

*o suministro del bien, la realización del servicio o la ejecución de la obra en los mismos términos y condiciones que el requerimiento(...)*³

117. En consecuencia, de lo señalado por el artículo 176° del Reglamento, así como de lo manifestado por el OSCE, es de advertirse que la conformidad de la prestación debe ser otorgada, en primer lugar, por el órgano establecido en las Bases, disposición que tiene concordancia con el artículo 142° del Reglamento, el cual establece que:

“Artículo 142.- Contenido del Contrato

El contrato está conformado por el documento que lo contiene, las Bases Integradas y la oferta ganadora, así como los documentos derivados del proceso de selección que establezcan obligaciones para las partes y que hayan sido expresamente señalados en el contrato.”

118. Ahora bien, también es de advertirse del segundo párrafo del artículo 176° del Reglamento, que la conformidad requiere del informe del funcionario responsable del área usuaria, quien deberá verificar, dependiendo de la naturaleza de la prestación, la calidad, cantidad y cumplimiento de las condiciones contractuales, debiendo realizar las pruebas que fueran necesarias.
119. En consecuencia, y a fin de armonizar las disposiciones del Contrato y las Bases del presente caso, con las de la normativa contrataciones públicas, se puede llegar a concluir lo siguiente, en cuanto a la conformidad de las prestaciones, y para este caso concreto:
- i) De acuerdo con el primer párrafo del artículo 176° del Reglamento, la conformidad es responsabilidad, en primer lugar, del órgano establecido en las Bases, sin perjuicio de lo que se disponga en las normas de organización interna de la Entidad.
 - ii) Al respecto, de las Bases y el Contrato se desprende que la conformidad de los hitos 1 al 3 del Plan de Trabajo recaía en el Director de Proyecto por parte del Hospital, quien debía suscribir la respectiva Acta conjuntamente con el Director de Proyecto por parte del contratista.
 - iii) La conformidad del hito 4 del Plan de Trabajo, consistente en la conformidad de Implementación Integral, debía ser otorgada por la Unidad de Informática del Hospital.
 - iv) Asimismo, conforme al segundo párrafo del artículo 176° del Reglamento, para la conformidad se requiere del informe del funcionario responsable del área usuaria que, para los efectos del presente Contrato, es el Jefe de la Unidad de Informática de la Entidad, conforme se desprende de las cláusulas segunda (numeral 11) y octava del Contrato.
120. Cabe precisar que, de conformidad con los documentos de gestión de la Entidad, la Unidad de Informática del Hospital es una dependencia de la Oficina de Estadística

³ En: http://www.osce.gob.pe/consucode/userfiles/image/Cap4_Mod4_prov.pdf, pag. 6

e Informática⁴, siendo la primera, y no la última, el área usuaria para los efectos del Contrato, de conformidad con lo establecido en el mismo, según lo señalado anteriormente. Prueba adicional de lo señalado obra en el Acta Notarial Extraprotocolar de Constatación solicitada por el Hospital, en cuyo acto del 23 de enero de 2013 (última página), dejó expresa constancia del "...USUARIO (UNIDAD DE INFORMATICA)...".

121. Por tanto, lo manifestado por el Hospital respecto a que las conformidades otorgadas por el Director del Contrato por parte del Hospital, respecto de los hitos 1 al 3, no tienen ninguna validez es incorrecto, en la medida que el propio Contrato le otorgó efectos a la misma, debiendo entenderse, en todo caso que, respecto del cuarto hito, y además de la conformidad otorgada por este Director de Contrato, se requería la conformidad de la Unidad de Informática, en su calidad de área usuaria, dependencia que también fue invocada en el Contrato.
122. De otro lado, agrega la Entidad que, conforme a los términos del Contrato celebrado entre la misma y el ing. Alejandro Riega Cervantes (Director del Contrato), de fecha 24 de octubre de 2012, se puede apreciar que tenía entre otras tareas específicas las de supervisar la implementación integral del sistema, el control semanal del proyecto, y reportar e interactuar con la Directora de la Oficina de Estadística.
123. Entendemos que lo manifestado por el Hospital tendría como propósito desvirtuar la función del Director del Contrato de otorgar conformidades parciales del mismo; sin embargo, es importante señalar que los pactos o acuerdos internos o privados, celebrados entre la Entidad y el ing. Alejandro Riega Cervantes, no podían ni tenían por qué ser de conocimiento de la contratista, no teniendo por tanto efectos sobre la misma, alcanzándole únicamente las obligaciones derivadas del Contrato celebrado con la Entidad, los cuales identificaban al Director del Contrato por parte del Hospital como el funcionario de la Entidad que debía brindar su conformidad a los hitos 1 al 3.

