

Considerando la existencia de posiciones abiertamente encontradas, sostenidas con alcances técnicos por cada una de las partes, el Árbitro Único dispuso de Oficio la realización de una Pericia Técnica, la misma que fue encomendada al Colegio de Ingenieros del Perú. Dicha Entidad designó al Ingeniero Electrónico Juan Carlos Palma Ramírez, con Registro CIP N° 63905, para que bajo la Supervisión del Ingeniero César Augusto Bazán Rubio, efectuara la Pericia encomendada.

El objeto de la pericia Técnica fue "Analizar y determinar las fallas técnicas de un Insuflador CO2 para cirugía laparoscópica abdominal marca Stryker modelo Pneumo High Flow Insufflator N° de serie 0807CE170, asimismo informe respecto al funcionamiento de la Torre Laparoscópica con un nuevo Insuflador". Es así que con Carta N° 0216-2015/CP/CDL/CIP de fecha 12 de febrero de 2015, el Colegio de Ingenieros remite el Dictamen Pericial correspondiente.

El Dictamen Pericial señala que:

"Por lo expuesto en las pruebas realizadas se verifica funcionalmente que el filtro de entrada de alta presión de CO2 se encuentra en mal estado, debido a que las presiones no se mantienen constantes donde el indicador de "botella" cae en su nivel seteado. Causas: se encontró que el filtro de alta presión al ingreso de CO2 se encontraba sucio, con restos de pequeños cristales, lo que hace que se obstruya el filtro, provocando su deterioro.

Como se sabe el único gas que ingresa en este filtro es el gas CO2, por lo que se puede afirmar que el gas suministrado a pesar de ser medicinal puede presentar residuos, que con el paso del tiempo éstos se van acumulando en el filtro.

Se realizaron visitas a otro Centro Hospitalario (HNERM), donde se pudo comprobar que el filtro se deteriora con el paso del tiempo de la misma forma que en el Hospital de Emergencias Casimiro Ulloa."

Finalmente establece las siguientes conclusiones:

"1.- Respecto a analizar y determinar las fallas técnicas de un Insuflador para cirugía laparoscópica abdominal marca Stryker modelo Pneumo High Flow Insufflator N° de serie 0807CE170; en el presente caso, tenemos que una presión seteada de 15 mmHg que es una presión abdominal usada en el campo médico, y seteando a un flujo alto (11 l/min) y dando inicio de funcionamiento con la tecla "START", verificamos que la "botella" empieza a bajar de nivel o volumen de la botella. Por lo tanto, se verifica funcionalmente que el filtro de entrada de alta presión de CO2 se encuentra en mal estado, debido a que las presiones no se mantienen constantes

donde el indicador de "botella" disminuye con referencia con su nivel de seteado.

Se encontró que el filtro de alta presión al ingreso del CO2 se encontraba sucio, con restos de pequeños cristales, lo que hace que se obstruya el filtro, provocando su deterioro; como se sabe el único medio que ingresa en este filtro es el gas CO2, por lo que se puede afirmar que el gas suministrado a pesar de ser medicinal puede presentar residuos, que con el paso del tiempo éstos se van acumulando en el filtro.

2.- Respecto al funcionamiento de la Torre Laparoscópica con un nuevo Insuflador: al respecto debemos mencionar que el equipo Torre Laparoscópica marca Stryker se encuentra operativo, sin inconvenientes de funcionamiento y que con el nuevo Insuflador adquirido por el Hospital de Emergencias José Casimiro Ulloa se encuentra en estado operativo."

Resulta importante señalar que el ingeniero Perito para efectos de elaborar el Dictamen Pericial tuvo acceso a la información técnica necesaria y a las posiciones técnicas sustentadas por las partes en sus informes. Consecuentemente resulta relevante tomar en cuenta que las conclusiones de la Pericia no señalan como causales de las fallas del Insuflador dos de los tres aspectos sostenidos por la Empresa. El primero de ellos es el referido a los niveles de presión, respecto a lo cual el Dictamen se limita a señalar que para mantener la vida útil del equipo es necesario conectar a un balón de gas menor o igual a 80 bar y mayor a 15 bar según lo dispone el manual del fabricante. El segundo de ellos referido a los tubos de insuflación, el Dictamen recomienda que deben ser de un solo uso. En tal sentido la Pericia no establece que estas dos causas sean las que originaron las fallas existentes en el Insuflador CO2, lo que debe tenerse presente.

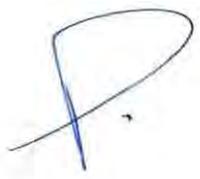
En lo que respecta al tercer aspecto sostenido por la Empresa, referido a que la obstrucción del filtro principal de alta presión estaría ocasionando los desperfectos debido a la impureza del CO2 utilizado por el Hospital, debemos señalar que ha quedado demostrado con los Certificados de Calidad de Dióxido de Carbono CO2 Medicinal que obran en autos, así como con la Pericia Técnica, que el Hospital si ha usado CO2 medicinal, descartando que sea un CO2 no medicinal (Industrial). Si bien no se ha establecido el grado de pureza de este gas medicinal, lo cierto es que ni la empresa demandada ni el ingeniero Perito, han determinado la existencia de diferentes tipos de CO2 medicinales con distintos grados de pureza que se comercialicen en el mercado peruano, por lo que se debe concluir al respecto que el gas utilizado por el Hospital es el gas medicinal normalmente utilizado para este tipo de equipos médicos. En tal sentido, también se concluye que el CO2 medicinal normalmente utilizado en

nuestro país para estos equipos, produce ciertos residuos que por el uso constante del equipo y el tiempo transcurrido llegan a obstruir el filtro de alta presión del Insuflador de CO2 ocasionando el mal funcionamiento del mismo y su descalibración, siendo que lo mismo ocurre en otros hospitales, tal como lo señala el Dictamen Pericial.

