lo que las obligaciones contenidas en estas devienen en inexigibles.

ANÁLISIS Y POSICIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO.

- Este Árbitro Único, toma en consideración la respuesta dada por el INSTITUTO en su contestación de demanda, quien, no ha negado su falta de pago de las prestaciones invocadas por ASSIS en sus cartas Carta N° 35-2019 – ASISS/GG, Carta N° 36-2019 – ASISS/GG, y Carta N° 373-2019 – ASISS/GG. Sino que, este no pago, lo sustenta en la declaración de nulidad de los contratos, la misma que como hemos señalado al pronunciarnos sobre la primera pretensión principal, resulta inválida, esto es, nula.
- Que, ASSIS con la expedición de las indicadas cartas Carta, cuyo monto total no ha sido negado por el INSTITUTO, acredita su derecho al pago demandado, lo que encuentra amparo en lo dispuesto en la cláusula cuarta que corre inserta en el Contrato N° 081-2019-INSN-SB, Contrato N° 082-2019-INSN-SB y Contrato N° 089-2019-INSN-SB y en el artículo 1361° del Código Civil. Así como en los medios de prueba siguientes:
- o A.18. Copia simple de las Cartas N° 24/25/32/ 50-2019 – ASISS/GG, se remitieron los Entregables referentes a los meses julio, junio y agosto, setiembre respectivamente, es importante señalar que estos Entregables fueron presentados dentro del plazo contractual establecido y cuentan con conformidad de servicio por el área usuaria.
 - o A.19. Copia simple de las Cartas N° 22/27/33/47-2019 – ASISS/GG, se remitieron los Entregables referentes a los meses julio, junio, agosto y setiembre respectivamente, es importante señalar que estos Entregables fueron presentados dentro del plazo contractual establecido.
 - o A.20. Copia simple de Carta N° 29 -2019 – ASISS/GG, de fecha 26 de agosto se solicita al área usuaria emitir las respectivas conformidades de servicio.
 - o A.21. Copia simple de las Cartas N° 23/26/34-2019 – ASISS/GG, se remitieron los Entregables referentes a los meses julio, junio y agosto respectivamente, es importante señalar que estos Entregables fueron presentados dentro del plazo contractual establecido.

- o A.22. Copia simple de la Carta N° 30 -2019 – ASSIS/GG, de fecha 26 de agosto se solicita al área usuaria emitir las respectivas conformidades de servicio.
- o A.23. Copia simple de las facturas de la acreencia de la Entidad por la prestación de servicios de los diferentes contratos.

Téngase presente que dichos medios de prueba no han sido negados ni impugnados por parte del INSTITUTO.

- Con **relación al pago de intereses**, los mismos han sido solicitados, conforme se aprecia en la página 33 del escrito de demanda. Pedido que encuentra sustento en lo pactado en la cláusula cuarta de los contratos, en cuyo cuarto párrafo se señala que *“en caso de retraso en el pago por parte de LA ENTIDAD, salvo que se deba a caso fortuito o fuerza mayor, EL CONTRATISTA tendrá derecho al pago de intereses legales, conforme a lo establecido en el artículo 39° de la Ley de Contrataciones del Estado y artículo 171° de su Reglamento, los que se computan desde la oportunidad en que el pago debió efectuarse”*, por lo que dicho extremo demandado, también deviene en fundado.
- En el presente caso, se aprecia que ASSIS mediante Carta N° 37-2019-ASSIS/GG, Carta N° 36-2019-ASSIS/GG y Carta N° 35-2019-ASSIS/GG, remitidas todas, el 26 de septiembre del 2019, requirió el pago de las obligaciones pendientes de pago, siendo estas la oportunidad en que se debió efectuarse, razón, la por la que, los intereses legales demandados, deberán de computarse desde el requerimiento efectuado.
- Es por estas consideraciones que esta pretensión deviene en FUNDADA.

15.4. MATERIA CONTROVERTIDA DERIVADA DE LA CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA:

Determinar si corresponde que el Árbitro Único ordene el pago indemnizatorio correspondiente por el daño causado producto de la declaratoria de nulidad y el incumplimiento en el pago de obligaciones contractuales esenciales.

POSICIÓN DE ASSIS.