Sobre los incumplimientos técnicos al Contrato

124. Sin perjuicio de lo señalado anteriormente, procederemos a continuación a analizar los incumplimientos invocados por la Entidad mediante su Carta Notarial N° 052-2013-OL-HNAL, mencionados en el considerando 76 precedente, complementados y/o desarrollados en su contestación de demanda y demás escritos presentados en este proceso arbitral.
125. En primer lugar, es de advertirse que tales observaciones están vinculadas a deficiencias u omisiones en la entrega del producto y/o en las características técnicas del mismo, es decir, nos encontramos frente a las obligaciones correspondientes al hito 01 del Plan de Trabajo, referido a "Entrega del producto".
126. Sobre el particular, y según fuera señalado en párrafos precedentes, obran en autos los siguientes documentos y hechos no negados por las partes:
 - i) Acta de Recepción y Entrega del 16 de agosto de 2011 suscrito -entre otros- por los Jefes de la Unidad de Informática y de la Oficina de Estadística e

⁴ http://www.hospitalloayza.gob.pe/files/TRAS_28e9912e01251f4_.pdf

Informática, y en cuyo último párrafo se confirma la operatividad del equipo entregado.

- ii) Carta del 25 de octubre del 2012, por la que el Director del Contrato por parte del Hospital, brinda su conformidad al segundo hito del Contrato.
 - iii) Acta de Reunión N° 05, del 07 de noviembre de 2012, por la que el Jefe de la Unidad de Informática –además de otros dos funcionarios de su área– suscribe y manifiesta que no queda ninguna observación pendiente según la Carta N° 347-OL-HNAL-2012, por la que la Entidad había formulado, en doce (12) páginas, una serie de observaciones al software entregado.
 - iv) Pago del primer hito del Contrato, equivalente al 25% del precio pactado.
 - v) Carta del 12 de noviembre del 2012, por la que el Director del Contrato por parte del Hospital, brinda su conformidad al tercer y cuarto hito del Contrato.
127. Como se puede apreciar, respecto del software entregado hubo por parte de la Unidad de Informática (área usuaria): i) conformidad al hito 1, ii) observaciones posteriores al software, subsanación de las mismas y consiguiente nueva conformidad y, iii) pago del primer hito, situación esta última que no hubiera correspondido de persistir las observaciones, conforme se desprende de la parte final del numeral 11 de la cláusula segunda y cláusula quinta del Contrato, que exigen conformidad del respectivo hito para que proceda su pago.
128. Ha manifestado la Entidad en su escrito de contestación de demanda que, en relación al Acta de Recepción y Entrega del 16 de agosto de 2011, el Jefe de la Unidad de Informática dejó sin efecto la conformidad a la misma, emitida por su persona, debiendo precisarse que no lo hizo respecto de las cinco Actas de Reunión, en la última de las cuales (del 07 de noviembre de 2012) el mismo funcionario dejó constancia que el software no tenía ninguna observación, lo que equivale a decir que se encontraba conforme con el mismo.
129. En relación al Acta de Recepción y Entrega, cabe señalar que el contrato que vincula a la Entidad y al contratista es claramente un Contrato Administrativo regulado por normas especiales de Derecho Administrativo, las cuales son las contempladas en la normativa de contrataciones públicas y, de manera supletoria, por las demás normas de Derecho Público y, en última instancia, por las del derecho común (Código Civil).
130. Bajo dicha premisa, el Árbitro Único se adscribe a la posición según la cual cuando una Entidad Pública participa en un Contrato Administrativo, como el que es materia de controversia, lo hace investido siempre como Administración Pública, esto es, desarrollando sus actuaciones bajo las formalidades, capacidades y prerrogativas que le son impuestas o de las que goza en virtud al Derecho Público.
131. Al respecto, Dromi⁵ sostiene que:

"el Estado tiene una sola personalidad, que es pública, (...) los actos emanados de órganos administrativos están siempre regidos en cuanto a su competencia,

⁵ DROMI, Roberto. Derecho Administrativo, Ed. Gaceta Jurídica, 2005, Lima, t.I, pags. 453-454 y 457.

procedimiento, voluntad y forma, por el derecho administrativo. (...) en los contratos administrativos hallamos los mismos elementos que en los actos administrativos: sujetos (competencia y capacidad); voluntad; objeto, y forma".

132. En ese sentido, y en relación al proceso de contratación pública, la etapa de ejecución contractual tiene como actos administrativos principales los de recepción y conformidad de las prestaciones ejecutadas por el contratista, de las cuales se desprenden una serie de efectos jurídicos relevantes en el proceso de contratación pública, tal como se puede apreciar en los artículos 176° y 177° del Reglamento, a saber:

"Artículo 176.- Recepción y conformidad

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

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

Tratándose de órdenes de compra o de servicio, derivadas de Adjudicaciones de Menor Cuantía distintas a las de consultoría y ejecución de obras, la conformidad puede consignarse en dicho documento.

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

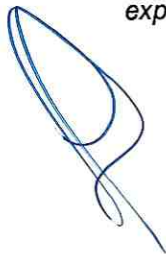
Este procedimiento no será aplicable cuando los bienes y/o servicios manifiestamente no cumplan con las características y condiciones ofrecidas, en cuyo caso la Entidad no efectuará la recepción, debiendo considerarse como no ejecutada la prestación, aplicándose las penalidades que correspondan.

Las discrepancias en relación a la recepción y/o conformidad, así como la negativa de la Entidad de efectuarlas podrán ser sometidas a conciliación y/o arbitraje dentro del plazo de quince (15) días hábiles de ocurrida la recepción, la negativa o de vencido el plazo para otorgar la conformidad, según corresponda.

