

JEG. 1932 - 2014

Caso Arbitral: THI Medical SAC – Ministerio de Salud

Lima, 15 de julio de 2015

Señores

PROCURADURÍA PÚBLICA DEL MINISTERIO DE SALUD

Av. Dos de Mayo N° 590.

San Isidro.-

Atte.: Luis Celedonio Valdez Pallete
Procurador Público del Ministerio de Salud

Caso Arbitral: THI Medical SAC – Ministerio de Salud

Contrato: N° 256-2011-MINSA "Adquisición de Equipamiento para el Instituto Nacional de Salud del Niño"

Asunto: Notificación de Laudo Arbitral en Mayoría y Voto en Discordia

De mi consideración:

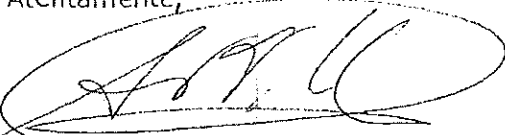
Por medio de la presente y en atención al caso arbitral de la referencia, cumpro con notificarles el Laudo Arbitral de Derecho expedido en Mayoría con fecha 13 de julio de 2015, por los doctores Juan Huamaní Chávez, en su calidad de Presidente, y Claudia Pérez Talavera, en su calidad de árbitro, el cual consta de cuarenta y nueve (49) fojas y contiene todas las rúbricas correspondientes.

Asimismo, cumpro con notificarles el Voto en Discordia de fecha 13 de julio de 2015, del doctor Iván Casiano Lossio, en su calidad de árbitro, el cual consta de treinta y ocho (38) fojas y contiene todas las rubricas correspondientes.

En tal sentido, adjunto a la presente comunicación se les remite un ejemplar del Laudo Arbitral emitido en mayoría, y un ejemplar del Voto en Discordia emitido por el doctor Iván Casiano.

Lo que notifico conforme a Ley.

Atentamente,



ANDREE MAURICIO VILLENA MATTA
Secretario Arbitral



*Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:*

*Dr. Juan Huamani Chávez
Dra. Claudia Pérez Talavera
Dr. Iván Casiano Lossio*

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO EN MAYORÍA

Demandante:

THI Medical SAC

En adelante el **CONTRATISTA, THI MEDICAL**, o el **DEMANDANTE**.

Demandado:

Ministerio de Salud

En adelante la **ENTIDAD**, el **MINSA**, o el **DEMANDADO**.

Tribunal Arbitral:

Juan Huamani Chávez.

Claudia Pérez Talavera.

Iván Casiano Lossio.

RESOLUCIÓN N° 25

Lima, 13 de julio de 2015

VISTOS:

I. ANTECEDENTES

Con fecha 08 de junio de 2011, se suscribió el Contrato N° 256-2011-MINSA derivado de la exoneración N° 0003-2011-MINSA adquisición de equipamiento para el Instituto Nacional de Salud del Niño; entre THI Medical SAC (El Contratista), y el Ministerio de Salud (La Entidad).

1. La cláusula décimo sexta del Contrato establece lo siguiente:

"Todos los conflictos que se deriven de la ejecución e interpretación del presente contrato, incluidos los que se refieran a su nulidad e invalidez, serán resueltos de manera definitiva e inapelable mediante arbitraje de derecho, de conformidad con lo establecido en la normativa de Contrataciones del Estado.

**Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:**

**Dr. Juan Huamaní Chávez
Dra. Claudia Pérez Talavera
Dr. Iván Casiano Lossio**

Facultativamente, cualquiera de las partes podrá someter a conciliación la referida controversia, sin perjuicio de recurrir al arbitraje en caso no se llegue a un acuerdo entre ambas, según lo señalado en los artículos 214° y 215° de la Ley de Contrataciones del Estado.

El Laudo arbitral emitido es vinculante para las partes y pondrá fin al procedimiento de manera definitiva, siendo inapelable ante el Poder Judicial o ante cualquier instancia administrativa”.

Como consecuencia de las controversias presentadas por THI Medical SAC., ésta procedió a remitir la correspondiente solicitud de arbitraje, en aplicación del convenio arbitral contenido en la citada Cláusula Décimo Sexta del Contrato.

II. DESARROLLO DEL PROCESO

A. Actuación Preliminar del Tribunal Arbitral

1. Con fecha 22 de julio de 2014, se llevó a cabo la Audiencia de Instalación de Tribunal Arbitral en la sede institucional del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE, donde se reunieron el Dr. Juan Huamaní Chávez, en su calidad del Presidente Tribunal Arbitral, y los Doctores Claudia Pérez Talavera y Iván Casiano Lossio, en su calidad de árbitros; conjuntamente con el profesional encargado de la Dirección de Arbitraje Administrativo del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE, con el propósito de instalar el Tribunal Arbitral que se encargaría de resolver la presente controversia.
2. Con fecha 14 de agosto de 2014, la empresa THI Medical SAC, presentó su escrito de demanda. La demanda fue admitida mediante Resolución N° 01 de fecha 18 de agosto de 2014, corriéndose a su vez, traslado de dicho escrito al Ministerio de Salud, para que cumpla con contestarla dentro de un plazo de quince (15) días hábiles, conforme a lo establecido en el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral.
3. Con fecha 12 de setiembre de 2014, el Ministerio de Salud contestó la demanda arbitral. Al respecto, mediante Resolución N° 05 de fecha 18 de setiembre de

*Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:*

*Dr. Juan Huamaní Chávez
Dra. Claudia Pérez Talavera
Dr. Iván Casiano Lossio*

2014, el Tribunal Arbitral requirió al Ministerio de Salud, previo a tener por presentada la contestación de la demanda, para que cumpla con adjuntar medios probatorios faltantes.

4. Mediante escrito presentado por el Ministerio de Salud con fecha 06 de octubre de 2014, dicha parte cumplió con precisar y adjuntar los medios probatorios ofrecidos y señalados en la resolución N° 05; en tal sentido, mediante Resolución N° 06 de fecha 07 de octubre de 2014, se admitió a trámite la contestación de demanda.
5. Con Resolución N° 07 de fecha 7 de octubre de 2014, el Tribunal Arbitral citó a las partes a la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios, para el día jueves 23 de octubre de 2014 a las 09:00 am, en la sede del arbitraje.
6. En el día y hora programada se realizó la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios, por lo que se procedió a fijar los puntos controvertidos respecto de cada una de las pretensiones planteadas. Estos fueron fijados de la siguiente manera:
 1. Determinar si corresponde o no que se declare la nulidad de la penalidad ascendente a S/. 298,933.33 (doscientos noventa y ocho mil novecientos treinta y tres y 33/100 Nuevos Soles), y que se declare que THI MEDICAL SAC no es pasible de penalidad alguna por haber cumplido con sus prestaciones contractuales sin retraso injustificado.
 2. Determinar si corresponde o no ratificar la procedencia de la solicitud de ampliación de plazo efectuada por THI MEDICAL SAC de fecha 11 de julio de 2011.
 3. Determinar si corresponde o no declarar que la demora en la culminación del contrato no es responsabilidad de THI MEDICAL SAC sino del Ministerio de Salud.
 4. Determinar si corresponde declarar o no que el contrato ha culminado y se ordene al Ministerio de Salud que entregue a THI MEDICAL SAC la conformidad del servicio y/o Constancia de Prestación de Servicios.

*Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:*

*Dr. Juan Huamaní Chávez
Dra. Claudia Pérez Talavera
Dr. Iván Casiano Lossío*

5. Determinar si corresponde o no dejar sin efecto la indebida ejecución de las cartas fianzas N° D193-139996 y N° D193-1413328 por un monto de S/. 336,330.00 (Trescientos treinta y seis mil trescientos treinta con 00/100 Nuevos Soles) cada una de ellas, y de ser el caso ordenar la restitución de las mismas.
6. Determinar si corresponde ordenar o no que el Ministerio de Salud reembolse a THI MEDICAL SAC los gastos de renovación de las cartas fianzas.
7. Determinar si corresponde ordenar o no que el Ministerio de Salud pague a favor de THI MEDICAL SAC los gastos incurridos por el excesivo periodo de almacenaje de los bienes materia del contrato y que se han cuantificado en la suma de S/. 285,737.40 (doscientos ochenta y cinco mil setecientos treinta y siete con 40/100 Nuevos Soles).
8. Determinar si corresponde ordenar o no al Ministerio de Salud el pago de una indemnización por la suma de S/. 500,000.00 (Quinientos mil con 00/100 Nuevos Soles) por concepto de daños y perjuicios.

Punto Controvertido Común:

9. Determinar a quién le corresponde el pago de las costas y costos derivados del presente arbitraje.
7. Asimismo, en la mencionada Audiencia, se admitieron los siguientes documentos ofrecidos por THI Medical SAC como medios probatorios en su escrito de demanda presentado con fecha 14 de agosto de 2014, incluido en el acápite "IV MEDIOS PROBATORIOS" de su demanda, que van del numeral 1) al 18).
8. Por otra parte, también fueron admitidos los medios probatorios ofrecidos por el Ministerio de Salud en su escrito presentado con fecha 12 de setiembre de 2014, incluidos en el acápite "D. MEDIOS PROBATORIOS" de su contestación, e identificados con los numerales que van del 1) al 26), y precisados mediante escrito de fecha 06 de octubre de 2014.

*Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:*

*Dr. Juan Huamaní Chávez
Dra. Claudia Pérez Talavera
Dr. Iván Casiano Lossio*

9. Mediante Resolución N° 09 se requirió a ambas partes para que, cumplan con presentar los documentos señalados en el cuarto extremo considerativo de dicha resolución.
10. Mediante escrito de fecha 11 de noviembre de 2014, THI Medical SAC cumplió con absolver el requerimiento efectuado en la resolución N° 09, asimismo, la Entidad señaló que los documentos solicitados han sido generados por la demandante.
11. Al respecto, mediante Resolución N° 10 se tuvo por absuelto el requerimiento efectuado mediante Resolución N° 09 por ambas partes; y se corrió traslado al Ministerio de Salud, para que exprese lo conveniente a su derecho en relación a los documentos presentados por la empresa THI Medical SAC.
12. Mediante escrito de fecha 25 de noviembre de 2014, el Ministerio de Salud cumplió con absolver el requerimiento efectuado en la Resolución N° 10. Al respecto, mediante Resolución N° 12 se tuvo por absuelto el requerimiento efectuado mediante Resolución N° 10, asimismo se requirió a la empresa THI Medical SAC para que cumpla con presentar las Cartas fianzas N° D193-139996 y D193-1413328, requeridas mediante Resolución N° 09; y se citó a las partes a la Audiencia de Ilustración de Hechos, para el día 9 de diciembre de 2014, a horas 1:00 p.m., en la sede del Tribunal Arbitral.
13. Mediante Resolución N° 13 el Tribunal Arbitral dejó sin efecto la citación efectuada para el día lunes 9 de diciembre de 2014, a horas 1:00 p.m.; y reprogramó la Audiencia de Ilustración de hechos, para el día Lunes 29 de diciembre de 2014, a horas 12:30 p.m.
14. Mediante Resolución N° 14 el Tribunal Arbitral dejó sin efecto la citación efectuada para el día lunes 29 de diciembre de 2014, y reprogramó la Audiencia de Ilustración de hechos, para el día Lunes 12 de enero de 2015, a horas 12:30 p.m.
15. En el día y hora programada se realizó la Audiencia de Ilustración de hechos, en dicho acto se dejó constancia de la inasistencia del Ministerio de Salud;

*Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:*

*Dr. Juan Huamaní Chávez
Dra. Claudia Pérez Talavera
Dr. Iván Casiano Lossio*

asimismo, en dicha diligencia, el Colegiado otorgó a las partes un plazo, a fin de que presenten los documentos adicionales que consideren convenientes.