Habiendo la Pericia Técnica determinado cual es la causa del mal funcionamiento del Insuflador CO2, debemos establecer si esta causa puede ser consecuencia de una mala práctica operativa del Hospital que ocasionaría la pérdida de la garantía o caso contrario si la obstrucción del filtro que conlleva el desperfecto del Insuflador se encuentra inmersa dentro de la garantía otorgada por la Empresa.

Al respecto, resulta importante remitirnos a algunos de los Informes Técnicos emitidos en su oportunidad por la Empresa, como son el Informe N° 008270 de fecha 14 de enero de 2011, que señala haber encontrado el "filtro de alta presión en estado saturado". Asimismo el Informe N° 008320 de fecha 19 de mayo de 2011, que señala: "se encontró filtro de entrada con partículas color blanco, lo cual perjudica las válvulas internas en el equipo (...)". Estos Informes fueron alcanzados en su oportunidad al Hospital, por lo que la Empresa ha mantenido la posición de que habiendo efectuado las recomendaciones oportunas al Hospital respecto a los problemas de saturación del filtro por partículas provenientes del CO2, la reiteración de dicho inconveniente ocasionó que el Hospital perdiera la garantía del Insuflador. Asimismo la Empresa ha sostenido que habiéndose detectado que el filtro se saturaba y siendo de conocimiento del Hospital este problema de carácter continuo, debió tomar las previsiones del caso y efectuar por su propia cuenta la limpieza del filtro.

La Carta de Compromiso de Garantía Post Venta emitida por la Empresa respecto al equipo Torre Laparoscópica, que como hemos determinado anteriormente debe comprender cada uno de los componentes que integran la Torre, establece textualmente lo siguiente: "(...) mi representada se compromete a garantizar que el bien ofertado ha sido fabricado bajo un estricto control de calidad por lo que ofrecemos el tiempo de garantía contra todo defecto de fabricación y cualquier otra falla que eventualmente se presente en el equipo Torre Laparoscópica, (...)". La Carta en su último párrafo agrega: "Asimismo, declaramos que en un plazo no mayor de sesenta (60) días, nuestra representada deberá sustituir el bien si es observado por causas que motivan la presente declaración jurada".



En tal sentido debemos manifestar que en el caso específico que nos ocupa no estamos ante un defecto de fabricación, tampoco ante un vicio oculto del bien si tenemos en cuenta lo señalado en la opinión N° 017-2015/DTN de fecha 23 de setiembre de 2014, emitida por la Dirección Técnico Normativa del OSCE, que establece que los defectos o vicios ocultos "se presentan cuando la prestación adolece de defectos cuya existencia es anterior o concomitante al momento en que la Entidad emite la conformidad y que no pudieron ser detectados en dicha oportunidad, siempre que dichos defectos no permitan que el bien, servicio u obra sea empleado de conformidad con los fines de la contratación". En tal consideración, descartando defectos de fabricación y vicios ocultos del Insuflador de CO₂, debemos remitirnos a la Carta de Garantía en cuanto establece que ésta cubre "cualquier otra falla que eventualmente se presente en el equipo".

Resulta evidente que en el caso específico del Insuflador de CO₂, este ha presentado fallas en su funcionamiento ocasionadas por problemas de saturación del filtro de alta presión, el mismo que evidentemente es parte del Insuflador. En tal sentido, hemos descartado que sea responsabilidad del Hospital el uso de un determinado CO₂, que si bien las partículas que contiene dicho gas producen la saturación del filtro, esto no puede ser atribuible a una mala práctica en el uso del Insuflador por parte de los servidores del Hospital. Tampoco puede ser responsabilidad del Hospital el uso continuo del equipo como consecuencia de la gran cantidad de operaciones quirúrgicas ya que un equipo de esta naturaleza es adquirido con el objeto de prestar el servicio que requiere un Hospital de Emergencias como es el caso del Hospital José Casimiro Ulloa. Igualmente no resulta sostenible la posición de la Empresa respecto a que al presentarse una saturación continua del filtro de alta presión por el uso reiterado del equipo, el personal del Hospital debió efectuar una permanente limpieza del mismo. Dicha postura no tiene asidero en cuanto la manipulación del equipo consistente en desarmar el filtro por parte de personal técnico del Hospital, aun siendo una operación aparentemente sencilla según lo señalado por la Empresa, no es obligación del Hospital tratándose de un componente que está bajo un período de garantía post venta.