La recepción conforme de la Entidad no enerva su derecho a reclamar posteriormente por defectos o vicios ocultos.

Artículo 177.- Efectos de la conformidad

Luego de haberse dado la conformidad a la prestación se genera el derecho al pago del contratista. Efectuado el pago culmina el contrato y se cierra el expediente de contratación respectivo.



Toda reclamación o controversia derivada del contrato inclusive por defectos o vicios ocultos se resolverá mediante conciliación y/o arbitraje, en los plazos previstos para cada caso."

133. Como se puede apreciar, la recepción y conformidad de la Entidad supone una serie de formalidades y genera, entre otros, los siguientes efectos: i) es de competencia de los órganos designados por la Entidad, ii) requiere de un informe del funcionario responsable del área usuaria, iii) una vez emitida, tiene como consecuencia la culminación definitiva del contrato, cerrándose el expediente⁶ y, iv) no enerva el derecho de reclamar por defectos o vicios ocultos.
134. Lo relevante de la descripción precedente es que, tanto la recepción como la conformidad, evidencian claramente los elementos de todo acto administrativo, tal como lo conceptúa el artículo 1° de la Ley del Procedimiento Administrativo General – Ley N° 27444, a saber:

"Artículo 1. - Concepto de acto administrativo

1.1 Son actos administrativos, las declaraciones de las entidades que, en el marco de normas de derecho público, están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta.

(...)."

135. En consecuencia, queda evidenciado en el presente caso, que la recepción conforme del producto, brindada por la Entidad, luego de cumplida la primera prestación del contratista, consistente en la entrega de los bienes, constituye claramente un acto administrativo en la medida que supone i) una declaración o manifestación de voluntad de la Entidad, consistente en la conformidad de dicha prestación por parte del contratista, ii) se efectúa bajo el marco de normas de Derecho Público, en este caso, de la normativa de contrataciones públicas, iii) produce efectos jurídicos en el administrado, lo cual se traduce en el derecho al primer pago de la contraprestación a favor del contratista.
136. Siendo el Acta de Recepción y Entrega, brindado por el Hospital, un acto administrativo, le resulta de aplicación el régimen del acto administrativo, contemplado, en primer lugar, en las disposiciones de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento y, de manera supletoria, en la Ley del Procedimiento Administrativo General – Ley N° 27444.
137. En ese sentido, la referencia del Hospital respecto a que el Jefe de la Unidad de Informática habría "dejado sin efecto" el Acta de Recepción y Entrega carece de sustento legal, toda vez que ninguna disposición de la normativa de contrataciones públicas, ni de la Ley del Procedimiento Administrativo General – Ley N° 27444, ni de ninguna norma del Derecho Público nacional dispone que un acto administrativo pueda ser "dejado sin efecto", en tales términos, sin mayores exigencias ni requisitos, luego de haber sido emitido y notificado al administrado.

⁶ Aun cuando no se menciona, puede desprenderse de esta disposición que las conformidades parciales y sus respectivos pagos determinarían la culminación de las respectivas etapas, sin perjuicio de los reclamos por vicios ocultos.

138. Las únicas figuras legales contempladas en el ordenamiento jurídico peruano, en virtud de las cuales la propia Administración Pública, de oficio, puede limitar la validez y/o eficacia de un acto administrativo son la nulidad y la revocación del mismo.
139. En relación a la nulidad de los actos administrativos dictados por una Entidad, el artículo 56° de la Ley establece como las únicas causales para dictaminar tal nulidad de oficio, por parte de la Entidad, y luego de celebrado el contrato, los siguientes supuestos:

***“Artículo 56. Nulidad de los actos derivados de los procesos de contratación
(...)”***

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

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

140. Cabe precisar que, por aplicación supletoria del artículo 202° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, la nulidad de un acto administrativo debe ser declarada por el superior jerárquico, como se aprecia a continuación:

“Artículo 202.- Nulidad de oficio

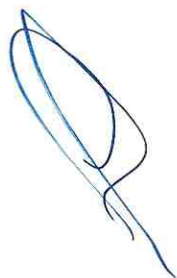
202.2 La nulidad de oficio sólo puede ser declarada por el funcionario jerárquico superior al que expidió el acto que se invalida. Si se tratara de un acto emitido por una autoridad que no está sometida a subordinación jerárquica, la nulidad será declarada por resolución del mismo funcionario.”

141. En cuanto a la revocación de un acto administrativo, dicha figura se encuentra regulada por el artículo 203° de la Ley 27444, de la siguiente manera:

“Artículo 203.- Revocación

203.1 Los actos administrativos declarativos o constitutivos de derechos o intereses legítimos no pueden ser revocados, modificados o sustituidos de oficio por razones de oportunidad, mérito o conveniencia.