- ASSIS manifiesta que la indebida declaratoria de nulidad de los contratos y el incumplimiento en el pago por los servicios prestados, le ha generado daños y perjuicios, teniendo el INSTITUTO la obligación de indemnizarla por lucro cesante y daño emergente, ascendentes ambos a S/ 200,000 (doscientos mil y 00/100 soles).
- Cita como sustento de esta pretensión lo señalado en los artículos 1318°, 1319°, 1319° y 1321° del Código Civil.
- Que, el INSTITUTO actuó arbitrariamente, al declarar nulos los contratos, al señalar de manera tendenciosa que existía un impedimento para contratar, tratando de realizar una extensión interpretativa del hecho imputado, lo cual se encuentra prohibido por ley. Que, ese actuar se trasluce en una excusa para evitar el pago de

sus prestaciones valorizaciones pendientes de acreencia, sustrayéndose a su cumplimiento.

- Que de acuerdo al Código Civil cuando una de las partes de un contrato no ejecuta las obligaciones que asumió, ya sea por dolo, culpa inexcusable o culpa leve, debe resarcir a su contraparte por los daños y perjuicios irrogados, a través de una indemnización.
- Que, este accionar corresponde a culpa inexcusable, causando una ruptura al equilibrio económico al mantener acreencias frente a los proveedores los atendieron durante la etapa de la ejecución contractual; más aún, si se ha venido solicitando el cumplimiento de sus obligaciones a la Entidad.
- Asimismo, adjunta como medio probatorio de esta pretensión el informe contable elaborado por el C.P.C. Juan Ramirez Castillo Porfirio, contador de ASSIS y que fuera presentado con su escrito de fecha 26 de octubre de 2,020.

POSICIÓN DEL INSTITUTO.

Señala que al haber sido válida y subsistente la declaración de nulidad de los tres contratos, no le corresponde pagar ningún concepto de indemnización a ASSIS.

ANÁLISIS Y POSICIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO.

- Mediante esta pretensión ASSIS, solicita al Árbitro Único ordene al INSTITUTO el pago de una indemnización por daños y perjuicios ascendente a S/ 200,000 (Doscientos mil y 00/100 soles) por concepto de daño emergente y lucro cesante, producto de la declaratoria de nulidad de los contratos y el incumplimiento en el pago de obligaciones contractuales esenciales.
- Teniendo en cuenta que la pretensión es una de naturaleza indemnizatoria, debemos analizar si se configuran todos los elementos de la responsabilidad civil, y a partir de ello, determinar si corresponde o no la indemnización de daños.
- Se debe de tener en cuenta que la Responsabilidad Civil, así como todas las fuentes de las obligaciones, pueden tener dos orígenes inmediatos: contractual o extracontractual.
- La responsabilidad contractual tiene como hecho generador el incumplimiento de un pacto preexistente contenido en un contrato, convenio o acuerdo; mientras que la responsabilidad civil extracontractual se fundamenta en la conducta antijurídica, culposa o dolosa, que causa un daño injustificado.
- En el presente caso, ASSIS afirma que le corresponde una indemnización por el daño causado producto de la declaratoria de nulidad y el incumplimiento en el pago de obligaciones contractuales esenciales, lo que se encontraría amparado en lo señalado en los artículos 1318°, 1319°, 1320° y 1321° del Código Civil.
- A este respecto, este Árbitro Único considera conveniente tener en cuenta lo regulado en el artículo 1321° del Código Civil que establece que *“el resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o*

defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución”.

- Al estar ante una la responsabilidad contractual, se debe de tener en cuenta que esta nace con la concurrencia de los siguientes presupuestos: **(i)** la antijuridicidad; **(ii)** el daño causado; **(iii)** la relación de causalidad; y, **(iv)** el factor de atribución.
- En relación al primer elemento, la ilicitud o antijuridicidad, Lizardo Taboada Cordova² señaló lo siguiente:

“... una conducta es antijurídica no sólo cuando contraviene una 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 (...).”

- Asimismo, el profesor Juan Espinoza Espinoza³ señala que la ilicitud o antijuridicidad es lo “contrario al derecho” o que el daño causado no está permitido por el ordenamiento jurídico.
- De lo antes mencionado, se infiere que el comportamiento dañoso generador de responsabilidad civil constituye un hecho antijurídico, siendo este la contravención del ordenamiento jurídico que lesiona sin causa justificada la esfera jurídica ajena (o también denominado antijuridicidad). En tal sentido, la inejecución de una obligación contractual, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso por causa imputable a una de las partes, implica una conducta contraria a derecho o antijurídico, en la medida que se viola el derecho de crédito que tiene todo acreedor, situación que está proscrita por ley.
- Conforme indica ASSIS en los fundamentos de esta pretensión, el comportamiento antijurídico por la indebida declaratoria de nulidad y por el incumplimiento en el pago de las obligaciones esenciales (contraprestación por el servicio brindado). Lo cual, como se ha sustentado al resolver la primera y segunda pretensión, respectivamente, ha ocurrido; razón por la que, el primer elemento de la responsabilidad civil, la antijuridicidad, está acreditado.
- En relación al segundo elemento, el daño, profesor Felipe Osterling Parodi señaló que: *“El daño es todo detrimento que sufre una persona por la inejecución de la obligación. El Daño, para ser reparado, debe ser cierto; no eventual o hipotético”*⁴.