Se encuentra acreditado que la Empresa a través de su equipo técnico conocía desde un comienzo la causa de las fallas del Insuflador, ya que si bien la Empresa determinó tres causas, hemos visto que una de ellas es la que según la Pericia Técnica ocasionaba el problema. Siendo así, la Empresa dentro de los alcances de la Garantía, debió tomar las previsiones del caso para realizar un mantenimiento preventivo más continuo del filtro del Insuflador, conociendo además el uso que el equipo "Torre Laparoscópica" tenía en el Hospital por las numerosas operaciones en las que era utilizado, o caso contrario debió instruir al Hospital y adiestrar a su

personal para que sin perder la garantía realizara por su cuenta una limpieza continua del filtro de alta presión del Insuflador, evitando que finalmente se descalibrara.

Considerando lo expuesto en el análisis del presente punto el Árbitro Único considera que respecto al pedido del Hospital de que se disponga el reemplazo por cuenta de la Empresa de la integridad del equipo Torre Laparoscópica, este no tiene sustento legal por cuanto ha quedado acreditado que exceptuando el Insuflador de CO2, los demás componentes vienen funcionando en forma correcta, siendo plenamente utilizados por el Hospital. Respecto al Insuflador de CO2 cuyas fallas han quedado demostradas debido a la saturación y obstrucción del filtro de alta presión, debemos reiterar que dicho componente se encuentra bajo la cobertura de la Garantía Post Venta otorgada por la Empresa ya que durante el tiempo que se produjeron las fallas, la garantía estaba vigente. Además debe señalarse que no se ha acreditado de modo alguno que el Hospital haya incurrido en prácticas de mal uso del componente Insuflador de CO2, siendo que si ha quedado evidenciado que la Empresa conocía la causa del problema respecto al filtro y no tomó las previsiones necesarias para evitar un deterioro del mismo que trajo como consecuencia el colapso del Insuflador de CO2.

El Árbitro Único considera que el Hospital no perdió la Garantía Post Venta respecto del Insuflador de CO2 y que en consecuencia la Empresa, de acuerdo a lo dispuesto en la Garantía, está en la obligación de proceder a sustituir el bien, debiendo declarar Fundada en Parte la Pretensión Principal de la Demanda.

2. ANALISIS DE LA PRETENSIÓN ACCESORIA

"Determinar si corresponde que la demandada indemnice al demandante con la suma de S/. 73,200.00 por concepto de daños y perjuicios (daño emergente y lucro cesante) ocasionados por el mal funcionamiento del equipo, más los intereses legales que se generen hasta la fecha de su pago".

Habiéndose declarado Fundada en Parte la Pretensión Principal de la Demanda, corresponde evaluar la procedencia o no de la Pretensión Accesorio según la cual el Hospital solicita la suma de S/. 73,200.00 por concepto de daños y perjuicios ocasionados por el mal funcionamiento del equipo, más los intereses legales que se generen hasta la fecha de su pago. Al respecto, el análisis de la Pretensión debe partir de una premisa que es consecuencia de lo resuelto en la Pretensión Principal: Se ha

determinado que la Empresa tenía la obligación contractual de mantener la aplicación de la Garantía Post Venta sobre el componente Insuflador de CO2 y no correspondía que haya declarado la pérdida de la garantía.

Pues bien, el Hospital señala en su demanda que le correspondería la suma de S/. 30,000.00 nuevos soles por concepto de Daño Emergente, monto al que asciende la compra de un nuevo equipo Insuflador de CO2, que se vio obligado a adquirir como consecuencia de que la Empresa no asumió el reemplazo o reparación del componente, pretendiendo cobrar una suma por reparación que resultaba de mayor onerosidad al Hospital, caso contrario el equipo Torre Laparoscópica hubiera seguido inoperativo y en desuso.

Asimismo solicita una reparación por Lucro Cesante, ya que en el año 2010 se operó de 22 a 23 pacientes por mes con laparoscopia, pero en el año 2011 sólo se operaron 17 pacientes por mes, debido a las continuas fallas del equipo de laparoscopia. Asimismo señala el Hospital que en dicho año se realizaron 114 cirugías de las cuales el Hospital dejó de percibir S/.300.00 por cada una al no poder realizarlas con equipo de laparoscopia, generando una pérdida de ingresos por S/. 34,200 nuevos soles. También indica que durante el tiempo que el equipo estuvo inoperativo el Hospital dejó de percibir la suma de S/. 1,000.00 por cada paciente no operado y teniendo en cuenta que se dejó de operar a 06 pacientes programados mensuales y un número igual de emergencias, esta situación representaría una pérdida de aproximadamente S/. 9,000.00 por cada mes, lo que hace un total de S/. 43,200.00 nuevos soles, monto que constituye lucro cesante.

La Empresa demandada manifiesta que no se constituyen los elementos para configurar un derecho a indemnización por daños y perjuicios por lo que debe declararse improcedente el pedido del Hospital, en razón a que no ha incurrido en ningún incumplimiento de carácter contractual.

Habiendo definido cuales son las posiciones de las partes respecto a la presente pretensión, debemos empezar señalando que estamos ante un tema de responsabilidad civil cuando la búsqueda de la tutela de los derechos tiene como objetivo determinar la existencia de un responsable e imponerle la obligación de los daños que hubiere causado. En aquellos casos en los que el daño causado sea producto del incumplimiento de una obligación derivada de un pacto voluntariamente asumido, nos encontraremos ante una responsabilidad contractual. En tal sentido, ésta responsabilidad es conceptualizada como la obligación del deudor de indemnizar al acreedor por los perjuicios que ha originado el incumplimiento de una obligación o por el incumplimiento parcial, tardío o defectuoso de dicha obligación.