203.2 Excepcionalmente, cabe la revocación de actos administrativos, con efectos a futuro, en cualquiera de los siguientes casos:



- 203.2.1 *Cuando la facultad revocatoria haya sido expresamente establecida por una norma con rango legal y siempre que se cumplan los requisitos previstos en dicha norma.*
- 203.2.2 *Cuando sobrevenga la desaparición de las condiciones exigidas legalmente para la emisión del acto administrativo cuya permanencia sea indispensable para la existencia de la relación jurídica creada.*
- 203.2.3 *Cuando apreciando elementos de juicio sobrevinientes se favorezca legalmente a los destinatarios del acto y siempre que no se genere perjuicios a terceros.*
- 203.3 *La revocación prevista en este numeral sólo podrá ser declarada por la más alta autoridad de la entidad competente, previa oportunidad a los posibles afectados para presentar sus alegatos y evidencia en su favor."*

"Artículo 205.- Indemnización por revocación

- 205.1 *Cuando la revocación origine perjuicio económico al administrado, la resolución que la decida deberá contemplar lo conveniente para efectuar la indemnización correspondiente en sede administrativa.*

(...)"

142. Como se puede apreciar, tanto la nulidad de oficio como la revocatoria de un acto administrativo exigen una serie de requisitos para su declaración. En particular, la nulidad de oficio durante la etapa de ejecución contractual, bajo el ámbito de las contrataciones públicas, sólo podrá declararse por los supuestos contemplados en el artículo 56° de la Ley de Contrataciones con el Estado, y siempre por el superior jerárquico de aquél que emitió el acto viciado.
143. En el presente caso, el Acta de Entrega y Recepción "dejada sin efecto" no configura un supuesto de nulidad de oficio de la misma, pues la misma no se sustenta en ninguno de los supuestos del citado artículo 56° de la Ley; asimismo, dicha decisión ha sido emitida por el mismo funcionario que suscribió tal acto (Jefe de la Unidad de Informática), y no como establece la ley, por el superior jerárquico. Bajo tales premisas, resulta claro que el Acta de Entrega y Recepción "dejada sin efecto" no tiene los alcances de una nulidad de oficio.
144. Lo señalado anteriormente se condice con lo manifestado por Morón Urbina⁷ al indicar que *"la potestad anulatoria de oficio recae no en el mismo funcionario que emitió el acto, sino el superior jerárquico inmediato, como un mecanismo de control de la actuación de los subalternos".*
145. Por otro lado, la decisión bajo análisis tampoco constituye una revocatoria, la cual se presenta de manera excepcional, y para los casos taxativamente señalados en el numeral 203.2 del artículo 203° de la Ley 27444, ninguno de cuales se configura en el presente caso.

⁷ MÓRON URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Gaceta Jurídica. Pág. 530.

146. De cualquier forma, y según el numeral 203.3, la revocatoria debe ser declarada por la más alta autoridad de la entidad competente, condición que no se verifica en el presente caso, toda vez que la decisión de "dejar sin efecto" el Acta de Entrega y Recepción fue emitida por el Jefe de la Unidad de Informática.
147. Bajo tales premisas, el Acta de Recepción y Entrega de fecha 16 de agosto de 2011 mantiene plenamente todos sus efectos, no habiendo sido desvirtuada por la decisión del Jefe de la Unidad de Informática de la Entidad de "dejarla sin efecto", en la medida que tal decisión no se encuentra contemplada en el ordenamiento jurídico peruano, ni se adecúa a las figuras de la nulidad o revocación contempladas por las normas de Derecho Público, aplicables de manera supletoria al presente caso.
148. Sustener que un acto administrativo pueda ser simplemente "dejado sin efecto", atenta contra los Principios de Seguridad Jurídica, Legalidad y contra la Teoría de los Actos Propios, la cual prohíbe a todo individuo (público o privado) realizar actos que contravengan sus propias conductas anteriores.
149. Sobre la teoría de los Actos Propios, Borda ha señalado lo siguiente:
- "Debe exigirse a las partes un comportamiento coherente, ajeno a los cambios de conducta perjudiciales, desestimando toda actuación que implique un obrar incompatible con la confianza que —merced a tales actos anteriores— se ha suscitado en otro sujeto.*
- Ella es así por cuanto no sólo la buena fe sino también la seguridad jurídica se encontrarían gravemente resentidas si pudiera lograr tutela judicial la conducta de quien traba una relación jurídica con otro y luego procura cancelar parcialmente sus consecuencias para aumentar su provecho. Nadie puede ponerse de tal modo en contradicción con sus propios actos, y no puede —por tanto— ejercer una conducta incompatible con la asumida anteriormente"*8.
150. En consecuencia, hasta el 07 de noviembre de 2012, en que se emitió el Acta de Reunión Nro. 5, queda claro que hubo plena conformidad por parte de la Entidad, tanto respecto del primer hito del contrato, según el Acta de Recepción y Entrega del 16 de agosto de 2011, como respecto del software en su conjunto, según el Actas de Reunión Nro. 5
151. Prueba adicional y concluyente de la referida conformidad la constituye el pago del hito 1, dispuesto y realizado por la propia Entidad, conforme a lo establecido en las cláusulas Segunda (numeral 11), Cuarta, y Quinta del Contrato.
152. Sin perjuicio de lo anterior, procederemos a analizar cada una de las cinco (05) nuevas observaciones al producto entregado, referidas en la Carta Notarial N° 052-2013-OL-HNAL y que, a criterio de la Entidad, ameritaban la resolución del contrato.