16. Mediante escrito de fecha el 09 de enero de 2015, la demandante efectuó precisiones sobre las cartas fianzas ejecutadas y emitidas a favor de la Entidad. Al respecto, mediante Resolución N° 15 se corrió traslado de dicho escrito al Ministerio de Salud a fin de que exprese lo conveniente a su derecho.
17. Mediante escrito presentado por THI Medical SAC con fecha 26 de enero de 2015; con fecha 27 de enero de 2015, de la Entidad, solicitó una ampliación de plazo para presentar la documentación adicional. Al respecto, mediante Resolución N° 17 de fecha 28 de enero de 2015, el Tribunal Arbitral otorgó a ambas partes un plazo adicional, a fin de que presenten documentación adicional que consideren convenientes referida a los puntos controvertidos.
18. Mediante escritos presentados por las partes el 09 de febrero de 2015, se cumplió con presentar documentación adicional referida a los puntos controvertidos; al respecto, el Tribunal, mediante Resolución N° 19 de fecha 19 de febrero de 2015, resolvió correr traslado recíproco entre las partes a fin de que expresen lo conveniente a su derecho.
19. Mediante escrito presentado por THI Medical SAC con fecha 06 de marzo de 2015, y con fecha 08 de marzo de 2015, de la Entidad; ambas partes cumplen con absolver el traslado conferido a las partes mediante Resolución N° 19; en tal sentido mediante Resolución N° 20 se admitió a trámite los medios probatorios ofrecidos por las partes mediante escritos de fecha 9 de febrero de 2015.
20. Mediante resolución N° 21, se declaró el cierre de la etapa probatoria del proceso arbitral y otorgó a las partes un plazo de cinco (5) días hábiles, contados a partir del día siguiente de la notificación de la Resolución, a fin de que presentasen sus escritos de alegatos y conclusiones finales. Asimismo en la mencionada Resolución N° 21, el Tribunal Arbitral citó a las partes a la Audiencia de Informes Orales a celebrarse el 01 de abril de 2015, a horas 12:00 p.m., en la sede del arbitraje.

*Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:*

*Dr. Juan Huamaní Chávez
Dra. Claudia Pérez Talavera
Dr. Iván Casiano Lossio*

21. El 01 de abril de 2015, a horas 12:00 p.m. se realizó la Audiencia de Informes Orales, sin embargo ante el pedido de reprogramación de la Entidad, el Colegiado resolvió reprogramar, de manera excepcional y por única vez, la Audiencia de Informes Orales, en aras de brindar las facilidades a las partes para que ejerzan su derecho de defensa, y puedan exponer sus posiciones y alegaciones ante el Tribunal; y fijó como nueva fecha de Audiencia de Informes Orales el día jueves 16 de abril de 2015, a las 12:00 horas.
22. Mediante Resolución N° 22 de fecha 01 de abril de 2015 se tuvo por presentados los escritos de alegatos y conclusiones finales presentadas por ambas partes.
23. El día jueves 16 de abril de 2015, se realizó la Audiencia de Informes Orales con asistencia de ambas partes. Asimismo, en la mencionada Audiencia de Informes Orales, el Tribunal Arbitral declaró el cierre de la instrucción del arbitraje y fijó plazo para la emisión del laudo en treinta (30) días hábiles contados a partir de la notificación del Acta de la Audiencia de Informes Orales a ambas partes.
24. Mediante Resolución N° 24, el Tribunal Arbitral prorrogó el plazo para laudo en treinta (30) días hábiles contados a partir del día siguiente de vencido el término original, al amparo de lo establecido en las reglas del proceso contenidas en el Acta de Instalación de Tribunal Arbitral.

III. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL ARBITRAL

1.- CUESTIONES PRELIMINARES

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

- (i) Que el Tribunal Arbitral se constituyó de conformidad con el convenio arbitral suscrito por las partes.
- (ii) Que en momento alguno se recusó a algún miembro del Tribunal Arbitral, o se impugnó o reclamó contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación.
- (iii) Que el Contratista presentó su demanda dentro de los plazos dispuestos.

*Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:*

*Dr. Juan Huamani Chávez
Dra. Claudia Pérez Talavera
Dr. Iván Casiano Lossio*

- (iv) Que la Entidad fue debidamente emplazada con la demanda y presentó su contestación de demanda dentro de los plazos establecidos.
- (v) Que las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como la facultad de presentar alegatos o solicitar el uso de la palabra para informar oralmente ante el Tribunal Arbitral.
- (vi) Que de conformidad con las reglas establecidas en el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral, las partes han tenido la oportunidad suficiente de plantear el recurso de reconsideración contra cualquier resolución distinta al laudo emitida en el presente proceso arbitral, que se hubiere dictado con inobservancia o infracción de una regla contenida en el Acta de Instalación, una norma de la Ley, del Reglamento o del Decreto Legislativo N° 1071, habiéndose producido la renuncia al derecho a objetar conforme lo señala la misma Acta de Instalación.
- (vii) Que, el Tribunal Arbitral ha procedido a laudar dentro de los plazos aceptados por las partes.

2.- MATERIA CONTROVERTIDA

De acuerdo con lo establecido en la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios, en el presente caso, corresponde al Tribunal Arbitral determinar lo siguiente en base a los puntos controvertidos fijados en el presente arbitraje:

1. Determinar si corresponde o no que se declare la nulidad de la penalidad ascendente a S/. 298,933.33 (doscientos noventa y ocho mil novecientos treinta y tres y 33/100 Nuevos Soles), y que se declare que THI MEDICAL SAC no es pasible de penalidad alguna por haber cumplido con sus prestaciones contractuales sin retraso injustificado.
2. Determinar si corresponde o no ratificar la procedencia de la solicitud de ampliación de plazo efectuada por THI MEDICAL SAC de fecha 11 de julio de 2011.
3. Determinar si corresponde o no declarar que la demora en la culminación del contrato no es responsabilidad de THI MEDICAL SAC sino del Ministerio de Salud.

*Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:*

*Dr. Juan Huamaní Chávez
Dra. Claudia Pérez Talavera
Dr. Iván Casiano Lossio*

4. Determinar si corresponde declarar o no que el contrato ha culminado y se ordene al Ministerio de Salud que entregue a THI MEDICAL SAC la conformidad del servicio y/o Constancia de Prestación de Servicios.
5. Determinar si corresponde o no dejar sin efecto la indebida ejecución de las cartas fianzas N° D193-139996 y N° D193-1413328 por un monto de S/. 336,330.00 (Trescientos treinta y seis mil trescientos treinta con 00/100 Nuevos Soles) cada una de ellas, y de ser el caso ordenar la restitución de las mismas.
6. Determinar si corresponde ordenar o no que el Ministerio de Salud reembolse a THI MEDICAL SAC los gastos de renovación de las cartas fianzas.
7. Determinar si corresponde ordenar o no que el Ministerio de Salud pague a favor de THI MEDICAL SAC los gastos incurridos por el excesivo periodo de almacenaje de los bienes materia del contrato y que se han cuantificado en la suma de S/. 285,737.40 (doscientos ochenta y cinco mil setecientos treinta y siete con 40/100 Nuevos Soles).
8. Determinar si corresponde ordenar o no al Ministerio de Salud el pago de una indemnización por la suma de S/. 500,000.00 (Quinientos mil con 00/100 Nuevos Soles) por concepto de daños y perjuicios.

Punto Controvertido Común:

9. Determinar a quién le corresponde el pago de las costas y costos derivados del presente arbitraje.

Siendo que el presente arbitraje es uno de derecho, corresponde al Tribunal Arbitral pronunciarse respecto de cada uno de los puntos controvertidos teniendo en cuenta el mérito de la prueba aportada al proceso, para determinar, en base a la valoración conjunta de ella, las consecuencias jurídicas que, de acuerdo a derecho, se derivan para las partes en función de lo que haya sido probado o no en el marco del proceso. Debe destacarse que la carga de la prueba corresponde a quien alega un determinado hecho para sustentar o

**Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:**

**Dr. Juan Huamani Chávez
Dra. Claudia Pérez Talavera
Dr. Iván Casiano Lossio**

justificar una determinada posición, de modo que logre crear certeza en el árbitro respecto de tales hechos.

Asimismo, debe tenerse en cuenta, en relación a las pruebas aportadas al arbitraje que en aplicación del Principio de "Comunidad o Adquisición de la Prueba", las pruebas ofrecidas por las partes, desde el momento que fueron presentadas y admitidas como medios probatorios, pasaron a pertenecer al presente arbitraje y, por consiguiente, pueden ser utilizadas para acreditar hechos que incluso vayan en contra de los intereses de la parte que la ofreció. Ello concuerda con la definición de dicho principio que establece que:

"... la actividad probatoria no pertenece a quien la realiza, sino, por el contrario, se considera propia del proceso, por lo que debe tenerse en cuenta para determinar la existencia o inexistencia del hecho a que se refiere, independientemente de que beneficie o perjudique los intereses de la parte que suministró los medios de prueba o aún de la parte contraria. La prueba pertenece al proceso y no a la parte que lo propuso o lo proporcionó"¹

El Tribunal Arbitral deja constancia que al emitir el presente laudo arbitral ha valorado la totalidad de medios probatorios ofrecidos y admitidos a trámite en el proceso arbitral valiéndose de las reglas de la sana crítica o apreciación razonada, siendo que la no indicación expresa a alguno de los medios probatorios obrantes en autos o hechos relatados por las partes no significa de ningún modo que tal medio probatorio o tal hecho no haya sido valorado, por lo que el Tribunal Arbitral deja establecido que en aquellos supuestos en los que este laudo arbitral hace referencia a algún medio probatorio o hecho en particular, lo hace atendiendo a su estrecha vinculación, trascendencia, utilidad y pertinencia que a criterio del Tribunal Arbitral tuviere respecto de la controversia materia de análisis.

Que adicionalmente debe precisarse que, los puntos controvertidos constituyen una referencia para el análisis que debe efectuar el Tribunal Arbitral, pudiendo en consecuencia realizar un análisis conjunto de los mismos en aquellos casos en los

¹ **TARAMONA HERNÁNDEZ.**, José Rubén. "Medios Probatorios en el Proceso Civil". Ed.: Rodhas, 1994, p. 35.

*Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:*

*Dr. Juan Huamaní Chávez
Dra. Claudia Pérez Talavera
Dr. Iván Casiano Lossio*

que se encuentren íntimamente ligados, por lo que en ese sentido, el Tribunal Arbitral considera que el análisis debe realizarse de acuerdo a la forma siguiente:

DE LA DEMANDA PRESENTADA POR THI MEDICAL SAC

2.1 PRIMER y SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO

"Determinar si corresponde o no que se declare la nulidad de la penalidad ascendente a S/. 298,933.33 (Doscientos Noventa y Ocho Mil Novecientos Treinta y Tres y 33/100 Nuevos Soles), y que se declare que THI MEDICAL SAC no es pasible de penalidad alguna por haber cumplido con sus prestaciones contractuales sin retraso injustificado."

"Determinar si corresponde o no ratificar la procedencia de la solicitud de ampliación de plazo efectuada por THI MEDICAL SAC de fecha 11 de julio de 2011."

Posición de THI Medical SAC

De la Primera Pretensión Principal de la Demanda

El contratista señala que el MINSa con Oficio N° 855-2014-OL-OGA/MINSa de fecha 14 de mayo de 2014, determinó de manera unilateral y arbitraria que la contratista había incurrido en penalidad por mora por un supuesto retraso injustificado en el cumplimiento de la prestación a su cargo. El contratista señala que el MINSa en dicho Oficio adjuntó como anexo 01 un cuadro de cumplimiento de entrega, en el que se establece que la fecha límite para la entrega de los equipos era el 23 de julio de 2011 y que, sin embargo, la última entrega correspondiente a los mismos fue realizada con fecha 08 de agosto de 2011.