El tratadista argentino Gabriel A. Stiglitz⁴ señala que, "(...) el contrato, como fuente de obligaciones, genera la sujeción del deudor al deber de cumplir la prestación comprometida..." y es frente al incumplimiento de ese deber que surge la responsabilidad civil como la "(...) obligación impuesta, como reacción del ordenamiento, a quien infringe un deber jurídico, dañando a otro".

Según Planieol y Ripert, "si el deudor no cumple la obligación cuándo y cómo debiera, el acreedor tiene derecho de obtener una indemnización por daños y perjuicios, es decir, una suma de dinero equivalente al provecho que hubiera obtenido el cumplimiento efectivo y exacto de la obligación, a título de indemnización por el perjuicio sufrido."⁵

Si bien hemos definido la responsabilidad civil contractual, resulta relevante analizar cuáles son los elementos de la responsabilidad civil contractual para que proceda una indemnización por daños y perjuicios. Conviene sin embargo hacer la precisión que los elementos constitutivos de la responsabilidad contractual son similares a los de la responsabilidad extracontractual, ya que ambas figuras de responsabilidad civil tienen por objeto la reparación de los daños irrogados en razón a una conducta inadecuada o ilícita que produce un efecto dañoso. Para el caso de responsabilidad civil contractual supone sólo el incumplimiento de un pacto preexistente y contenido en un contrato, convenio o acuerdo para que opere.

Así, los elementos que configuran la responsabilidad civil son: (i) La imputabilidad; (ii) la ilicitud o antijuricidad; (iii) el factor de atribución; (iv) el nexo causal; y (v) el daño.

"La imputabilidad" está referida a la capacidad de una persona natural o jurídica de poder ser responsable o imputable del daño que ocasione. Es el primer elemento a analizar puesto que si nos encontramos ante una persona que debido a su capacidad no puede responder al daño que se le imputa, independientemente si lo hubiera causado o no, no siéndole atribuible un resarcimiento, entonces carece de objeto continuar analizando el resto de elementos. En el caso que nos ocupa, la persona jurídica respecto a la cual debemos evaluar la imputación de responsabilidad es la Empresa y siendo que no presenta una condición por la cual, según lo dispuesto en el Código Civil, pueda ser considerada como persona incapaz, consecuentemente no hay causal por la que, en el supuesto de haberse configurado un daño, el mismo no pueda imputársele.

⁴ STIGLITZ, Gabriel A. Responsabilidad Civil por Incumplimiento Contractual. En: Contratos. Teoría General. (Director: Rubén S. Stiglitz). Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1994. Tomo I. p. 653.

⁵ PLANOL Y RIPERT, Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, Tomo VII. Las Obligaciones (Segunda Parte), N° 821, pag. 132.

Respecto a la "ilicitud o antijuricidad", Lizardo Taboada señala lo siguiente: "Modernamente existe acuerdo en que la antijuricidad, o mejor dicho, que 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 valores o principios sobre los cuales ha sido constituido el sistema jurídico(...)".⁶

El comportamiento dañoso generador de responsabilidad constituye un hecho antijurídico que lesiona sin causa justificada la esfera jurídica ajena. Sin embargo no todo hecho antijurídico genera imputación de responsabilidad ya que el artículo 1971° del Código Civil establece que no hay responsabilidad en el caso del ejercicio regular de un derecho, en legítima defensa de la propia persona o de otra en salvaguarda de un bien propio o ajeno, y en la pérdida, destrucción o deterioro de un bien por causa de la remoción de un peligro inminente.

En el caso que nos ocupa, vemos que de acuerdo a lo resuelto en la Pretensión Principal, la Empresa ha incurrido en un hecho generador de responsabilidad al no cumplir con la garantía otorgada contraviniendo lo pactado contractualmente. El actuar de la empresa no se encuentra dentro de los supuestos establecidos en el artículo 1971° para encontrarse exenta de responsabilidad, por lo que se verifica la existencia del elemento de la antijuricidad, debido al incumplimiento de obligaciones contractuales.

Respecto al elemento "Factor de atribución" es el que tiene por objeto identificar en función a qué es responsable la Empresa. Sobre el particular la aplicación de atribución deviene en el presente caso en subjetiva por cuanto no se requiere la intención de perjudicar, bastando tan sólo el infringir de modo voluntario el deber jurídico que pesaba sobre el deudor conscientemente. En el presente caso la Empresa comunicó al Hospital la pérdida de la garantía infringiendo de modo voluntario con la obligación asumida al otorgar la garantía post venta.

En relación al "nexo causal", Lizardo Taboada Córdova señala lo siguiente: "En lo relativo a la relación de causalidad, la misma es un requisito de toda responsabilidad civil, pues si no existe una relación jurídica de causa efecto entre la conducta típica o atípica y el daño producido a la víctima, no habrá responsabilidad de ninguna clase."⁷

Al respecto, el artículo 1321° del Código Civil establece: "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

⁶ Taboada Córdova, Lizardo. Elementos de la Responsabilidad Civil. Editora Jurídica Grijley. "2da. Edición" pag.32.