Proveer al Hospital el Software con el aplicativo que deberá proporcionar el servidor de aplicaciones con el cual trabaja, pues el servidor deberá trabajar JAVA J2EE y también SERVIETS, JAVA SERVER PAGES (JSPs) y ENTERPRISE JAVABEANS

1. BORDA, Alejandro. «La Teoría de los Actos propios». En:
http://reigadaborda.com.ar/EN/publications/alejandro_borda/Teoria-Actos-Propios-para-Chile.pdf

(EJBs), algunos de los servidores con los que deberá contar son: JBOSS, WEBSPIHERE, GLASSFISH y WEBLOGIC

153. En relación a esta primera observación, la parte final del numeral 3 (ALCANCE) del Capítulo III (Especificaciones Técnicas y Requerimientos Técnicos Mínimos), de la Sección Específica de las Bases Administrativas, recogida además textualmente en la Cláusula Segunda del Contrato, establece expresamente lo siguiente:

"3. ALCANCE
(...)

*El Software deberá proveer a **EL HOSPITAL** los siguientes aplicativos o módulos que le permitan cubrir los requerimientos siguientes:
(...)*

- *El aplicativo deberá proporcionar el servidor de aplicaciones con el cual trabaja, el servidor deberá trabajar JAVA J2EE y también Servlets, Java Server Pages (JSPs) y Enterprise JavaBeans (EJBs). Algunos de los servidores con los que deberá contar son los siguientes:*
 - JBoss
 - WebSphere
 - GlassFish
 - WebLogic

154. En ese sentido, una de las exigencias del software consistía textualmente en que el aplicativo debía proporcionar el servidor de aplicaciones con el cual trabaja, precisándose además con qué lenguaje de programación debía trabajar este servidor (JAVA, J2EE, entre otros), así como indicándose algunos de los servidores con los que debía contar (JBoss, WebSphere, GlassFish o WebLogic).
155. El sustento de esta primera observación, se limita a la referencia general realizada por la Entidad mediante la Carta Notarial N° 052-2013-OL-HNAL, en virtud de la cual indica que el contratista debía proveer al Hospital el software con el aplicativo que deberá proporcionar el servidor de aplicaciones con el cual trabaja.
156. Fuera de tal referencia, no existen argumentos adicionales invocados por el Hospital para respaldar esta supuesta omisión del contratista, sin perjuicio de lo cual más adelante analizaremos lo señalado al respecto en el Dictamen Pericial.
157. De otro lado, ha referido la Entidad en su escrito de contestación de demanda, invocando el Oficio N° 001/FEB 2013 del Ing. Rudy López (Asesor de la Oficina de Estadística e Informática del Hospital), que el lenguaje de programación para el software integral fue elaborado a través del Programa GENEXUS y no a través de JAVA J2EE, por lo que no se habría cumplido con lo requerido en el contrato, las bases integradas y la propuesta técnica.
158. Analizado el citado Oficio N° 001/FEB 2013, del ing. Rudy López, Asesor de la Oficina de Estadística e Informática, éste señala que si se revisan las Especificaciones técnicas y requerimientos técnicos mínimos en el punto que indica

que el aplicativo deberá proporcionar el SERVIDOR DE APLICACIONES con el cual trabaja, el servidor deberá trabajar JAVA J2EE.

159. Sobre dicha base, concluye el Asesor, ing. López, que el requerimiento del proveedor es del TOMCAT 7x que es un Contenedor de Aplicaciones WEB y no un Servidor de Aplicaciones JAVA, por lo que no cumple con el requerimiento. Asimismo, en otro extremo de su Oficio advierte que revisados los archivos del software se está frente a una librería de GENEXUS, el cual es un programa de desarrollo propietario.
160. Finalmente, el mismo ing. López dejó constancia en el Acta Notarial Extraprotocolar de Constatación (Notario Dr. Carpio Valdez) solicitada por el Hospital, de fecha 31 de enero de 2013, que el lenguaje de programación para el software integral entregado por LOLIMSA se había elaborado a través de un programa GENEXUS y no a través del programa JAVA J2EE, por lo que no se habría cumplido con lo requerido en el contrato, bases integradas y propuesta técnica. Además, que se requiere de un programa adicional, como es GENEXUS, para hacer modificaciones en el software.
161. En relación a las observaciones detalladas, es importante reiterar que, de conformidad con lo establecido y pactado expresamente en el Contrato y las Bases Administrativas, los únicos funcionarios autorizados en los mismos para emitir pronunciamiento, durante la ejecución del contrato, respecto de la conformidad o no de las prestaciones, recaía en el Director de Contrato por parte de la Entidad y en la Unidad de Informática, no habiéndose concedido tal facultad a ningún otro funcionario del Hospital. Por tal motivo, las observaciones del Asesor de la Oficina de Estadística e Informática del Hospital, ing. Rudy López, carecerían en principio de asidero legal.
162. Sin perjuicio de lo señalado, y en relación a las observaciones vertidas, reproducidas además en el escrito de contestación de demanda, corresponde recurrir a lo señalado en el Dictamen Pericial de Junio de 2014, emitido por el perito ing. Arturo Eduardo Garro Morey, practicado como prueba de oficio en el presente proceso arbitral, y en cuya página 13 se señala expresamente lo siguiente:

"En la Diligencia Técnica del 24 de marzo del año 2014, efectuada en la Unidad de Informática de la Oficina de Estadística e Informática del Hospital Nacional Arzobispo Loayza (...) se encontró evidencia del uso de la versión JEE 2 (Java Enterprise Edition 2; conocido antes como J2EE), actualmente la última versión de java es : JAVA 8.