En atención a lo señalado, se debe resaltar que para que proceda el pago de la indemnización ante una indebida declaración de nulidad e incumplimiento en el pago por causa imputable a una de las partes, resulta importante que se verifique la

² TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. *Elementos de la Responsabilidad Civil*. Editora Jurídica Grijley. 2ª Ed., p32.

³ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de la Responsabilidad Civil. 6ta edición*. Editorial Rodhas. Lima. 2011. págs. 94-98

⁴ OSTERLING PARODI, Felipe. “Estudio Preliminar de la Responsabilidad Contractual”. En SOTO COAGUILA, Carlos. *Tratado de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual. Comentarios a las normas del Código Civil*, Vol. I. Pacífico Editores. Lima. 2015. pág. 53.

existencia del daño. Pues, el solo incumplimiento de un contrato no origina necesariamente el derecho de una indemnización, sino, tiene que haber un daño cierto.

En ese sentido, debemos tener presente, nuevamente, lo que señaló el profesor Felipe Osterling Parodi⁵:

“Toda reclamación de daños y perjuicios, aunque se funde en un derecho inobjetable a exigirlos, requiere la prueba de su existencia. Para declarar la responsabilidad no basta comprobar judicialmente la infracción de la obligación; es preciso demostrar la existencia de los daños y perjuicios.”

- Es preciso tener en cuenta que el daño patrimonial es un daño específico cuya afectación se determina o efectiviza en el detrimento patrimonial, que constituye un elemento objetivo cuya determinación debe ser debidamente acreditada, y para su reconocimiento es necesario que quien alega dicho daño acredite fehacientemente la disminución patrimonial sufrida por el actuar dañoso de su contraparte.

A este respecto, este Árbitro Único, tiene que consideración que ASSIS, afirma verse afectada con la actuación del INSTITUTO, la cual le ha causado una ruptura a su equilibrio económico, pues, esta “también mantiene acreencia frente a los proveedores” que los atendieron durante la etapa de ejecución contractual, siendo que dichos proveedores no pueden verse perjudicados por el accionar de la Entidad.

- ASSIS para sustentar el daño que según ella se le habría causado, ofreció como prueba el Informe Contable, el mismo que fue elaborado por el C.P.C. Juan Ramirez Castillo Porfirio, contador de ASSIS y que fuera presentado con su escrito de fecha 26 de octubre de 2,020.

Téngase presente que con fecha 19 de enero de 2,021, se llevó a cabo la audiencia de actuación de dicho informe, en donde el señor Juan Ramirez Castillo Porfirio, sustentó su informe, con la participación de ambas partes. De lo cual, se dejó constancia en la grabación el video de dicha audiencia que, oportunamente, les fue alcanzada a las partes.

De la revisión del indicado informe, que es el único medio de prueba que ha presentado ASSIS para sustentar el lucro cesante y daño emergente, demandados en esta cuarta pretensión principal, este Árbitro Único aprecia que no demuestra que la conducta antijurídica en que incurrió el INSTITUTO haya causado daño alguno, como veremos a continuación:

⁵ OSTERLING PARODI, Felipe. “Estudio Preliminar de la Responsabilidad Contractual”. En SOTO COAGUILA, Carlos Alberto. *Tratado de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual. Comentarios a las normas del Código Civil*. Vol. I. Pacífico Editores. Lima. 2015. Pág. 54.