El contratista señala que el MINSa indica que THI MEDICAL realizó el internamiento parcial de los componentes del Sistema RIS-PACS con fecha 22 de julio de 2011 y 08 de agosto de 2011, tomando ésta última como fecha de recepción toda vez que corresponde a la fecha en la que se hizo la entrega del Escáner de películas radiográficas marca VIDAR, modelo 'Diagnostic Pro Advantage'.

*Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:*

*Dr. Juan Huamani Chávez
Dra. Claudia Pérez Talavera
Dr. Iván Casiano Lossio*

El contratista señala que el MINSA concluye erróneamente que existe un retraso de dieciséis (16) días en el cumplimiento de la entrega de los equipos; razón por la cual, imputa el pago de una Penalidad por Mora.

El contratista señala que no corresponde la aplicación de penalidad por lo siguiente:

- No corresponde un supuesto de retraso injustificado conforme lo establece el artículo 165° del Reglamento.
- Se tramitó una ampliación de plazo que quedó aprobada por aplicación del artículo 175° del Reglamento.
- La Entidad aprobó una liquidación parcial en la que estableció que no correspondía la aplicación de penalidad alguna, por lo que, la penalidad aplicada contraviene el principio de los actos propios.

El contratista señala que no hubo retraso injustificado pues la Penalidad por Mora opera ante el retraso o cumplimiento injustificado de una obligación contractual, lo que indica no ocurrió en el presente caso, toda vez que mediante Carta 896-2011 de fecha 11 de julio de 2011, señala haber comunicado al MINSA que era necesario realizar el cambio del producto inicialmente ofertado debido a un caso fortuito.

El contratista señala que no existió en el presente caso un retraso injustificado en la ejecución del contrato, toda vez que señala que cumplió con informar de la necesidad de realizar un cambio de equipo, cumpliendo al mismo tiempo con solicitar la respectiva ampliación de plazo de entrega.

Asimismo, el contratista señala que remitió la Carta 897-2011 de fecha 12 de julio de 2011 mediante la cual hizo llegar al MINSA los detalles y características del escáner de películas radiográficas marca VIDAR, modelo 'DIAGNOSTIC PRO Advantage' como alternativa al inicialmente ofertado.

Al respecto, el contratista señala que de dicho producto ofrecido como alternativa, mediante Memorando N° 1708-2011-DGIEM/MINSA de fecha 21 de julio de 2011 e Informe N° 637-2011-DE-DGIEM/MINSA de fecha 21 de julio de 2011, la DGIEM manifestó que el escáner de películas radiográficas marca VIDAR, modelo 'DIAGNOSTIC PRO Advantage', desde el punto de vista técnico era de

*Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:*

*Dr. Juan Huamaní Chávez
Dra. Claudia Pérez Talavera
Dr. Iván Casiano Lossio*

características similares al escáner de películas radiográficas marca KODAK, modelo LS75 inicialmente ofertado.

En tal sentido, el contratista señala que como consta del Acta de Verificación de fecha 08 de agosto de 2011 se registra el ingreso al almacén del escáner de películas radiográficas marca VIDAR, modelo 'DIAGNOSTIC PRO Advantage', sin observaciones por parte del MINSA.

Sobre la ampliación de plazo, el contratista señala que con Carta 896-2011/THI/CSSR de fecha 11 de julio de 2011, solicitó al MINSA una ampliación de plazo de entrega de quince (15) días. El contratista señala que dicha ampliación de plazo fue solicitada al MINSA toda vez que el equipo inicialmente ofertado como escáner de películas radiográficas, marca KODAK, modelo LS75, había sido discontinuado por su fabricante; por lo que, ofreció cambiar el equipo por uno de iguales o mejores prestaciones.

El contratista señala que con Carta 897-2011/THI/CSSR de fecha 12 de julio de 2011 comunicó al MINSA su intención de realizar la importación del escáner de películas radiográficas, marca VIDAR, modelo 'Diagnostic Pro Advantage', a fin de poder dar cumplimiento al compromiso contractual contraído.

El contratista señala que su solicitud de ampliación de plazo resultaba procedente, puesto que, nos vimos imposibilitados de suministrar el producto ofertado toda vez que el fabricante dejó de producirlo. El contratista señala que el MINSA no se pronunció respecto de dicha solicitud.

El contratista señala que su solicitud de ampliación de plazo fue presentada mediante Carta 896-2011 de fecha 11 de julio de 2011, la misma que no habría tenido respuesta por parte del MINSA, quien tenía plazo hasta el 25 de julio de 2011, para responder a la misma; por lo cual, el contratista señala que, en directa aplicación del Reglamento, quedó aprobada, quedando automáticamente extendido el plazo para la entrega de los bienes referidos al contrato.

Sobre la liquidación del contrato

El contratista señala que mediante Memorándum N° 7029 de fecha 25 de octubre de 2011, e Informe de Liquidación N° 0702-2011-ESL-OL/MINSA de fecha 24 de

*Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:*

*Dr. Juan Huamaní Chávez
Dra. Claudia Pérez Talavera
Dr. Iván Casiano Lossio*

octubre de 2011, se estableció que la empresa había cumplido con efectuar el internamiento de los bienes según el plazo, lugar y condiciones de entrega establecidos en el Contrato, por lo cual no se registra penalidad alguna.

El contratista señala que esta liquidación no ha sido declarada nula, ni ha sido dejada sin efecto, por lo que la contratista señala que tiene validez. En tal sentido, el contratista señala que corresponde declarar nula la penalidad que pretende ahora aplicar el MINSa. Asimismo, el contratista señala que no existe ninguna base legal para la imposición de la Penalidad por Mora planteada por el MINSa; por lo que, corresponde se declare la nulidad de la misma.

De la Segunda Pretensión Principal de la Demanda

El contratista señala que mediante Carta 896-2011/THI/CSSR de fecha 11 de julio de 2011 solicitó al MINSa una ampliación de plazo de entrega de 15 días.

Asimismo, el contratista señala que dicha ampliación de plazo fue solicitada al MINSa toda vez que el equipo inicialmente ofertado como escáner de películas radiográficas, marca KODAK, modelo LS75, había sido discontinuado por su fabricante, por lo que ofreció cambiar el equipo por uno de iguales o mejores prestaciones.

El contratista señala que en primer lugar su solicitud de ampliación de plazo resultaba procedente, ya que como acreditó, se vieron imposibilitados de suministrar el producto ofertado toda vez que el fabricante dejó de producirlo.

El contratista señala que el MINSa ha obviado en todo momento mencionar que dicha solicitud de ampliación de plazo fue aceptada, ello en virtud de lo dispuesto en el artículo 175 del reglamento.

Finalmente señala el contratista que su solicitud de ampliación de plazo fue presentada mediante Carta 896-2011 de fecha 11 de julio de 2011, la misma que no obtuvo respuesta por parte del MINSa, quien tenía plazo hasta el 25 de julio de 2011, para responder a la misma, por lo cual el contratista señala que en directa aplicación del Reglamento, quedó aprobada, quedando automáticamente extendido el plazo para la entrega de los bienes referidos al contrato. El contratista solicita se

*Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:*

*Dr. Juan Huamani Chávez
Dra. Claudia Pérez Talavera
Dr. Iván Casiano Lossio*

ratifique la procedencia de la solicitud de ampliación de plazo presentada el 11 de julio de 2011.

Posición del Ministerio de Salud

La entidad señala que en el contrato suscrito, el plazo de entrega que se ofertó fue de 45 días calendarios contados a partir del día siguiente de la firma del contrato, lo cual se puede verificar de la propuesta técnica del contratista, estableciéndose como fecha máxima entrega el 23 de julio de 2011.

La entidad señala que el contratista solicitó a la Dirección General de Infraestructura Equipamiento y Mantenimiento autorización para el cambio de marca y modelo del bien por otro de mejor vigencia tecnológica escáner de películas radiográficas marca VIDAR alegando también la discontinuidad de fabricación de la marca KODAK modelo LS75.

La entidad señala que el contratista entregó con fecha 22 de julio de 2011 los bienes que conforman el sistema de archivo de comunicaciones de imágenes con excepción del escáner propuesto.

Posteriormente, mediante memorando N° 1708-2011-DGIEM/MINSA de fecha 21 de julio de 2011, la Dirección General de Infraestructura Equipamiento y Mantenimiento manifestó que el escáner VIDAR desde el punto de vista técnico es de características técnicas similares al escáner kodak, para lo cual presenta el informe que recomienda remitir la respuesta documentada a la oficina General de administración. Es así que, con fecha 8 de agosto, señala la Entidad, que el contratista procedió a entregar el escáner aprobado por la dirección General de infraestructura equipamiento y mantenimiento como consta en la guía de remisión y el acta de verificación de equipos adquiridos por el Ministerio de Salud de fecha 8 de agosto de 2011.

Al respecto, la Entidad señala que el contratista excedió el plazo de entrega ofertado en 45 días calendarios; por lo que, de acuerdo al artículo 165 el reglamento contrataciones del Estado correspondía aplicar la penalidad por mora.

Asimismo, la Entidad señala que el contratista solicitó el cambio del bien ofertado como una mejora tecnológica, sin embargo dicha nueva oferta no implicaría a decir

*Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:*

*Dr. Juan Huamaní Chávez
Dra. Claudia Pérez Talavera
Dr. Iván Casiano Lossio*

de la Entidad una ampliación de plazo de entrega, ni tampoco el contratista habría acreditado haber tomado conocimiento reciente de que el producto ofertado haya estado discontinuado; por lo que, el hecho alegado no constituyen supuestos de caso fortuito o fuerza mayor.

En ese sentido, a decir de la Entidad, el contratista no ha acreditado fehacientemente que la demora en la entrega del referido escáner haya estado justificada. Por otro lado, en cuanto a la ampliación de plazo solicitada, la entidad señala que la carta mediante la cual se solicita ampliación de plazo tiene un sello casi ilegible en el que se lee la fecha 11 de julio de 2011, recibido, carece de firma y hora de recepción a diferencia de otra carta donde si aparece un sello donde claramente se lee Ministerio de Salud Dirección Ejecutiva de Logística mesa de partes presentar el 11 de julio de 2011, indicando la Entidad que en el sistema de trámite documentario donde se registran todos los documentos que ingresan formalmente no se encuentra el ingreso de la referida carta donde se solicita la ampliación de plazo.

La Entidad señala que la Oficina de Logística solicitó al contratista exhibir los cargos originales de la documentación presentada para poderse gatearlos e indagar debidamente sobre la presentación de la solicitud de la ampliación sin embargo la contratista no habría presentado dichos cargos. En tal sentido, a decir de la Entidad, no transcurrió plazo alguno para resolver la alegada solicitud de ampliación de plazo o que en el transcurso del tiempo dicha presentación haya quedado probado en aplicación del artículo 175 del reglamento.