(...)

Para desarrollar la Plataforma Tecnológica del Sistema LOLCLI (ó E-LOLCLI), LOLIMSA ha tenido en cuenta que el Diseño de la Arquitectura Web del Software se oriente hacia JAVA (utilizó la Arquitectura el Lenguaje de Programación J2EE).

Por lo tanto, LOLIMSA cumplió al diseñar la Arquitectura Web del Software sea JAVA. (el subrayado y resaltado es nuestro).

163. Como se puede apreciar, el Dictamen Pericial señaló que el lenguaje de programación utilizado en el software entregado sí fue JAVA (J2EE), por lo que las observaciones invocadas por la Entidad sobre el particular carecen de sustento.
164. Por otro lado, señala el Hospital en el punto sexto de su escrito de contestación de demanda, que al revisarse el código fuente proporcionado, se eligió al azar

cualquier programa fuente, el cual, al abrirlo, indicó GENEXUS JAVA GENERATOR, lo que indicaría que esta herramienta genera el código, lo que los lleva a pensar que para cualquier modificación tendrán que recurrir a esta herramienta, no como el caso Netbeans, Eclipse, JCreator, entre otros, por lo que concluyen que no se cumple con las Especificaciones Técnicas.

165. Sobre el particular, mediante Audiencia Pericial llevada a cabo el 20 de octubre de 2014, el perito convocó a las partes a fin de analizar y verificar la metodología seguida por LOLIMSA para cargar el software entregado, coincidiendo ambas partes en que las pruebas sí se podían realizar con el servidor provisto por LOLIMSA.
166. Asimismo, se procedió a reproducir las actividades mostradas en el video entregado por LOLIMSA con anterioridad (el 05 de abril de 2014), respecto a la operatividad del producto entregado, concluyendo el perito lo siguiente:

"El resultado fue que LOLIMSA mostró lo declarado en su carta del 095 de abril del 2014 y además procedió a ejecutar tres pruebas de mantenimiento con la herramienta Netbeans en forma satisfactoria." (sic)

167. En la referida Audiencia Pericial participaron cuatro funcionarios del Hospital, quienes dieron fe de las conclusiones y resultados antes señalados, mostrando su plena conformidad con las pruebas realizadas, en la medida que no formularon observación alguna, ni en la citada Audiencia, ni con posterioridad a ella.
168. Siendo ello así, la suposición realizada por la Entidad en su escrito de contestación de demanda respecto a que tendrían que recurrir a la herramienta GENEXUS JAVA GENERATOR para realizar cualquier modificación en el software entregado, en vez de recurrir a otras herramientas, tales como *Netbeans*, entre otras, carece de sustento, toda vez que el resultado de las pruebas antes referidas demostró que el mantenimiento del software sí se pudo realizar con la herramienta *Netbeans* en forma satisfactoria.
169. De otro lado, y en relación a esta primera observación técnica planteada por el Hospital, el Dictamen Pericial establece en su página 8 lo siguiente:

"Al analizar el contenido del CD, se encontró lo siguiente:

1. *No se encontraron evidencias de que LOLIMSA cumplió con entregar un servidor de aplicaciones JAVA J2EE, SERVIETS, JAVA SERVICE PAGES (JSPs), ENTERPRISE JAVABEANS (EJBs), con los servidores JBOSS, WEBSPHERE, GLASSFISH y WEBLOGIC*

*JSPs: No existe ningún archivo con extensión de **JAVA SERVICE PAGES***

SERVIETS: No se encontró clases de los SERVIETS.

*Se encontró un **contenedor de aplicaciones JAVA:***

Servidor Apache Software Foundation Apache Tomcat, contenedor Web de Servlet/JSP

LOLIMSA debió entregar evidencias de la instalación de uno de los siguientes servidores de JAVA EE 5 certificados:

- **JOnAS**, un servidor de aplicaciones de código abierto de ObjectWeb.
- **JBoss**, desarrollado inicialmente por JBoss Inc y adquirido posteriormente por Red Hat. Existe una versión de código abierto soportada por la comunidad y otra empresarial.
- **Sun Java System Application Server Platform Edition 9.0**, basado en GlassFish.
- **Oracle WebLogic Application Server 10.0** (Antes BEA Systems).
- **Servidor de Aplicaciones SAP NetWeaver**, Java EE 5 Edition de SAP.
- **JEUS 6**, un Servidor de aplicaciones específico de Linux de TmaxSoft
- **Apache Geronimo 2.0**
- **IBM WebSphere Application Server Community Edition 2.0**, basado en Apache Geronimo.
- **Oracle Containers for Java EE 11.**
- **GlassFish**, un servidor de aplicaciones de código abierto de Sun.
- **Apache OpenEJB** via Apache Geronimo.