- En el rubro A que se refiere a servicios brindados en mérito a los contratos suscritos, estos, se refieren a la tercera pretensión principal demandada, y sobre la cual se ha emitido pronunciamiento anteriormente.
 - En el rubro B que se refiere a gastos adeudados a terceros por la prestación de los servicios, son conceptos que igualmente forman parte de la tercera pretensión principal demandada, y sobre la cual se ha emitido pronunciamiento anteriormente.
 - En el rubro C que se refiere a monto dejado de percibir por resolución de contrato por incumplimiento de pago. Esto no corresponde, al no haberse dado la contraprestación que haya generado el derecho a percibirlos.
 - En el rubro D sobre proyección de gastos directos para la prestación de los servicios. Esto son solo proyección de algo que no ocurrió, no habiendo probado que efectivamente se haya incurrido en esos gastos directos.
 - En el rubro E, sobre utilidad proyectada dejada de percibir en base a los contratos suscritos con INSN-SB, esto solo se refiere a una utilidad proyectada en función a ingresos proyectados menos gastos proyectados, sin que tenga sustento documentario alguno que de veracidad a lo señalado, por lo que no se puede afirmar que dicha utilidad dejada de percibir, refleje un daño generado a ASSIS.
 - En el rubro F, sobre gastos por servicios de arbitraje, estos se refieren a conceptos que corresponden a la asunción de los costos arbitrales, lo cual se analizará al pronunciarnos sobre la quinta pretensión principal.
- Sin perjuicio de ello, este Árbitro Único tiene en consideración que al invocarse un daño patrimonial es preciso que este daño sea preciso e identificado, y que, a su vez, sea debidamente cuantificado; en tal sentido, es preciso tener en cuenta que la carga de la prueba a fin de acreditar y cuantificar el daño señalado recae sobre ASSIS.

Debiéndose tener en cuenta que un daño tiene que ser cierto, no pudiendo ser hipotético.

- De esta manera, es preciso tener en cuenta lo señalado por el numeral 36.2 de la LCE, en el extremo que dice *“cuando se resuelva el contrato por causas imputables a alguna de las partes, se debe resarcir los daños y perjuicios ocasionados”*, así como, el artículo 1331° del Código Civil que establece: *“La prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía también corresponde al perjudicado por la inexecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.”*
- Al respecto, de la revisión del expediente, el Árbitro Único, advierte que no existe medio probatorio alguno que acredite el daño efectivo causado (ocasionado) a ASSIS por el INSTITUTO, por las razones anteriormente expuestas.

- Estando a lo señalado, este Árbitro Único advierte que **ASSIS** no ha cumplido con acreditar fehacientemente los daños alegados, ni ha justificado ni ha acreditado la cuantificación de S/ 200,000. Por lo tanto, este Árbitro Único dispone que no se cumple con el segundo requisito de la responsabilidad civil.
- Con respecto al tercer elemento, es decir, la relación de **causalidad o nexo causal**, se requiere que el daño sea consecuencia de la inejecución de la obligación del deudor, es decir, que exista vinculación entre el evento lesivo y el daño generado.
- Finalmente, en relación al cuarto elemento, esto es, el **factor de atribución**, resulta importante que la parte que habría incumplido con su obligación de pago haya procedido con dolo o culpa, dado que su ausencia la exoneraría de responsabilidad civil.
- Sin embargo, es preciso tener en cuenta que, a fin de proceder con una indemnización de daños y perjuicios, es necesario que concurren los cuatro elementos de la responsabilidad civil **conjuntamente**. Dado que, en el presente caso, no ha configurado el elemento del daño, este Árbitro Único considera que no hay necesidad de pronunciarse sobre los otros elementos de la responsabilidad, toda vez que los señalados elementos se encuentran enlazados entre sí, de este modo, no existiendo un daño acreditado, no existe un factor de atribución o un nexo causal.
- De lo expuesto, advertimos, en el presente caso, la indemnización por daños y perjuicios solicitada por ASSIS no cumple con los requisitos esenciales de la responsabilidad civil, en tanto los daños no fueron efectivamente acreditados ni cuantificado.
- Es por estas consideraciones que esta cuarta pretensión debe declararse **INFUNDADA**.

15.5. MATERIA CONTROVERTIDA DERIVADA DE LA QUINTA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA:

Determinar si corresponde que el Árbitro Único debe declarar la expresa condena de costos a cargo de la parte demandada.

POSICIÓN DE ASSIS.

Solicita se declare la expresa condena de costos en contra del INSTITUTO, respecto de los gastos que demande el presente proceso arbitral.

POSICIÓN DEL INSTITUTO.

Solicita que se ASSIS quien asuma el íntegro de los costos y gastos del presente proceso arbitral, conforme a los artículos 70° y 73° del Decreto Legislativo N° 1071, señalando que se tenga en cuenta el acuerdo entre las partes y a falta de este, el costo será de cargo de la parte vencida, sin perjuicio que se prorratee entre las partes, si dicho prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso. Es más, al haberse declarado

nulo los tres contratos por causa imputable al contratista, corresponde que sea este quien asuma la totalidad de los costos y costas del presente proceso.