⁷ Taboada Córdova, Lizardo. Elementos de la Responsabilidad Civil. Editora Jurídica Grijley. "2da. Edición" pag. 35

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*. Si la inejecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedecieran a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída."

En otros términos, para que la responsabilidad civil proceda, deberá existir un nexo causal entre el hecho del incumplimiento y el daño producido, es decir, para cuestiones de inejecución de obligaciones el precitado artículo 1321° regula la denominada causa próxima.

En relación con la consecuencia inmediata, Compagnucci de Caso⁸ señala que "El entendimiento de lo que significa "consecuencia inmediata" aparece con mayor sencillez y se vincula a lo que dispone el artículo 901° del Código Civil. Es lo que acostumbra suceder según el curso normal y ordinario de las cosas. El mismo Vélez Sarfield en la nota al artículo 520° así lo confirma. En el supuesto del Incumplimiento Contractual, que estamos analizando, sería la derivada del propio incumplir, ya que se encuentra vinculado a otro hecho ajeno extraño al mismo contrato. La relación de inmediatez se da entre lo prometido en la convención y el incumplimiento."

Si bien existen supuestos de ruptura del nexo causal como son el caso fortuito y la fuerza mayor, normados en el artículo 1315° del Código Civil, estos no resultan de aplicación al presente caso.

De acuerdo con la doctrina el nexo de causalidad requiere de dos análisis fundamentales: la causalidad material y la jurídica. Esto implica que deben diferenciarse entre las condiciones materiales que explican la producción de determinado resultado -causas materiales o de hecho- y los criterios normativos que justifican y delimitan los responsables de un determinado daño -causalidad jurídica-. Es decir, a pesar de que la causalidad material se dé en la realidad, no por ello deberá responder el autor, ya que falta aun por analizarse si dicha causalidad pasa el análisis de determinados razonamientos, también denominados criterios de imputación objetiva.

La causalidad material, como se dijo anteriormente, es un problema de hecho, un tema que le corresponde a la lógica, a la realidad, se trata de un tema de física, de lo que generó determinada consecuencia, no es un debate jurídico propiamente. En cambio la causalidad jurídica recurre a los criterios de imputación objetiva, que son los que permitirán determinar la causalidad jurídica. Es decir determinar quien responde y de cuales

⁸ Compagnucci de Caso, Rubén. La Responsabilidad Civil y Relación de Causalidad. Editorial Astrea; Bs. As. 1984, p.197.

consecuencias, no siendo suficiente la voluntariedad de la acción, sino que habrá de examinar todo el proceso posterior desencadenante del daño para imputar la responsabilidad.⁹

En el presente caso de acuerdo a la evaluación efectuada, nos encontramos que resulta evidente la existencia de un nexo causal material, es decir la lógica aplicada a los hechos nos lleva a deducir que evidentemente la conducta de la Empresa de no aplicar la garantía para poner operativo el Insuflador de CO2 debe haber desencadenado un daño al Hospital teniendo en cuenta que este componente es indispensable para que la Torre Laparoscópica pueda funcionar. Sin embargo, para efectos de determinar la causalidad jurídica se requiere evaluar necesariamente si los hechos dañosos imputados son los efectivamente desencadenados por el actuar de la Empresa, para lo cual se requiere hacer un análisis del daño reclamado por el Hospital como paso previo a establecer si existe o no un nexo causal jurídico que genere imputación de responsabilidad contractual.

Por último, en relación al elemento "daño", debemos señalar que éste es uno de los elementos fundamentales de la responsabilidad civil, ya que si no existe daño se descarta cualquier análisis posterior de esta figura; así sin daño no hay lugar a responsabilidad civil. Muchos autores se refieren a esta figura como "derecho de daños", teniendo en cuenta no solo el papel fundamental del daño sino también la función principal de la responsabilidad, que es el resarcimiento del mismo.¹⁰

Guillermo Cabanellas define el "daño" como "el detrimento, perjuicio o menoscabo que se recibe por culpa de otro en la hacienda o persona. El daño puede causarse por dolo o malicia, por culpa o por caso fortuito."¹¹

En el mismo sentido, Ferri señala lo siguiente: "(...) el daño no puede ser entendido como la lesión de un interés protegido, por cuanto ello resulta equívoco y substancialmente impreciso. El daño más bien incide en las consecuencias, aquellos efectos negativos que derivan de la lesión del interés protegido".¹² En tal sentido, el daño se genera por los actos ilícitos o antijurídicos que sobrepasan los límites de sus propios derechos, avasallando los de la contraparte y por las consecuencias que éstos generan en la esfera del afectado.

⁹ MARTINEZ CALCERRADA, La responsabilidad civil y la llamada imputación objetiva razonable. Asociación de profesores de derecho civil, 2010. pág. 11.

¹⁰ LARENZ, K. "Derecho de obligaciones", trad. española de SANTOS BRIZ, I. Madrid, 1959. Y notas SANTOS BRIZ, T.I. Madrid, 1958, pág. 193. Citado en VICENTE DOMINGO, E. op. cit., págs. 303 y ss. También, en CONCEPCION RODRIGUEZ, J.L., op. cit., págs. 72 a 80, y en DIEZ PICAZO, L., op. cit., pág. 307.