Por otro lado, respecto de lo alegado por el contratista referido a que se había aprobado una liquidación parcial en la que se estableció que no correspondía la aplicación de penalidad, la Entidad señala que realizó el pago del contrato efectuándose el pago del adelanto, el pago parcial del 60% el monto del contrato y la liquidación del 10%; en tal sentido señala la Entidad que por tratarse de un pago parcial se indicó la inexistencia de aplicación de penalidad sin embargo señala la Entidad que debe tenerse en cuenta que de acuerdo al artículo 165 del reglamento, la penalidad será deducida de los pagos a cuenta del pago final o de la liquidación final, incluso si fuese necesario se puede cobrar del monto resultante de la ejecución de las garantías de fiel cumplimiento. Precizando la entidad que la culminación del contrato se emitió el 16 de junio de 2014 mediante memorando N° 1862-2014-0LOGA/MINSA, por lo que la entidad señala que la aplicación de la

*Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:*

*Dr. Juan Huamaní Chávez
Dra. Claudia Pérez Talavera
Dr. Iván Casiano Lossio*

penalidad efectuada el 14 de mayo de 2014, se realizó en el plazo legal que establece el citado artículo 165 del reglamento.

Ahora bien en relación a la segunda pretensión principal, la entidad ratifica que la carta mediante la cual se solicita la ampliación de plazo no ha sido presentada a trámite documentario.

Posición del Tribunal Arbitral

Este Colegiado considera conveniente analizar el primer y segundo punto controvertido conjuntamente debido que los mismos guardan una relación intrínseca en el análisis que este Colegiado debe realizar.

La presente controversia busca determinar si corresponde o no declarar la nulidad de la penalidad ascendente a S/. 298,933.33 (Doscientos Noventa y Ocho Mil Novecientos Treinta y Tres con 33/100 Nuevos Soles) y si debe declararse o no que THI MEDICAL SAC no es pasible de penalidad alguna por haber cumplido con sus prestaciones contractuales sin retraso injustificado. En segunda instancia este colegiado debe determinar si corresponde o no ratificar la procedencia de la solicitud de ampliación de plazo efectuada por THI MEDICAL SAC de fecha 11 de julio de 2011.

Mediante Oficio N° 855-2014-OL-OGA/MINSA, notificado con fecha 13 de mayo de 2014, el Ministerio de Salud comunica a la demandante que ha determinado una penalidad por mora ante el retraso injustificado en el cumplimiento de la prestación. Dicho Oficio señala lo siguiente:

"Al respecto, de la revisión de los documentos que obran en el expediente se ha determinado que su representada ha incurrido en penalidad por mora ante el retraso injustificado en el cumplimiento de la prestación de conformidad con el artículo 165 del reglamento de contrataciones del Estado, debido a que la fecha máxima de realización de la prestación debió ser el 23.07.11 habiendo su representada culminado con la entrega del sistema en fecha 8.08.11, lo que equivale a 16 días de retraso, cuyo cálculo de penalidad asciende a S/. 298,933.33 (doscientos noventa y ocho mil novecientos treinta y tres y 33/100 Nuevos Soles).

*Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:*

*Dr. Juan Huamaní Chávez
Dra. Claudia Pérez Talavera
Dr. Iván Casiano Lossio*

En tal sentido se remite la siguiente comunicación por conducto notarial, a fin de que en un plazo máximo de dos días calendarios contados a partir de recibido el presente documento, cumpla con realizar el depósito en cuenta corriente M.N N° 0000 282.146 del Banco de la Nación a nombre del Ministerio de Salud por el monto de S/. 298,933.33 (doscientos noventa y ocho mil novecientos treinta y tres y 33/100 Nuevos Soles), por concepto de penalidad por mora. Finalmente, se precisa que de no depositar el monto en el plazo solicitado será ejecutada la carta fianza número de 193-1400328 emitida por el Banco de Crédito a favor del Ministerio de Salud, la cual se encuentra vigente hasta el 18/05/14."

Al respecto, como se puede advertir el artículo N° 165 del reglamento establece lo siguiente:

"En caso de retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la entidad le aplicará al contratista una penalidad por cada día de retraso hasta por un monto máximo equivalente al 10% del monto del contrato vigente o, de ser el caso del ítem que debió ejecutarse. Esta penalidad será deducida de los pagos a cuenta, del pago final o en la liquidación final; o si fuese necesario se cobrará del monto resultante de la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento o por el monto diferencial de la propuesta"

En ese mismo sentido, el contrato materia de controversia establece en su cláusula décimo tercera respecto del incumplimiento de contrato y penalidades lo siguiente:

"En caso de retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, el Ministerio le aplicará al contratista una penalidad por cada día de atraso, hasta por un monto máximo equivalente al 10% del monto contractual o, de ser el caso del ítem, tramo, etapa o lote que debió ejecutarse o de la prestación parcial en el caso de ejecución periódica. Esta penalidad será deducido de los pagos a cuenta, del pago final o en la liquidación final; o si fuese necesario se cobrará del monto resultante de la ejecución de las garantías de fiel cumplimiento o adicional por el monto diferencial de la propuesta."

*Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:*

*Dr. Juan Huamani Chávez
Dra. Claudia Pérez Talavera
Dr. Iván Casiano Lossio*

Como se puede advertir, la penalidad impuesta por parte del Ministerio de Salud se debió al supuesto de retraso injustificado en el cumplimiento de la prestación, la misma que la Entidad señala debió haber sido efectuada el 23 de julio de 2011, y ésta se habría realizado el 8 de agosto de 2011.

En tal sentido, estando a lo señalado por la Entidad mediante Oficio N° 855-2014-OL-OGA/MINSA, este Colegiado considera conveniente analizar si existe un retraso injustificado en el cumplimiento de la prestación.

Del incumplimiento de la entrega del objeto del contrato

El 08 de junio de 2011, se suscribió el Contrato N° 256-2011-MINSA derivado de la exoneración N° 0003-2011-MINSA y, según lo acreditado en autos, el sistema debía ser entregado en el plazo de 45 días, esto es, hasta el 23 de julio de 2011.

Conforme se aprecia del Acta de Internamiento el sistema fue entregado al MINSA a excepción del componente Escáner de Películas Radiográficas VIDAR modelo 'Diagnostic Pro Advantage'; el cual fue finalmente internado el 08 de agosto de 2011.

En tal sentido, es claro que la entrega no culminó el 23 de julio de 2011, sino el 08 de agosto de 2011, por lo que, existió atraso en la entrega definitiva de los equipos.

Corresponde ahora verificar si este atraso es injustificado a fin de determinar si estamos dentro del supuesto fáctico del artículo 165° del Reglamento.

De la determinación de si el incumplimiento es injustificado

El artículo 165° del Reglamento establece:

"Artículo 165.- Penalidad por mora en la ejecución de la prestación

En caso de retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la Entidad le aplicará al contratista una penalidad por cada día de atraso, hasta por un monto máximo equivalente al

**Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:**

**Dr. Juan Huamaní Chávez
Dra. Claudia Pérez Talavera
Dr. Iván Casiano Lossio**

diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente o, de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse. Esta penalidad será deducida de los pagos a cuenta, del pago final o en la liquidación final; o si fuese necesario se cobrará del monto resultante de la ejecución de las garantías de fiel cumplimiento o por el monto diferencial de propuesta."

Igualmente, la cláusula décimo tercera del contrato señala:

"CLÁUSULA DÉCIMO TERCERA: INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO Y PENALIDADES

En caso de retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, EL MINISTERIO le aplicará al contratista una penalidad por cada día de retraso, hasta por un monto máximo equivalente al diez por cien (10%) del monto contractual o, de ser el caso del ítem, tramo, etapa, o lote que debió ejecutarse o de la prestación parcial en el caso de ejecución periódica. Esta penalidad será deducida de los pagos a cuenta, del pago final o en la liquidación final; o si fuese necesario se cobrará del monto resultante de la ejecución de las garantías de fiel cumplimiento o adicional por el monto diferencial de la propuesta (...)"

Corresponde verificar ahora si se ha producido un atraso injustificado a fin de validar la penalidad aplicada por la Entidad. Al respecto, cabe realizar el siguiente cuestionamiento: ¿Cuándo un atraso es justificado?

Para tal efecto, es pertinente revisar lo señalado por Cabanellas de Torres², para quien "injustificadamente" significa: "Sin derecho para proceder. Sin excusa ante un daño o mal (...)." (El subrayado es agregado).

Asimismo, para el mencionado autor "justificación" significa: "Adecuación con la justicia (v.) o conformidad con lo justo. Prueba de inocencia. Fundado derecho o excusa legal ante el mal o daño causado. Demostración o prueba bastante de una cosa. Disculpa, Excusa. Perdón. Eximente penal, especialmente por ausencia de

² CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. *Nuevo Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Tomo IV. Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L., 2006; página 467.

*Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:*

*Dr. Juan Huamaní Chávez
Dra. Claudia Pérez Talavera
Dr. Iván Casiano Lossio*

antijuridicidad o de culpabilidad. (v. Causa y Falta de justificación.)”³. (El subrayado es agregado).

En el presente caso, el contratista durante el proceso arbitral ha argumentado que no incurrió en un atraso injustificado en tanto que el MINSA no habría tenido en cuenta que existió una ampliación de plazo, asimismo, que el MINSA no informó a THI MEDICAL de la autorización del cambio de componente, ni cumplió con el procedimiento de recepción regulado en el artículo 176º del Reglamento y finalmente, porque contraviene el principio de los actos propios.

Al respecto, el colegiado declara haber valorado todos los argumentos y medios probatorios presentados por las partes respecto de la primera y segunda pretensión a lo largo del proceso y que tendrá en cuenta respecto del análisis de la presente cuestión, esto es, determinar si estamos o no frente a un atraso injustificado.

Sobre la ampliación de plazo

De la revisión de los medios probatorios aportados al presente proceso arbitral, este Colegiado advierte que mediante carta N° 896-2011/THI/CSSR la contratista solicita al Ministerio de Salud una ampliación de plazo para la entrega en quince (15) días. Al respecto, la Carta N° 896-2011/THI/CSSR señala lo siguiente:

"Por la presente carta me complace saludarle y hacer de su conocimiento que nuestra empresa THI Medical SAC en el proceso de licitación convocado como consecuencia de la exoneración N° 003-2011-MINSA ofertó un accesorio al sistema PACS y RIS para el nuevo Instituto Nacional de Salud del Niño consistente en un escáner de películas radiográficas marca Kodak, modelo LS75. Una vez adjudicado, firmado el contrato y entregado el adelanto se procedió generar las órdenes de importación por su parte tomando conocimiento recientemente que el fabricante Carestream por políticas internas había discontinuado la fabricación del bien mencionado sin contar con ninguna otra alternativa de modelo en stock o producción.

³ Ídem, página 635.

**Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:**

**Dr. Juan Huamaní Chávez
Dra. Claudia Pérez Talavera
Dr. Iván Casiano Lossio**

En vista de ello y con la premura del tiempo nuestra empresa THI Medical SAC pone esta información de su conocimiento solicitándole tenga a bien aceptar el cambio del referido producto por el de otro fabricante, incluso con mejores prestaciones técnicas especificaciones que mantengan una alta vigencia tecnológica consecuencia de la imposibilidad de cumplir con lo ofrecido en nuestra oferta por causales de fuerza mayor y cuyo conocimiento no fuera advertido por la empresa a tiempo que le permitiera evitar el presente contratiempo. Solicitamos se nos otorgue la ampliación de plazo de entrega de 15 días por las consideraciones expuestas."

La referida Carta N° 896-2011/THI/CSSR fue presentada ante el Ministerio de Salud con fecha 11 de julio de 2011, la misma que no recibió respuesta de parte de la Entidad; en tal sentido este colegiado advierte la aceptación tácita de la Entidad en la prórroga del plazo solicitada por el contratista.