Servidores de Aplicaciones J2EE 1.4 certificados:

- **Geronimo**, un servidor de aplicaciones de código abierto de Apache.
- **JOnAS**, un servidor de aplicaciones de código abierto de ObjectWeb.
- **Servidor de Aplicaciones SAP NetWeaver**, Java EE 5 Edition de SAP.
- **Sun Java System Web Server**
- **Sun Java System Application Server**
- **IBM WebSphere Application Server (WAS)** de IBM.
- **Servidor de aplicaciones WebLogic** de BEA Systems.

Servidores de Aplicaciones J2EE 1.3 certificados

- **Servidor de Aplicaciones JRun** de Macromedia.
- (...)

Por lo tanto, no se encontró evidencia de que LOLIMSA haya instalado los servidores exigidos por las Bases Integradas del Concurso."

170. Mediante escrito del 02 de setiembre de 2014, Lolimsa manifestó que el Dictamen Pericial había hecho una interpretación distinta a lo establecido en las Bases, al señalar que, mientras las Bases hacían referencia únicamente a que el aplicativo debía "proporcionar" el servidor de aplicaciones con el cual trabaja, el Dictamen Pericial había introducido los términos "proveer" e "instalar" en referencia a los servidores.

171. Sobre el particular, es importante advertir que, en efecto y en estricto, las Bases sólo hacen referencia al término "proporcionar", conforme se puede apreciar a continuación:

"El aplicativo deberá proporcionar el servidor de aplicaciones con el cual trabaja (...)" (el subrayado es nuestro)

172. Al respecto, la Real Academia de la Lengua Española (RAE) lo define de la siguiente manera:

*"proporcionar.
(De proporción).*

1. tr. Disponer y ordenar algo con la debida correspondencia en sus partes.
2. tr. Poner en aptitud o disposición las cosas, a fin de conseguir lo que se desea. U. t. c. prnl.
3. tr. Poner a disposición de alguien lo que necesita o le conviene. U. t. c. prnl.⁹

173. Por otro lado, la misma RAE define los términos “proveer” e “instalar” de la siguiente manera:

“proveer.

(Del lat. providēre).

1. tr. Preparar, reunir lo necesario para un fin. U. t. c. prnl.
2. tr. Suministrar o facilitar lo necesario o conveniente para un fin. Proveer de víveres una plaza. Proveer a alguien de ropa, de libros. U. t. c. prnl.
3. tr. Tramitar, resolver, dar salida a un negocio.
4. tr. Dar o conferir una dignidad, un empleo, un cargo, etc.
5. tr. Der. Dicho de un juez o de un tribunal: Dictar una resolución que a veces es sentencia definitiva.
6. prnl. Desembarazar, exonerar el vientre.¹⁰

“instalar.

(Del fr. installer).

1. tr. Poner en posesión de un empleo, cargo o beneficio. U. t. c. prnl.
2. tr. Poner o colocar en el lugar debido a alguien o algo. U. t. c. prnl.
3. tr. Colocar en un lugar o edificio los enseres y servicios que en él se hayan de utilizar; como en una fábrica, los conductos de agua, aparatos para la luz, etc.
4. prnl. Establecerse, fijar la residencia.¹¹

174. De la lectura conjunta de las definiciones arriba citadas y de lo expresado en las Bases, no se puede arribar a la conclusión categórica respecto a que el término “proporcionar” de las Bases pueda o deba equipararse a los términos “proveer” o “instalar”, en la medida que, incluso, estos dos últimos términos tienen entre sí una clara diferencia terminológica, ya que el término “proveer” tiene como consecuencia la de hacer entrega o suministrar alguna cosa, mientras que el término “instalar” tiene una connotación mayor, ya que no sólo implica entregar algo, sino además colocarlo de manera permanente o fija en un determinado lugar, es decir, un servicio complementario.
175. Sin perjuicio de lo señalado, resulta importante analizar las demás referencias invocadas por el Dictamen Pericial, antes detalladas, a fin de analizar si sus connotaciones se adecúan o no, desde un punto de vista legal, a lo expresado en las Bases.
176. Sobre el particular, es de advertirse que el perito hace referencia, en primer lugar, a que no se encontraron evidencias de que LOLIMSA haya cumplido con entregar un servidor de aplicaciones, para luego hacer un amplio y detallado listado de

⁹ <http://lema.rae.es/drae/?val=proporcionar>

¹⁰ <http://lema.rae.es/drae/?val=proveer>

¹¹ <http://lema.rae.es/drae/?val=instalar>

servidores, uno de los cuales debía ser instalado por el contratista, pero sin reparar que varios de los servidores citados no han sido expresamente referidos en las Bases, a saber:

- o **JOnAS**, un servidor de aplicaciones de código abierto de ObjectWeb.
- o **Servidor de Aplicaciones SAP NetWeaver**, Java EE 5 Edition de SAP.
- o **JEUS 6**, un Servidor de aplicaciones específico de Linux de TmaxSoft
- o **Apache Geronimo 2.0**
- o **Oracle Containers for Java EE 11.**
- o **Apache OpenEJB** via Apache Geronimo
- o **Geronimo**, un servidor de aplicaciones de código abierto de Apache.
- o **JOnAS**, un servidor de aplicaciones de código abierto de ObjectWeb.
- o **Servidor de Aplicaciones SAP NetWeaver**, Java EE 5 Edition de SAP.
- o **Sun Java System Web Server**
- o **Sun Java System Application Server**
- o **Servidor de Aplicaciones JRun** de Macromedia.