¹¹ CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. 1ª. Edición. Pag. 152.

¹² FERRI, G.B. Citado por Espinoza Espinoza, Juan. El Tratamiento de los Derechos de la Persona en el Código Civil Peruano de 2984. 2da. Edición. Pg.273.

Una definición clásica y objetiva de daño la encontramos en Larenz, quien lo define como "todo menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado sufre una persona ya en sus bienes vitales o naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio". También de forma clásica, Scognamiglio considera que el daño es similar a la lesión de un interés o la alteración de un determinado bien que sirve para satisfacer dicho interés, o la pérdida o disponibilidad o del goce de un bien que por lo demás permanece inalterado. Por su parte Roca Trias enfoca su estudio a partir del derecho de daños, y lo define como "un perjuicio que puede derivar del incumplimiento del contrato, o de la lesión causada a través de acciones u omisiones que tengan como base una intención de dañar".

Una principal característica del daño es que este sea cierto, refiriéndose principalmente a la existencia del mismo al momento de la reclamación y a la cuantía reclamada. Este es un tema principalmente probatorio, y quien lo alega debe probar su existencia. En ese sentido considerando que la Pretensión Accesorias que estamos evaluando corresponde a indemnización por daños y perjuicios, es el Hospital quien tiene que probar debidamente los mismos, siendo de su exclusiva responsabilidad la carga de la prueba.

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."¹³

El Hospital requiere la indemnización por la posible existencia de daño emergente y lucro cesante. Al respecto los autores Osterling y Castillo, definen el Daño Emergente y el Lucro Cesante conforme a lo siguiente:

"En primer lugar, cabe señalar que el artículo bajo análisis es aplicable al ámbito de la responsabilidad contractual (...) La distinción clásica entre daño emergente (*dammun emergens*) y lucro cesante (*lucrum cessans*) está dada por la disminución del patrimonio en el primero, y por la privación del aumento o por la supresión de la ganancia esperada en el segundo. Así, el daño emergente se traduce en el empobrecimiento del factor económico actual del patrimonio del sujeto. De ahí que la doctrina no duda en señalar que viene constituido por el perjuicio efectivamente sufrido. El lucro cesante, por su parte, es la frustración traducida en un empobrecimiento patrimonial (...). Ambos elementos – el daño emergente y el lucro cesante

¹³ ARTEAGA ZEGARRA, Mario. El incumplimiento en materia de contratación pública, en: Actualidad Jurídica. Tomo 138, Lima: Gaceta Jurídica, Mayo 2005, p. 33.

– son comprendidos en la indemnización en sí, sin los cuales ésta no alcanzaría su fin, el mismo que consiste en colocar al perjudicado o a la víctima en la misma situación que si la obligación hubiera sido ejecutada".¹⁴

Espinoza Espinoza, al respecto señala lo siguiente: "Daño Patrimonial consiste en la lesión de derechos de naturaleza económica, que debe ser reparada. Esta a su vez, se clasifica en: Daño Emergente: Es la pérdida que sobreviene en el patrimonio del sujeto afectado por el incumplimiento de un contrato o por haber sido perjudicado por un acto ilícito, o como sostiene un sector autorizado de la doctrina italiana, "la disminución de la esfera patrimonial" del dañado. Y Lucro Cesante: Se manifiesta por el no incremento en el patrimonio del dañado (sea por el incumplimiento de un contrato o por un acto ilícito). Es la "ganancia patrimonial neta" dejada de percibir" por el dañado."

Habiendo determinado en forma por demás precisa el concepto de "daño" y específicamente de "daño emergente" y "lucro cesante" reclamados por el Hospital, resulta necesario analizarlos y determinar si éstos corresponden en efecto a estos conceptos y si además se configura el nexo de causalidad jurídica que permita la imputación de responsabilidad a la Empresa y la consecuente generación de obligación de resarcimiento.

En primer lugar, respecto al daño emergente reclamado por el Hospital, debemos manifestar que éste señala que le correspondería la suma de S/. 30,000.00 nuevos soles por este concepto, monto al que asciende la compra de un nuevo equipo Insuflador de CO₂, que se vio obligado a adquirir como consecuencia de que la Empresa no asumió el reemplazo o reparación del componente, pretendiendo cobrar una suma por reparación que resultaba de mayor onerosidad al Hospital, caso contrario el equipo Torre Laparoscópica hubiera seguido inoperativo y en desuso.