En relación a ello, el artículo 175 del Reglamento de la Ley de Contrataciones establece que:

"Artículo 175.- Ampliación del plazo contractual

Procede la ampliación del plazo en los siguientes casos:

- 1. Cuando se aprueba el adicional, siempre y cuando afecte el plazo. En este caso, el contratista ampliará el plazo de las garantías que hubiere otorgado.*
- 2. Por atrasos o paralizaciones no imputables al contratista.*
- 3. Por atrasos o paralizaciones en el cumplimiento de la prestación del contratista por culpa de la Entidad; y,*
- 4. Por caso fortuito o fuerza mayor.*

Como se puede apreciar a falta de pronunciamiento de la Entidad sobre la solicitud de ampliación de plazo solicitada por el Consorcio, se tiene la aceptación del pedido.

Por otro lado, la demandada ha señalado como argumento de defensa que dicha carta no aparece en su registro de cartas, adjuntando durante el proceso, un reporte de trámite documentario.

*Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:*

*Dr. Juan Huamaní Chávez
Dra. Claudia Pérez Talavera
Dr. Iván Casiano Lossio*

Asimismo, con fecha 09 de febrero de 2015 la Entidad presentó un escrito en el que adjuntó el MEMORANDUM N° 001-2014-SG-UTD-MINSA en el que la funcionaria responsable de Plataforma de Atención de Trámite Documentario señaló que luego de realizar una búsqueda exhaustiva en el Sistema de Trámite Documentario y en los Archivos de esa Unidad no encontró el registro de ingreso de dicho documento.

El Tribunal ha valorado en forma conjunta los argumentos y medios probatorios presentados por las partes respecto a la solicitud de ampliación de plazo, llegando a la convicción de que lo señalado en el Memorando N° 001-2014-SG-UTD-MINSA y los argumentos presentados por el MINSA para desconocer la referida carta N° 896 no son suficientes para restar valor a la solicitud de ampliación de plazo.

Para llegar a esta convicción se ha tenido en cuenta que durante el proceso arbitral el MINSA no tachó el medio probatorio presentado en la demanda, ni tampoco desvirtuó la copia legalizada de la referida solicitud de ampliación de plazo que presentó THI MEDICAL con escrito del 11 de diciembre de 2014 y que fue puesta en su conocimiento mediante resolución N° 10.

Lo que queda claro es que el MINSA no ha encontrado en sus archivos la carta N° 896, lo cual no significa que el contratista no haya presentado esta solicitud, máxime si tenemos en cuenta que obra en autos copia legalizada de dicho documento.

Por tanto, el colegiado aprecia que existe una solicitud de ampliación de plazo que fue presentada por el contratista y que la Entidad no se pronunció de acuerdo al artículo 175 del reglamento:

"Procede la ampliación del plazo del en los siguientes casos: (...) 4. Por caso fortuito o fuerza mayor. El contratista deberá solicitar la ampliación dentro de los siete días hábiles de aprobado el adicional o de finalizado el hecho generador del atraso paralización. La entidad resolverá sobre dicha solicitud en el plazo de 10 días hábiles computado desde su presentación. De no existir pronunciamiento expreso se tendrá por aprobada la solicitud el contratista, bajo responsabilidad del titular de la entidad. (...)"

*Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:*

*Dr. Juan Huamaní Chávez
Dra. Claudia Pérez Talavera
Dr. Iván Casiano Lossio*

Al no haberse acreditado en autos que el MINSA respondió a esta solicitud de ampliación de plazo, se tiene por aprobada la misma en aplicación de la norma antes citada.

Sobre la autorización del MINSA respecto del cambio de componente

Por otro lado, mediante la Carta N° 897-2011/THI/CSSR con fecha de recepción 12 de julio de 2011, la Contratista puso en conocimiento de la Entidad lo siguiente:

"Por la presente carta me complace saludarle y hacerle de su conocimiento que nuestra empresa THI Medical SAC en el proceso de licitación convocado como consecuencia de la exoneración N° 003-2011-MINSA ofertó un accesorio al sistema PACS y RIS para el nuevo Instituto Nacional de Salud del Niño consistente en un escáner de películas radiográficas marca Kodak, modelo LS75.

Una vez adjudicado, firmado el contrato y entregado el adelanto se procedió generar las órdenes de importación por su parte tomando conocimiento recientemente que el fabricante Carestream por políticas internas había discontinuado la fabricación del bien mencionado sin contar con ninguna otra alternativa de modelo en stock o producción

En vista de ello y con la premura del tiempo nuestra empresa THI Medical SAC pone esta información de su conocimiento solicitándole tenga a bien aceptar el cambio del referido producto por el de otro fabricante, incluso con mejores prestaciones técnicas especificaciones que mantengan una alta vigencia tecnológica consecuencia de la imposibilidad de cumplir con lo ofrecido en nuestra oferta por causales de fuerza mayor y cuyo conocimiento no fuera advertido por la empresa a tiempo, que le permitiera evitar el presente contratiempo.

Me permito adjuntar a continuación un anexo con las respectivas comparaciones tecnológicas y los folletos respectivos que permitirá al Ministerio de Salud comprobar que el escáner que se le estaría ofreciendo cambio marca VIDAR, modelo DIAGNOSTIC PRO Advange

*Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:*

*Dr. Juan Huamaní Chávez
Dra. Claudia Pérez Talavera
Dr. Iván Casiano Lossio*

cumpliría a cabalidad y resultaría provecho los intereses del Estado por tener la vigencia y actualidad respectiva."

Conforme se puede apreciar, el contratista solicitó el cambio del modelo en vista de que se había discontinuado la fabricación del modelo ofertado; al respecto, mediante memorando N° 1708-2011-DIGIEM/MINSA en el que se remite el informe N° 0637-2011-DE-DGIEM/MINSA se expresa que las características técnicas del modelo VIDAR, modelo DIAGNOSTIC PRO Advange tienen características similares al escáner de películas radiográficas de marca KODAK modelo LS75.

Respecto del memorando N° 1708-2011-DIGIEM/MINSA, el contratista señaló que dicho documento no fue puesto en su conocimiento, respecto de una revisión del referido documento se advierte que el mismo no tiene sello de recepción de la empresa contratista, advirtiéndose únicamente los sellos de la DGIEM - Dirección de Equipamiento, y la Oficina General de Administración SECRETARIA de la entidad; por lo tanto, este colegiado considera que el referido memorándum que autoriza el cambio de marca y modelo de escáner de películas radiográficas, no fue puesto en conocimiento de la demandante.

En el presente proceso el MINSA no ha desvirtuado que no cumplió con responder al contratista sobre la autorización del cambio de componente, no habiéndose acreditado en forma alguna que el referido Memorando N° 1708-2011-DIGIEM/MINSA fue notificado al contratista.

El Tribunal Arbitral tiene en cuenta que esta omisión repercutió en los plazos para efectuar el cambio de componente, pues finalmente, conforme ha señalado el contratista, a su riesgo, sin contar con la respuesta de la Entidad, efectuó la importación del componente.

Sobre el procedimiento de recepción

El artículo 176 regula el procedimiento de recepción y señala lo siguiente:

"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

*Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:*

*Dr. Juan Huamani Chávez
Dra. Claudia Pérez Talavera
Dr. Iván Casiano Lossio*

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.

(...)"

En el presente caso, el internamiento de los bienes se produjo el 23 de julio de 2011, sin realizarse un acta de observaciones, a excepción del Escáner de Películas Radiográficas antes indicado. De acuerdo a la norma antes citada, es en dicha fecha en la que se debió dejar constancia de que los equipos no estaban completos. En tal sentido, se verifica que no se ha cumplido con el procedimiento de recepción establecido en el artículo 176° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Por otro lado, cabe resaltar que mediante memorándum N° 7029-2011-OL-ESL/MINSA de fecha 25 de octubre de 2011, el informe de liquidación 0702-2011-ESL-OL/MINSA de fecha 24 de octubre de 2011 se advierte que la misma Entidad señala que la contratista ha cumplido con efectuar el internamiento de los bienes según el plazo, lugar y condiciones de entrega establecidos en el contrato por lo cual no se registra penalidad alguna de los documentos antes citados este colegiado advierte que la misma entidad reconoce que la entrega de los bienes se realizó de acuerdo a lo establecido en el contrato y sin registrar penalidad alguna.

En el memorándum N° 7029-2011-OL-ESL/MINSA se indica expresamente:

"La empresa THI MEDICAL SAC, ha realizado la entrega de los productos adjudicados a entera satisfacción de la Dirección General de Infraestructura, Equipamiento y Mantenimiento como consta en acta de verificación previa y los mantiene en custodia hasta la entrega final en el Instituto Nacional de Salud del Niño.

*Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:*

*Dr. Juan Huamani Chávez
Dra. Claudia Pérez Talavera
Dr. Iván Casiano Lossio*

La empresa ha cumplido con efectuar el internamiento de los bienes según el plazo, lugar y condiciones de entrega establecidos en el contrato, motivo por el cual, no registra penalidad."

En suma, considerando los hechos antes analizados, se aprecia que no estamos frente a un supuesto de retraso injustificado, dado que hubo una serie de circunstancias que no estaban dentro de la esfera de responsabilidad del contratista, y que retrasaron la entrega de la totalidad de los equipos.

Asimismo, el Tribunal advierte que el Informe de Liquidación del 2011, no hace mención a retraso alguno, lo cual ahonda en la convicción de que en ese momento, para la Entidad, no existían observaciones respecto de la entrega de los bienes.

Por lo expuesto hasta este punto, el Tribunal llega a la convicción de que no estamos frente a un retraso injustificado.

Por lo tanto este Colegiado declara FUNDADO el primer punto controvertido derivado de la primera pretensión principal de la demanda; en tal sentido, declárese la nulidad de la penalidad ascendente a S/. 298,933.33 (doscientos noventa y ocho mil novecientos treinta y tres y 33/100 Nuevos Soles), y declárese que THI MEDICAL SAC no es pasible de penalidad alguna por haber cumplido con sus prestaciones contractuales sin retraso injustificado.

Estando lo expuesto, y tomando en consideración que el segundo punto controvertido es que se ratifique la procedencia de la solicitud ampliación de plazo, la misma que ha sido ampliamente analizada en el presente punto controvertido, este colegiado declara FUNDADO el segundo punto controvertido derivado de la segunda pretensión principal de la demanda; en tal sentido, ratifíquese la procedencia de la solicitud de ampliación de plazo efectuada por THI MEDICAL SAC de fecha 11 de julio de 2011.

TERCER y CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO

"Determinar si corresponde o no declarar que la demora en la culminación del contrato no es responsabilidad de THI MEDICAL SAC sino del Ministerio de Salud."

*Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:*

*Dr. Juan Huamani Chávez
Dra. Claudia Pérez Talavera
Dr. Iván Casiano Lossio*

"Determinar si corresponde declarar o no que el contrato ha culminado y se ordene al Ministerio de Salud que entregue a THI MEDICAL SAC la conformidad del servicio y/o Constancia de Prestación de Servicios."