177. Ninguno de los programas (servidores) señalados, citados textualmente en el Dictamen Pericial, han sido referidos textualmente en las Bases Administrativas, habiéndose referido éstas únicamente a los siguientes servidores de aplicaciones:

- o **JBoss**
- o **WebSphere**
- o **GlassFish**
- o **WebLogic**

178. En consecuencia, todo análisis en torno a esta prestación debe circunscribirse necesaria y exclusivamente a los servidores señalados.
179. Ahora bien, las Bases establecen que el aplicativo debe proporcionar el servidor de aplicaciones con el cual trabaja, siendo uno de ellos cualquiera de los cuatro arriba señalados.
180. Como se ha señalado líneas atrás, el Dictamen Pericial ha interpretado que el contratista debía "proveer" o "instalar" uno de tales servidores de aplicaciones, bajo el entendimiento que tales términos equivalen al de "proporcionar", fijado en las Bases.
181. De esta manera, corresponde analizar si, en efecto, y más allá de los alcances de los términos utilizados en las Bases, la interpretación legal realizada en el Dictamen Pericial, se adecúa o no a lo establecido a las disposiciones legales aplicables.
182. En primer lugar, tenemos que los programas informáticos o de ordenador, se encuentran protegidos por derechos de autor, tal como lo establecen los artículos 69° al 71° del Decreto Legislativo N° 822¹², a saber:

"Artículo 69.- Los programas de ordenador se protegen en los mismos términos que las obras literarias. Dicha protección se extiende a todas sus formas de

¹² Cabe precisar que las normas de derecho de autor nacionales, recogidas en el Decreto Legislativo N° 822 y sus modificatorias posteriores, se adecúan o se encuentran en concordancia con el Tratado de Libre Comercio suscrito entre el Perú y los Estados Unidos de Norteamérica.

expresión, tanto a los programas operativos como a los aplicativos, ya sea en forma de código fuente o código objeto.

La protección establecida en la presente ley se extiende a cualesquiera de las versiones sucesivas del programa, así como a los programas derivados.

Artículo 70.- *Se presume, salvo prueba en contrario, que es productor del programa de ordenador, la persona natural o jurídica que aparezca indicada como tal en la obra de la manera acostumbrada.*

Artículo 71.- *Se presume, salvo pacto en contrario, que los autores del programa de ordenador han cedido al productor, en forma ilimitada y exclusiva, por toda su duración, los derechos patrimoniales reconocidos en la presente Ley, e implica la autorización para decidir sobre la divulgación del programa y la de defender los derechos morales sobre la obra.*

Los autores, salvo pacto en contrario, no pueden oponerse a que el productor realice o autorice la realización de modificaciones o versiones sucesivas del programa, ni de programas derivados del mismo."

183. Como se puede apreciar, en principio, y siempre que no medie pacto en contrario, únicamente pueden hacer uso de los derechos patrimoniales vinculados al programa el propio autor y el productor del programa.
184. Sin perjuicio de ello, la misma normativa de Derechos de Autor permite que terceros hagan uso de tales derechos a través de contratos de cesión o licencia, celebrados con los titulares del derecho, bajo las siguientes disposiciones:

"Artículo 95.- *El titular de derechos patrimoniales puede igualmente conceder a terceros una simple licencia de uso, no exclusiva e intransferible, la cual se regirá por las estipulaciones del contrato respectivo y las atinentes a la cesión de derechos, en cuanto sean aplicables.*

Los contratos de cesión de derechos patrimoniales, los de licencia de uso, y cualquier otra autorización que otorgue el titular de derecho, deben hacerse por escrito, salvo en los casos en que la ley presume la transferencia entre vivos de tales derechos."

185. Sobre el particular, el artículo 16 del Decreto Legislativo 822 define a la "Licencia" de la siguiente manera:

"Artículo 2.- *A los efectos de esta ley, las expresiones que siguen y sus respectivas formas derivadas tendrán el significado siguiente:*
(...)

16. Licencia: *Es la autorización o permiso que concede el titular de los derechos (licenciante) al usuario de la obra u otra producción protegida (licenciataria), para utilizarla en una forma determinada y de conformidad con las condiciones convenidas en el contrato de licencia. A diferencia de la cesión, la licencia no transfiere la titularidad de los derechos."*

186. De esta manera, los derechos y obligaciones del licenciataria de un programa informático se rigen por lo establecido en los respectivos contratos de licencia de uso.