Al respecto, conforme hemos referido el daño emergente implicaría la acreditación por parte del Hospital de la disminución de su patrimonio o de su esfera patrimonial como consecuencia directa del incumplimiento contractual por parte de la Empresa. Al respecto resulta importante señalar que la adquisición de un nuevo Insuflador de CO₂ para que se instale en la Torre Laparoscópica y pueda esta funcionar, obedeció a una decisión de gestión administrativa de las autoridades del Hospital como alternativa para evitar el pago de los servicios de una reparación del Insuflador que según el análisis administrativo del Hospital resultaba demasiado onerosa, esto independientemente de si la Empresa incumplió con su obligación contractual de mantener la garantía del Insuflador de CO₂ que vendió al Hospital. Entonces, volvemos a evaluar la existencia o no de un nexo de

¹⁴ OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Compendio de Derecho de las Obligaciones. Lima. Palestra Editores, 2008. Pag. 865, 867.

causalidad jurídica respecto a si el hecho antijurídico efectuado por la Empresa de no aplicar la garantía, es el directo generador de la compra de un nuevo Insuflador de CO2 por parte del Hospital. A criterio del Árbitro Único no se estaría configurando ese nexo de causalidad jurídica ya que la compra de un nuevo Insuflador de CO2 no es una consecuencia que deriva en obligatoria debido al incumplimiento de la Empresa. La compra del nuevo Insuflador es la determinación voluntaria del Hospital como elección de alternativas de solución evaluadas por la misma Entidad. Si bien una evaluación del nexo causal material y/o lógico podría hacernos pensar que la compra del nuevo insuflador es la consecuencia de la no aplicación de la garantía por parte de la Empresa, lo cierto es que no se encuentra un nexo de causalidad jurídica que permita considerar como válida la existencia de responsabilidad civil contractual por parte de la Empresa referida a la compra por parte del Hospital del nuevo Insuflador, cuanto más si no se puede considerar en estricto que esta compra constituya propiamente un detrimento patrimonial para el Hospital considerando el uso y beneficio que este equipo brinda en un ámbito hospitalario donde se realizan innumerables operaciones quirúrgicas de tipo laparoscópico.

Vemos entonces que tampoco el Hospital ha demostrado que la compra de un nuevo Insuflador deba entenderse como gravoso económicamente para el Hospital, en el sentido de aplicación de partidas presupuestales que probablemente hubieran sido destinadas a otras actividades, perjudicando otras metas hospitalarias de interés público. Concluimos entonces que no todo daño materialmente causado a la otra parte contractual, así cumpla con otros elementos de la responsabilidad, es un daño resarcible, ya que no se acredita, en este caso, el nexo de causalidad jurídica, conforme lo hemos referido en el párrafo anterior.

Por otro lado, el Hospital reclama el pago por concepto de lucro cesante de la suma total de S/. 43,200.00 nuevos soles, sustentando el pedido en que en el año 2010 se operó de 22 a 23 pacientes por mes con laparoscopia, pero en el año 2011 sólo se operaron 17 pacientes por mes, debido a las continuas fallas del equipo de laparoscopia. Asimismo señala el Hospital que en dicho año se realizaron 114 cirugías de las cuales el Hospital dejó de percibir S/.300.00 por cada una al no poder realizarlas con equipo de laparoscopia, generando una pérdida de ingresos por S/. 34,200 nuevos soles. También indica que durante el tiempo que el equipo estuvo inoperativo el Hospital dejó de percibir la suma de S/. 1,000.00 por cada paciente no operado y teniendo en cuenta que se dejó de operar a 06 pacientes programados mensuales y un número igual de emergencias, esta situación representaría una pérdida de aproximadamente S/. 9,000.00 por cada mes.



Conforme hemos señalado el concepto de "lucro cesante" está referido al no incremento del patrimonio del Hospital como consecuencia del incumplimiento de obligaciones por parte de la Empresa, específicamente por la no aplicación de la Garantía Post Venta que implicó que el componente Insuflador de CO2 no pudiera estar operativo trayendo como consecuencia que el equipo Torre Laparoscópica no pudiera ser utilizado en la realización de operaciones quirúrgicas con técnica laparoscópica. Al respecto en este caso si encontramos la existencia de un daño de carácter patrimonial donde la existencia de nexo causal es de carácter no sólo material y/o lógico sino también de carácter jurídico. En efecto la materialidad del nexo resulta evidente en cuanto la existencia de fallas en el Insuflador de CO2 impidió la operatividad de la Torre Laparoscópica, al menos en el período previo a la compra por parte del Hospital de un nuevo Insuflador. Asimismo existe un nexo jurídico por cuanto el incumplimiento de la obligación contractual de otorgar la garantía del componente es causa directa e ineludible de que la Torre Laparoscópica no cumpliera el objeto de su adquisición.

En lo que respecta al monto reclamado por el Hospital como indemnización por lucro cesante, corresponde a la Entidad su acreditación y probanza. En tal sentido obra en el expediente como medio probatorio el Informe N° 020-DC-HEJCU-2012 emitido por el Dr. Augusto Dulanto Zorrilla, Jefe del Departamento de Cirugía del Hospital en el que señala el número de cirugías afectadas, es decir la disminución de las mismas como consecuencia de las fallas del equipo durante el año 2011 así como el número de pacientes dejados de operar. De dicho informe se determina el monto reclamado por el Hospital.

No obstante lo señalado en el párrafo anterior, el Hospital no ha presentado otros medios probatorios que permitan crear convicción en el Árbitro Único que el monto reclamado es en estricto el que correspondería al daño efectivamente causado. En tal sentido el monto del resarcimiento del daño requiere ser probado y aun cuando pueden existir diferentes grados de convicción que permiten tener por acreditado el monto reclamado, la producción de esos diferentes grados de convicción en el juzgador impone la existencia de mayores medios probatorios.