Posición de THI Medical SAC

De la Tercera Pretensión Principal

El contratista señala los siguientes hechos posteriores a la entrega del equipo en agosto de 2011:

- Con fecha 27 de enero de 2012 mediante Carta N° 005-2012-THI el demandante señala que comunicó al MINSa su preocupación por la demora en la instalación del sistema debido a la falta de los requisitos de pre-instalación, careciendo del 'networking' y la responsabilidad que asumía por mantener los bienes en custodia.
- Con fecha 21 de marzo de 2012 mediante Carta 029-2012-THI THI MEDICAL S.A.C. señala que comunicó al MINSa la imposibilidad de seguir manteniendo en custodia los bienes adquiridos correspondientes al ítem 70 de la Exoneración N° 003-2011-MINSa, en sus almacenes
- Con fecha 21 de marzo de 2012, mediante Carta N° 035-2012-THI THI MEDICAL S.A.C. solicitó fecha de implementación del sistema PACS/RIS, en dicha carta señala que además deja constancia de la falta de cumplimiento de los requisitos de pre instalación del sistema.
- Con fecha 19 de diciembre de 2012 y mediante Carta 239-2012/THI-VTA/CSS THI MEDICAL S.A.C. señala que solicitó al MINSa determine una fecha para la culminación de la relación contractual y que se reduzca el monto de la Carta Fianza a S/ 50,000.00 (Cincuenta mil y 00/100 Nuevos Soles).
- Con Carta 1966-2013/THI/ESS de fecha 25 de marzo de 2013 THI MEDICAL S.A.C. señala que solicitó al MINSa la suscripción de una nueva adenda mediante la cual se reduzca el monto de la Carta Fianza toda vez que THI Medical SAC había cumplido con todas sus obligaciones, siendo que se vio

*Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:*

*Dr. Juan Huamaní Chávez
Dra. Claudia Pérez Talavera
Dr. Iván Casiano Lossio*

imposibilitados de culminar con la Instalación, Capacitación y Mantenimiento por causas imputables al MINSA.

- Con fecha 09 de enero de 2014 mediante Cartas N° 002-2014-THI y 003-2014-THI, THI MEDICAL S.A.C. señala que solicitó al DGIEM y al MINSA respectivamente la conformidad de servicio, habiendo cumplido con las capacitaciones y pruebas correspondientes.
- Mediante Oficio N° 186-2014-OL-OGA/MINSA de fecha 10 de febrero de 2014, el Contratista señala que la DGIEM solicitó la presentación de un cronograma de actividades para la capacitación correspondiente a los equipos suministrados para así poder culminar con la recepción del Sistema de archivo de imágenes RIS-PACS.
- Con fecha 18 de febrero de 2014, THI MEDICAL S.A.C. señala se firmaron las Actas de Prueba Operativa y Conformidad del Equipo y de Instalación y Funcionamiento del Sistema de Archivo de comunicaciones de imágenes RIS/PACS.

De ese modo, THI MEDICAL S.A.C. señala que estos hechos evidencian que hubo un retraso en la culminación del contrato y que el mismo no le resulta imputable. La demandante señala que estos hechos demuestran que ha sido responsabilidad del MINSA, su contratante, que no ha haya sido posible culminar la instalación y capacitación del personal dentro del plazo contractual.

En tal sentido, THI MEDICAL S.A.C. señala que solicita que se declare que la demora en la culminación del contrato no es responsabilidad de THI MEDICAL sino DEL MINSA.

De la Cuarta Pretensión Principal

THI MEDICAL S.A.C. señala que con fecha 18 de febrero de 2014 se firmaron las Actas de Prueba Operativa y Conformidad del Equipo y de Instalación y Funcionamiento del Sistema de Archivo de comunicaciones de imágenes RIS/PACS. Al respecto, THI MEDICAL S.A.C. señala que del marco legal aplicable, claramente establece que luego de otorgada la conformidad, corresponde que se declare la culminación del contrato y que se emita la constancia de conformidad.

*Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:*

*Dr. Juan Huamaní Chávez
Dra. Claudia Pérez Talavera
Dr. Iván Casiano Lossio*

En tal sentido, THI MEDICAL S.A.C. señala que en aplicación de la normativa antes citada corresponde que se declare fundada la pretensión.

Posición del Ministerio de Salud

En relación al tercer y cuarto punto controvertido la entidad precisa que no se ha aplicado la penalidad al contratista por haber demorado la culminación del contrato, sino por haber demorado la entrega en forma íntegra del bien contratado en el plazo estipulado su propuesta técnica, conforme explica dicha parte su contestación.

Asimismo la entidad señala que el contrato culminó con el informe culminación de contrato mediante memorando N° 1862-2014-OL-OGA/MINSA de fecha 16 de junio de 2014, el informe liquidación N° 647-2014-UA-OL-OGA/MINSA de fecha 26 de mayo de 2014. Asimismo señala la entidad que ha emitido la constancia de prestación N° 254-2014 de fecha 20 de junio de 2014, la misma que habría sido entregada al contratista con fecha 26 de junio de 2014.

Posición del Tribunal Arbitral

Este colegiado considera conveniente analizar el tercer y cuarto puntos controvertidos conjuntamente debido que los mismos guardan una relación intrínseca en el análisis a realizar por este Tribunal Arbitral.

En el análisis del presente punto controvertido, el Tribunal Arbitral debe determinar en primer lugar si corresponde o no declarar que la demora en la culminación del contrato no es responsabilidad de THI MEDICAL SAC sino del Ministerio de Salud. En segunda instancia este colegiado debe determinar si corresponde declarar o no que el contrato ha culminado y se ordene al Ministerio de Salud que entregue a THI MEDICAL SAC la conformidad del servicio y/o Constancia de Prestación de Servicios.

En este punto de análisis cabe indicar que la propia Entidad señala en su escrito de contestación que no se ha aplicado la penalidad del contratista por haber demorado la culminación del contrato, sino por la demora en la entrega del bien contratado;

*Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:*

*Dr. Juan Huamani Chávez
Dra. Claudia Pérez Talavera
Dr. Iván Casiano Lossio*

en tal sentido, la propia Entidad reconoce que no existe demora alguna respecto de la culminación del contrato.

Por otro lado, como se puede advertir de los medios probatorios aportados en el presente proceso, este Colegiado observa que efectivamente el contratista mediante diversas cartas manifestó a la Entidad su preocupación por la demora en la culminación del contrato, cumpliendo a cabalidad con lo establecido, respecto de su prestación, en el contrato.

Al respecto, mediante memorando N° 1862-2014-OL-OGA/MINSA de fecha 16 de junio de 2014, el MINSA señala lo siguiente:

"Por otro lado, con la finalidad de proceder a culminar el contrato la dirección General de infraestructura equipamiento y mantenimiento remite el acta de instalación y funcionamiento y el acta de prueba operativa y conformidad del equipo adjuntas al memorando N° 0524-2014-DGIEM/MINSA e Informe N° 0198-2014-DE-DGIEM/MINSA, documentos que señalan el cumplimiento de la instalación del equipo indicado en el contrato N° 256-2011-MINSA, suscribiéndose las actas por representante de la DGIEM, representante del Instituto Nacional de Salud del Niño-San Borja como usuario final y contratista del contratista THI MEDICAL SAC.

Se aplicó al contratista una pérdida por mora ascendente al monto de S/. 298,933.33 (doscientos noventa y ocho mil novecientos treinta y tres y 33/100 Nuevos Soles), el cual se hizo efectivo mediante la ejecución de la garantía por el cumplimiento, en atención a lo dispuesto en el artículo 165° del reglamento de la ley de contrataciones del Estado.

Por lo expuesto, se adjunta a la presente el informe liquidación N° 0647-2014-UA-OL-OGA/MINSA y anexo respectivo con la finalidad de sustentar la culminación de la prestación del contrato N° 256-2011-MINSA, motivo por lo cual procede la devolución de las cartas fianzas vencidas."

Ahora bien, cabe indicar que en el desarrollo del primer y segundo punto controvertido, este Colegiado determinó que no correspondía la aplicación de la penalidad impuesta por la Entidad; en tal sentido, estando a que inicialmente la

*Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral;*

*Dr. Juan Huamani Chávez
Dra. Claudia Pérez Talavera
Dr. Iván Casiano Lossio*

propia Entidad - mediante el memorando antes citado - determinó la culminación de la prestación sin demora en la culminación del contrato por parte de la contratista, no se establece la responsabilidad de la demandante en la demora de la culminación del referido contrato.

Ahora bien, de acuerdo a lo señalado por la contratista, se había dado una demora en la culminación del contrato por responsabilidad de parte de la Entidad; al respecto, este Colegiado advierte de los medios probatorios aportados por las partes lo siguiente:

- La entrega del equipo se realizó el 8 de agosto de 2011.
- Mediante Carta N° 005-2012-THI se indicó que quedaba pendiente la instalación del sistema debido a la falta de requisitos de preinstalación.
- Mediante Carta N° 035-2012-THI el contratista solicitó la implementación del sistema, y se indicó la falta de cumplimiento de los requisitos de preinstalación.
- Con fecha 18 de febrero de 2014, se firmaron las actas de prueba operativa y conformidad del equipo y de instalación y funcionamiento del sistema de archivo de comunicaciones de imágenes RIS/PACS.

Como se puede apreciar de lo antes citado, este Colegiado advierte que, si bien es cierto la entrega del equipo se realizó en agosto del 2011, lo cierto es que desde dicha fecha, el contratista requirió a la Entidad para que culminen las prestaciones a cargo del contratista referidas a la instalación del sistema, capacitación entre otros las mismas que no pudieron ejecutarse debido a la falta de requisitos de preinstalación conforme se puede advertir de las cartas cursadas por el contratista.

Ahora bien en este aspecto este colegiado debe indicar que el contrato materia de Litis tenía como objeto la adquisición de equipamiento para el Instituto Nacional de Salud del Niño, en tal sentido el encargado de proporcionar los requisitos de preinstalación para los equipos adquiridos era la Entidad. Por lo tanto tomando en consideración que la preinstalación y el acondicionamiento para la instalación de los equipos es de cargo de la Entidad, la demora en el cumplimiento de dicha carga es responsabilidad exclusiva de la entidad.

La prestación a cargo del contratista, de acuerdo al contrato, es la adquisición de los bienes indicados en la cláusula tercera, mientras que la obligación a cargo de la

*Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:*

*Dr. Juan Huamani Chávez
Dra. Claudia Pérez Talavera
Dr. Iván Casiano Lossio*

Entidad no sólo corresponde a la contraprestación por la adquisición de los bienes sino también el acondicionamiento para la instalación de los equipos adquiridos.

Por lo expuesto, este Colegiado declara FUNDADA el tercer punto controvertido, derivado de la tercera pretensión de la demanda; en consecuencia, declárese que la demora en la culminación del contrato no es responsabilidad de THI MEDICAL SAC sino del Ministerio de Salud.

Asimismo, siendo que el propio MINSa emitió la conformidad de la prestación mediante la constancia prestación N° 254-2014 sin embargo en dicha constancia se señala la existencia penalidad por el monto de S/. 298,933.33 (doscientos noventa y ocho mil novecientos treinta y tres y 33/100 Nuevos Soles).

Al respecto, este Colegiado considera necesario remitirse a lo desarrollado en el análisis del primer y segundo puntos controvertidos en el cual se estableció que no correspondía la aplicación de la penalidad, por lo que, corresponde que se emita la conformidad del servicio y constancia prestación respectiva por el monto contratado.

Por lo expuesto, este Colegiado declara FUNDADO el cuarto punto controvertido, derivado de la cuarta pretensión de la demanda; en tal sentido, declárese la culminación del contrato; consecuentemente, ordénese al Ministerio de Salud que entregue a THI MEDICAL SAC la conformidad del servicio y/o Constancia de Prestación de Servicios.

2.2 QUINTO Y SEXTO PUNTO CONTROVERTIDO

"Determinar si corresponde o no dejar sin efecto la indebida ejecución de las cartas fianzas N° D193-139996 y N° D193-1413328 por un monto de S/. 336,330.00 (Trescientos treinta y seis mil trescientos treinta con 00/100 Nuevos Soles) cada una de ellas, y de ser el caso ordenar la restitución de las mismas."

"Determinar si corresponde ordenar o no que el Ministerio de Salud reembolse a THI MEDICAL SAC los gastos de renovación de las cartas fianzas."

*Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:*

*Dr. Juan Huamaní Chávez
Dra. Claudia Pérez Talavera
Dr. Iván Casiano Lossio*

Posición de THI Medical SAC

De la Quinta Pretensión Principal

THI MEDICAL S.A.C. señala que el Banco de Crédito del Perú le informó que el MINSa estaba solicitando la ejecución de las cartas fianza; al respecto, con carta remitida el 03 de junio de 2014, la demandante señala que solicitó al MINSa que remita al Banco de Crédito, una carta de desistimiento de ejecución de carta fianza. Por otro lado, el contratista señala que mediante Oficio N° 1049-2014-OL-OGA/MINSa de fecha 11 de junio de 2014, el MINSa comunica que no es procedente su solicitud efectuada mediante carta s/n de fecha 03 de junio de 2014. Posteriormente, THI Medical SAC señala que mediante Oficio N° 1080-2014-OL-OGA/MINSa de fecha 16 de junio de 2014 el MINSa reitera la procedencia de la aplicación de la Penalidad por Mora.

THI MEDICAL S.A.C. señala que los hechos descritos demostrarían que existe la intención arbitraria por parte del MINSa de ejecutar las fianzas, sin contar con sustento fáctico ni legal para ello. Según la contratista eso se evidencia en el Oficio N° 1049-2014-OL-OGA/MINSa de fecha 11 de junio de 2014, en donde el MINSa señala "(...)...que no es procedente la solicitud según carta s/n de fecha 03/06/2014 por parte de su representada...".

Por otro lado, THI MEDICAL S.A.C. señala que ha quedado acreditado que no es procedente la aplicación de penalidades en su contra por lo que señala no correspondería ejecutar las cartas fianzas.

De la Sexta Pretensión Principal

THI MEDICAL S.A.C. señala que ha venido renovando la carta fianza de fiel cumplimiento hasta la fecha, cuando el plazo del contrato no era más de 60 días.

Al respecto, el contratista señala que la demora en la culminación del contrato se debió a responsabilidad de la Entidad. THI MEDICAL S.A.C. señala que corresponde que la Entidad reembolse todos los gastos de renovación de la carta fianza, pues ha sido su responsabilidad mantenerla en vigencia. Asimismo, THI MEDICAL S.A.C. señala que el MINSa que reembolse la renovación de la garantía sin obtener respuesta.

*Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:*

*Dr. Juan Huamaní Chávez
Dra. Claudia Pérez Talavera
Dr. Iván Casiano Lossio*

Del mismo modo, la contratista señala que conforme el artículo 158° del Reglamento, la garantía debe estar vigente hasta la conformidad de la recepción de la prestación, lo cual ocurrió en el 2011, por lo que según el contratista, la Entidad debe reconocer todos los gastos de renovación desde el vencimiento de la primera renovación hasta la fecha efectiva de devolución de la carta fianza.

Posición del Ministerio de Salud

Respecto de la quinta y sexta pretensión principal la Entidad señala que las cartas fianzas indicadas no corresponden a las emitidas respecto el presente contrato, señala la entidad además que mediante oficio N° 650-2013-OL-OGA-/MINSA de fecha 14 de abril de 2014, la entidad solicitó al Banco de Crédito la ejecución de la Carta Fianza D-193-1394168 vencidas el 31 de marzo de 2014, por no haber sido renovada. Asimismo la Entidad señala que con fecha 6 de abril de 2014 el Banco de Crédito emite la carta fianza D-193-1400328 vigente al 18 de mayo de 2014, señalando que reemplaza y anula la carta fianza D-193-1394168 la misma que fue ampliada hasta el 22 de junio de 2014. La Entidad señala que mediante Oficio N° 855-2014-OL-OGA/MINSA, se solicitó al contratista el depósito de S/. 298.933.33 por concepto de penalidad por mora para lo cual se otorgó dos días calendario de plazo, al respecto la Entidad señaló que en caso no se realizara el depósito se procedería con la ejecución de la carta fianza D-193-1400328 de fiel cumplimiento vigente a la fecha del requerimiento.

Asimismo la Entidad señala que conforme a lo dispuesto en el artículo 165 del reglamento de la ley de contrataciones, la penalidad será deducida de los pagos a cuenta, del pago final o en la liquidación final, incluso si fuese necesario se cobrará del monto resultante de la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento o por el monto diferencial de la propuesta.

Asimismo señala la Entidad que mediante Oficio N° 979-2014-OL-OGA/MINSA de fecha 30 de mayo de 2014, se requirió al Banco de Crédito la ejecución de la carta fianza D-193-1400328, lo que se efectuó conforme se evidencia con la carta emitida por el Banco de Crédito con fecha 18 de junio de 2014 y copia del cheque de gerencia emitido a la orden del Ministerio de Salud con fecha 7 de junio de 2014; del mismo modo la entidad señala que mediante oficio Oficio N° 1050-2014-

*Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:*

*Dr. Juan Huamaní Chávez
Dra. Claudia Pérez Talavera
Dr. Iván Casiano Lossio*

OL-OGA/MINSA se solicitó el desistimiento de la ejecución de la carta fianza D-193-1394168 ante el Banco de Crédito del Perú.

Por otro lado respecto del pedido de reembolso de los gastos incurridos en las renovaciones de la carta fianza la Entidad señala que se debe tener presente que el contratista entregó la carta fianza D-193-1394168 debido a que la carta fianza D-193-01248723 no fue renovada; en tal sentido, la Entidad señala que el contratista no renovó la garantía por fiel cumplimiento del periodo del 1 de marzo de 2013 al 23 de marzo de 2014, es decir, no se renovó por 387 días; en tal sentido la Entidad solicita se declare infundadas las pretensiones demandadas por el contratista.

Posición del Tribunal Arbitral

Este colegiado considera conveniente analizar el quinto y sexto punto controvertido conjuntamente debido que los mismos guardan una relación intrínseca en el análisis a realizar por el Tribunal Arbitral.

En el análisis del presente punto controvertido, el Tribunal Arbitral debe determinar si corresponde o no dejar sin efecto la indebida ejecución de las cartas fianzas N° D193-139996 y N° D193-1413328 por un monto de S/. 336,330.00 (Trescientos treinta y seis mil trescientos treinta con 00/100 Nuevos Soles) cada una de ellas, y de ser el caso ordenar la restitución de las mismas.

Determinar si corresponde ordenar o no que el Ministerio de Salud reembolse a THI MEDICAL SAC los gastos de renovación de las cartas fianzas.

Respecto de las cartas fianzas el contratista, mediante escrito de fecha 9 de enero de 2015 adjuntó una carta remitida por el Banco de Crédito del Perú en el que se precisa el detalle de la carta fianza y el código interno de visado por la referida entidad bancaria, al respecto dicha comunicación señala lo siguiente:

"Por medio de la presente queremos informarle lo siguiente:

- 1. Los números D193-139996 y D193-1413328 no son los que aparecen las cartas fianzas emitidas a su solicitud, cada uno estos son un código interno que se generó a raíz de la ejecución de las cartas fianzas D-193-1394168 y D-193-1400328.*

*Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral;*

*Dr. Juan Huamaní Chávez
Dra. Claudia Pérez Talavera
Dr. Iván Casiano Lossio*

2. El número D193-139996 corresponde a la carta fianza D-193-1394168 la misma que garantizaba a THI MEDICAL SAC frente del Ministerio de Salud-hasta por la suma de S/. 336,330.00 y el respaldo de la conformidad entre la culminación del contrato por la exoneración N° 003-2011-MINSA-ITEM 70, esta garantía vencía el 31 de marzo de 2014.
3. Por su parte el número D193-1413328 corresponde a la carta fianza D-193-1400328 la cual reemplazó y anuló la carta fianza, D-193-1394168; en tal sentido, aquélla mantuvo las mismas características de esta última a excepción del plazo de vigencia, el mismo que vencía el 18 de mayo de 2014. La Carta fianza D-193-1400328 fue renovada en los mismos términos y condiciones hasta el 22 de julio de 2014."

Ahora, si bien es cierto la pretensión solicita se deje sin efecto la indebida ejecución de las cartas fianzas N° D193-139996 y N° D193-1413328, conforme se ha podido advertir según lo indicado y corroborado por la comunicación emitida por el Banco de Crédito del Perú, dichos números corresponden a un código interno generado a raíz de la ejecución de ambas garantías, en tal sentido, el número D193-139996 corresponde a la carta fianza D-193-1394168, y el número D193-1413328 corresponde a la carta fianza D-193-1400328.

Teniendo en cuenta lo antes indicado, este Colegiado considera conveniente analizar si la ejecución de la carta fianza fue válida o no. Como se puede advertir de los medios probatorios que obran en el expediente, queda claro que la Carta Fianza D-193-1400328 reemplazó y anuló la Carta Fianza N° D-193-1394168, y que la Entidad solicitó la ejecución de la Carta Fianza N° D-193-1400328; al respecto, mediante oficio N° 650-2013-OL-OGA-/MINSA de fecha 14 de abril de 2014, la Entidad solicitó al Banco de Crédito la ejecución de la Carta Fianza D-193-1394168 que vencía el 31 de marzo de 2014; sin embargo, mediante Oficio N° 1050-2014-OL-OGA/MINSA la Entidad solicitó el desistimiento de la ejecución de la carta fianza D-193-1394168 ante el Banco de Crédito del Perú.

En tal sentido, este Colegiado advierte el desistimiento en ejecución la carta fianza por parte de la Entidad; sin perjuicio, de ello de los medios probatorios aportados tanto por la demandante como por la demandada se advierte que el Banco de Crédito, al solicitar la Entidad la ejecución de la carta fianza D-193-1394168, se

*Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:*

*Dr. Juan Huamani Chávez
Dra. Claudia Pérez Talavera
Dr. Iván Casiano Lossio*

emitió el Cheque Gerencia N° 08539136 de fecha 7 de junio de 2014, por su parte se verifica que el Oficio N° 1050-2014-OL-OGA/MINSA fue notificado el 11 de junio de 2014, es decir cuando ya se había procedido a ejecutar la referida carta fianza.

La Entidad Bancaria informó a la demandante que el Ministerio de Salud solicitó la ejecución de la carta fianza D-193-1400328.

Por lo tanto, estando primero a que no se debió ejecutar la carta fianza D-193-1394168 ni la carta fianza D-193-1400328 por cuanto la penalidad impuesta resulta inválida conforme se estableció en los puntos controvertidos analizados precedentemente, corresponde dejar sin efecto la indebida ejecución de las cartas fianzas N° D193-139996 y N° D193-1413328. Ahora bien, este Colegiado advierte de la carta de fecha 25 de septiembre de 2014, emitida por el Banco de Crédito del Perú que únicamente la carta fianza D-193-1400328 fue pagada mediante cheque con fecha 18 de junio de 2014 por el monto S/. 336,330.00.

Por lo expuesto, este colegiado considera conveniente declarar FUNDADO EN PARTE el quinto punto controvertido, derivado de la quinta pretensión de la demanda; en tal sentido, déjese sin efecto la indebida ejecución de la carta fianza D-193-1394168 (derivado del código D-193-139996) y carta fianza D-193-1400328 (derivado del código D-193-1413328), y consecuentemente, ordénese la restitución del monto de S/. 336,330.00 (Trescientos treinta y seis mil trescientos treinta con 00/100 Nuevos Soles) correspondiente a la carta fianza D-193-1400328.

Ahora bien, este Colegiado debe determinar si corresponde ordenar o no que el Ministerio de Salud reembolse a THI MEDICAL SAC los gastos de renovación de las cartas fianzas. Al respecto, queda claro que efectivamente el contratista tuvo que renovar las cartas fianzas por la demora en la culminación del contrato, sin embargo, este Colegiado advierte que la normativa vigente establece que la contratista debe mantener la vigencia la carta fianza hasta la culminación del contrato.