ANÁLISIS Y POSICIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO.

- Se debe tener presente el artículo 70° de la Ley de Arbitraje que dispone que 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.*
- De otro lado, el numeral 4. del artículo 42° del Reglamento de Arbitraje de la CCL faculta al Árbitro Único a decidir si una parte debe pagar todos los costos, o la proporción en que deben distribuirse entre las partes.
- Es así que este Árbitro Único, haciendo uso de su facultad discrecional y tomando en consideración las circunstancias del presente caso arbitral, considera que los costos señalados en los incisos a), b) y c) del artículo 70° de la Ley de Arbitraje, deben ser asumidos el 100% por la parte demandada, precisando que los costos señalados en los incisos d), e) y f) del citado artículo serán asumidos por cada parte en lo que a estas corresponda.
- En consecuencia, habiendo ASSIS pagado la totalidad de los gastos administrativos del Centro, en la suma de S/ 12,982.80 sin incluir IGV; y, la totalidad del honorario arbitral en la suma de S/ 12,306.63, sin incluir IGV, corresponde que el INSTITUTO pague y entregue a ASSIS, dichas sumas de dinero, por los conceptos indicados. A dichas sumas de dinero, se le deberá agregar el IGV correspondiente.
- Es por estas consideraciones que esta quinta pretensión debe declararse FUNDADA EN PARTE.

16. DECISIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO:

Finalmente, el Árbitro Único deja constancia de haber valorado con objetividad, detalle e integridad, para fines de su pronunciamiento, la totalidad del material probatorio aportado por las partes, aun cuando no haya tenido la ocasión de hacer mención puntual de cada una de las pruebas al exponer los fundamentos de la decisión adoptada, en definitiva, acerca de los puntos controvertidos.

Tomando en consideración todo lo expuesto líneas arriba y sobre la base de las pruebas aportadas y el Derecho vigente, este **ÁRBITRO ÚNICO, LAUDA EN DERECHO:**

PRIMERO: Declarar **FUNDADA** la **primera pretensión principal de la demanda** y, en consecuencia, de declara nula y sin efecto legal, la carta notarial N° 000003-2019-UAD-INSNSB, así como, la Resolución Directoral N° 000220-2019-DG-INSNBS, que es el documento que dicha carta notarial contiene.

SEGUNDO: Declarar **FUNDADA** la **segunda pretensión de la demanda**, en consecuencia, se declara válida la resolución del Contrato de Servicios No. 081-2019-INSN-SB hecha por carta N° 44-2019-ASSIS/GG, válida la resolución del Contratos de Servicios No. 082-2019-INSN-SB hecha por carta N° 45-2019-ASSIS/GG; y, válida la resolución del Contratos de Servicios No. 097-2019-INSN-SB, hecha por carta N° 46-2019-ASSIS/GG, efectuada por ASSIS E.I.R.L.

TERCERO: Declarar **FUNDADA** la **tercera pretensión principal**: y, en consecuencia, ordeno que el INSTITUTO cumpla con pagar a ASSIS E.I.R.L., la suma de S/ 114,396.00 (Ciento catorce mil trescientos noventa y seis y 00/100 soles), suma que incluye el IGV; **más los intereses legales** que deberán de computarse desde el 26 de septiembre del 2019, fecha en que se remitió a la entidad el apercibimiento de cumplimiento de obligaciones contractuales.

CUARTO: Declarar **INFUNDADA** la **cuarta pretensión principal**.

QUINTO: Declarar **FUNDADA en parte la quinta pretensión principal**; y en consecuencia ordeno al INSTITUTO NACIONAL DE SALUD DEL NIÑO – SAN BORJA, cumpla con pagar a ASSIS E.I.R.L., por concepto de costos arbitrales, la suma de S/ 12,982.80 (Doce mil novecientos ochenta y dos y 80/100 soles) correspondiente a los Gastos Administrativos del Centro y S/ 12,306.63 (Doce mil trescientos seis y 63/100 soles) correspondiente al honorario arbitral, más el IGV correspondiente. Debiendo asumir cada parte los costos señalados en los incisos d), e) y f) del Artículo 70° del Decreto Legislativo N° 1071, en lo que a estas corresponda.

Disponiendo su notificación a las partes.



HUGO JORGE ESCOBAR AGREDA
Árbitro Único