Si bien el artículo 1332° del Código Civil establece que: "Si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa". Al respecto debemos señalar que en el extremo que estamos analizando, el Árbitro Único ha determinado la existencia de un daño que conllevaría una indemnización por lucro cesante, sin embargo para el otorgamiento de un monto de resarcimiento por los daños causados se requiere necesariamente que el perjudicado, en este caso el Hospital,

pruebe la existencia del monto solicitado como resarcimiento por los daños y perjuicios, tal como lo establece el artículo 1331° del Código Civil.

En efecto, es necesario destacar que todo monto reclamado como reparación y que es la consecuencia del daño, debe ser cierto, no puede ser hipotético, deducible o simplemente implícito, sino que requiere de certeza.

Es así que partiendo como premisa que no basta una inducción lógica y sentido común para sustentar el monto del perjuicio ocasionado, no cabría la aplicación de lo dispuesto en el artículo 1332° del Código Civil por cuanto para ejercer una facultad discrecional y equitativa como es determinar un monto indemnizatorio, se requiere la existencia de evidencia probatoria que cause convicción en el Árbitro Único.

En otras palabras, el artículo 1332° del Código Civil puede ser aplicado por el juzgador cuando estando probado el daño no pueda demostrarse en forma "precisa" su cuantía resarcitoria, que no es el caso. En el presente arbitraje, el Hospital no ha presentado ningún elemento probatorio que pueda sustentar, si bien no en forma precisa al menos aproximada, el monto del resarcimiento consignado en el Informe N° 020-DC-HEJCU-2012. Es decir, se requiere que el perjudicado tenga la capacidad de asistir al juzgador con elementos objetivos no necesariamente categóricos pero si convincentes, que permitan la aplicación de la normatividad con corrección y justicia, situación que en el presente caso no se ha podido evidenciar.

Por las consideraciones expuestas, es criterio del Árbitro Único que resulta IMPROCEDENTE la Pretensión Accesorio del demandante con relación al reconocimiento y pago de una indemnización por daños y perjuicios.

3. COSTAS Y COSTOS

"Determinar si corresponde o no, que se condene a la Empresa ROCA SAC al pago de costos y costas del proceso arbitral"

Sobre el particular, debe establecerse que el Decreto Legislativo N° 1071, Ley de Arbitraje aplicable de forma supletoria, en este extremo, señala en su artículo 73° lo siguiente:

"1. El tribunal arbitral tendrá en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes. A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, el tribunal

arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso".

Al respecto, si nos remitimos a la doctrina, encontramos que existe inclinación por darle a los árbitros la facultad de aplicar criterios de razonabilidad referidos a los costos del arbitraje, así se señala que "es claro que la Ley manda que los árbitros evalúen la razonabilidad del prorrateo. El principio rector en ese sentido debe ser siempre el principio de razonabilidad. Y si a criterio de los árbitros, dadas las circunstancias del caso, el prorrateo es razonable, no nos cabe la menor duda que ellos tienen plenas facultades para apartarse de la regla general (según la cual los costos siguen el evento y deben ser asumidos por la parte vencida)"¹⁵.

En el presente caso es criterio del Árbitro Único que ambas partes han litigado en base a fundamentos que creían veraces, por lo que han sustentado cada uno sus argumentos y sus posiciones jurídicas, es por ello que, teniendo además en cuenta la conducta procesal observada, se debe disponer que ambas partes asuman sus propios costos que han soportado en el desarrollo del presente arbitraje.

B. PARTE RESOLUTIVA

Por las razones expuestas, de conformidad con el Acta de Instalación y lo previsto en el Decreto Legislativo N° 1071 que norma el Arbitraje, el Árbitro Único resolviendo en Derecho **LAUDA:**

PRIMERO: DECLARAR FUNDADA EN PARTE la Pretensión Principal de la Demanda. **INFUNDADA** en cuanto solicita la Reposición del Equipo Torre Laparoscópica en su integridad. **FUNDADA** respecto a la Reposición del componente Insuflador de CO₂. **DISPÓNGASE** que la Empresa ROCA SAC proceda a la Reposición del Insuflador de CO₂ en las mismas condiciones y características técnicas establecidas en el Contrato suscrito con el Hospital de Emergencias José Casimiro Ulloa.

SEGUNDO: DECLARAR IMPROCEDENTE la Pretensión Accesorio de la Demanda, respecto al otorgamiento de reparación de Daños y Perjuicios, de

¹⁵ EZCURRA RIVERO, Huáscar. "Comentario al artículo 73° de la Ley de Arbitraje". En: Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje. Tomo I. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversiones. 2011, p. 812.

Proceso Arbitral N° S-97-2012/SNA-OSCE

Hospital de Emergencias "José Casimiro Ulloa" con la empresa Roca SAC.

acuerdo a los fundamentos expuestos en la parte considerativa del presente Laudo.

TERCERO: DECLARAR que ambas partes procesales deberán asumir sus propios costos arbitrales que comprenden también los honorarios del Árbitro Único y secretaría arbitral.

CUARTO: REMITASE al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, copia del presente laudo arbitral.

Notifíquese a las partes.



ELIO OTINIANO SÁNCHEZ
Árbitro Único

MARIELA PÉREZ RAMOS
Secretaria Arbitral