Como se puede apreciar este cargo de la contratista la renovación de la carta fianza de manera irrestricta hasta la culminación del contrato, pues ello significa un cargo establecido en el contrato; en tal sentido, si bien es cierto existe una demora en la culminación del contrato, dicha demora no importa para el mantenimiento de la

*Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:*

*Dr. Juan Huamaní Chávez
Dra. Claudia Pérez Talavera
Dr. Iván Casiano Lossio*

carta fianza pues esta última sirve para garantizar el cumplimiento de la prestación del contratista.

Por lo expuesto, este Colegiado declara INFUNDADO el sexto punto controvertido derivado de la sexta pretensión principal; consecuentemente, no corresponde ordenar al Ministerio de Salud que se reembolse el contratista los gastos de renovación de las cartas fianzas.

2.3 SÉPTIMO PUNTO CONTROVERTIDO

"Determinar si corresponde ordenar o no que el Ministerio de Salud pague a favor de THI MEDICAL SAC los gastos incurridos por el excesivo periodo de almacenaje de los bienes materia del contrato y que se han cuantificado en la suma de S/. 285,737.40 (doscientos ochenta y cinco mil setecientos treinta y siete con 40/100 Nuevos Soles)."

Posición de THI Medical SAC

De la Séptima Pretensión Principal

THI MEDICAL S.A.C. señala que con fecha 08 de setiembre de 2011, se firmó el Acta de Custodia en la que se dejó constancia que THI MEDICAL mantendría en su almacén los equipos debido al retraso de MINSA en la recepción de los mismos.

Asimismo, señala la demandante que con fecha 21 de marzo de 2012, mediante Carta 029-2012-THI THI MEDICAL S.A.C. comunica al MINSA la imposibilidad de seguir manteniendo en custodia los bienes adquiridos correspondientes al ítem N° 70 de la Exoneración N° 003-2011-MINSA, en sus almacenes. Según la demandante estos documentos demuestran que si bien, en un primer momento aceptaron mantener en custodia los equipos, ante la excesiva demora, les remitieron una comunicación en la que indicaron que no era posible continuar con dicha custodia, por generar un sobre costo que no estaba previsto en el contrato.

Asimismo, el demandante señala que el MINSA se negó a atender su reclamo, por lo que se vio obligada a mantener la custodia de estos equipos. En tal sentido, la demandante señala que el monto demandado en esta pretensión es considerando el

*Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:*

*Dr. Juan Huamaní Chávez
Dra. Claudia Pérez Talavera
Dr. Iván Casiano Lossio*

costo promedio de almacenaje, que de no reconocerse el mismo señala el Contratista que el MINSA se estaría beneficiando indebidamente, pues se vería liberado de reconocer el costo que significa mantener la custodia de los equipos, ocupando un espacio físico, siendo resguardado además bajo responsabilidad de THI MEDICAL.

Posición del Ministerio de Salud

La entidad señala que mediante acta de verificación de fecha 8 de agosto de 2011, se procedió con la verificación física de la entrega del bien contratado que efectuó la contratista en el almacén central del Ministerio de Salud, sin embargo señala la entidad que mediante acta de custodia de fecha 8 de septiembre de 2011, el jefe de almacén N° 05 y la gerente general del contratista dejan constancia de que el bien contratado se encuentra en calidad de custodia en los almacenes del contratista.

Al respecto es pertinente señalar que con fecha 11 de octubre de 2011 la Entidad y el contratista suscribieron la adenda del contrato N° 256-2011-MINSA donde se acordó en la cláusula quinta que el contratista acepta en calidad de depósito los bienes del ítem N° 70 sistema de archivo de comunicaciones de imágenes sin costo alguno para el Ministerio de Salud.

En tal sentido, el contratista, señala la Entidad, aceptó mantener en depósito el bien contratado sin costo alguno para la Entidad y hasta la suscripción del acta de conformidad de instalación y funcionamiento que se realizó el 18 de febrero de 2014, por lo que no corresponde la Entidad pagar suma de dinero alguna por concepto de almacenaje. En tal sentido la entidad solicita declarar infundada la pretensión presentada por el contratista en su demanda.

Posición del Tribunal Arbitral

En este punto este colegiado debe determinar si corresponde ordenar o no que el Ministerio de Salud pague a favor de THI MEDICAL SAC los gastos incurridos por el excesivo periodo de almacenaje de los bienes materia del contrato y que se han cuantificado en la suma de S/. 285,737.40 (Doscientos ochenta y cinco mil setecientos treinta y siete con 40/100 Nuevos Soles).

*Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:*

*Dr. Juan Huamaní Chávez
Dra. Claudía Pérez Talavera
Dr. Iván Casiano Lossio*

Con fecha 11 de octubre de 2011, ambas partes suscribieron la primera adenda del contrato N° 256-2011-MINSA, la cláusula quinta de la referida adenda sobre el depósito señala expresamente lo siguiente:

"El contratista al amparo de lo establecido en el artículo 1814 y siguientes del código civil vigente, en calidad de depósito los bienes del ítem 70-sistema de archivo de comunicaciones de imágenes RIS/PACS de la exoneración N° 0003-2011/MINSA, sin costo alguno para el Ministerio, comprometiéndose el contratista contratar los seguros de riesgos para los bienes materia del contrato.

(...)

El plazo máximo para la custodia de los bienes en el almacén destinado por el contratista es hasta que se efectúe la suscripción del acta de recepción de conformidad y otra instalación y funcionamiento."

Como se puede advertir, de la adenda del contrato N° 256-2011-MINSA suscrita con fecha 11 de octubre de 2011, ambas partes acordaron el depósito y custodia de los bienes derivados del contrato SIN COSTO ALGUNO, hasta que se efectúe la suscripción del acta de recepción de conformidad. Queda claro que la custodia sería en los almacenes del contratista sin costo favorable a este que deba asumir el MINSA, conforme establecieron voluntariamente las partes.

Por su parte el contratista señala que en el acta de custodia de 8 de septiembre de 2011, se estableció que los bienes estarían en sus almacenes por dos meses, por lo que los bienes debieron ser retirados el 9 de noviembre de 2011, lo cual no ocurrió. De lo expuesto este punto, este Colegiado advierte que en la adenda suscrita, se estableció que el depósito de los bienes sería sin costo alguno, siendo que dicha adenda se suscribió con fecha posterior al Acta de Custodia ALM.DGIEM N° 232-2011.

En tal sentido, este colegiado advierte que de mutuo acuerdo las partes establecieron que los bienes serían custodiados en los almacenes de la contratista sin costo alguno para el Ministerio; por lo tanto respetando la adenda al contrato suscrito, este colegiado Considera no amparar la pretensión del contratista.

*Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:*

*Dr. Juan Huamaní Chávez
Dra. Claudia Pérez Talavera
Dr. Iván Casiano Lossio*

Por lo expuesto este colegiado declara INFUNDADO el séptimo punto controvertido derivado de la séptima pretensión de la demanda; en consecuencia, no corresponde ordenar que el Ministerio de Salud pague a favor de THI MEDICAL SAC los gastos incurridos por el periodo de almacenaje de los bienes materia del contrato.

2.4 OCTAVO PUNTO CONTROVERTIDO

"Determinar si corresponde ordenar o no al Ministerio de Salud el pago de una indemnización por la suma de S/. 500,000.00 (Quinientos mil con 00/100 Nuevos Soles) por concepto de daños y perjuicios."

Posición de THI Medical SAC

De la Octava Pretensión Principal

THI MEDICAL S.A.C. señala que ha sido el proceder del MINSA lo que afectó la ejecución del contrato, generando sobrecostos y obligándonos a mantener vigentes cartas fianzas, asumiendo gastos de almacenamiento de equipos y distrayendo recursos logísticos y de personal. Asimismo, el contratista señala que si el contrato se hubiese ejecutado en los plazos regulares, incluyendo la instalación y capacitación, el contratista habría terminado dentro de los plazos establecidos.

Asimismo, al vernos obligados a mantener vigentes las cartas fianzas, vemos comprometidas líneas de crédito que bien podríamos disponer para otros contratos, esto es, nos hemos visto perjudicados por la falta de disposición de nuestros fondos en el sistema financiero.

En tal sentido, el contratista señala que se le ha generado un grave perjuicio económico que no se va a remediar con la declaración de nulidad de la penalidad o la restitución de los gastos de renovación de la carta fianza, razón por la cual solicita se les indemnice con la suma de S/. 500,000 nuevos soles por concepto de daño emergente y lucro cesante.

THI MEDICAL S.A.C. señala que se está frente a una conducta antijurídica del MINSA, pues el MINSA no debió imputarle penalidades, ni debió obligarlos a

*Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:*

*Dr. Juan Huamani Chávez
Dra. Claudia Pérez Talavera
Dr. Iván Casiano Lossio*

mantener vigentes las cartas fianzas, ni demorar en disponer la culminación del servicio, y menos requerir al Banco de Crédito que ejecute las cartas fianzas.

Esta conducta antijurídica señala el contratista les ha causado un daño, viendo sus líneas de crédito afectadas. La demandante señala además que la indemnización no busca obtener un beneficio indebido ni lucrar con la presente controversia, lo que pretendemos es que se restituya el equilibrio contractual y se les indemnice con el monto equivalente a todos los gastos que nos ha causado la conducta arbitraria e ilegal del MINSA.

Posición del Ministerio de Salud

La entidad señala que no ha tenido conducta antijurídica alguna durante la ejecución del contrato materia elipsis o cuatro aplico la penalidad por mora debidamente conforme lo establece el artículo 165 del reglamento de la ley de contrataciones y el bien contratado se mantuvo en depósito en los almacenes destinados por el contratista por expresa aceptación de esta hasta la suscripción del acta de conformidad de instalación y funcionamiento que se realizó el 18 de febrero de 2014, en virtud de los acuerdos adoptados en la adenda suscrita el 11 de octubre de 2011, así mismo la entidad señala que el contratista tuvo conocimiento que la entrega física de dicho bien no podía producirse por la demora en la culminación de las obras de construcción del nuevo Instituto nacional de salud del niño.

En tal sentido la entidad señala que la contratista debe acreditar comer probatorios sidonios los daños irrogados señalando que no existe medio probatorio alguno que corroboren los daños que se alega, lo que tampoco permiten el tribunal establezca algún monto indemnizatorio en aplicación del artículo 1332 del código civil, por lo que de acuerdo a la entidad corresponde declarar infundada dicha pretensión.

Posición del Tribunal Arbitral

En el presente punto controvertido corresponde determinar si se debe reconocer la suma de S/. 500,000.00 (Quinientos mil con 00/100 Nuevos Soles) por concepto por daños y perjuicios por parte del MINSA, a favor de la empresa THI Medical SAC

*Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:*

*Dr. Juan Huamaní Chávez
Dra. Claudia Pérez Talavera
Dr. Iván Casiano Lossio*

El análisis de los puntos controvertidos precedentes ha establecido que no correspondía la aplicación de la penalidad interpuesta, en vista de que no existió retraso en la entrega de los bienes contratados.

De esta forma tenemos que en su escrito de demanda, THI Medical SAC indica que se le habría ocasionado daños y perjuicios, sin embargo, de la revisión de la documentación que obra como medios probatorios del escrito de demanda, se aprecia que la Contratista no ha indicado de forma expresa en qué consistiría el daño causado por parte de la Entidad. ¿Cuál es la importancia de precisar este supuesto daño causado?, pues el Tribunal Arbitral considera que no es suficiente con indicar que la Entidad habría producido un daño. Es necesario que la Contratista hubiese precisado cómo se materializaba este daño mencionado, ello es importante para conocer la forma y el criterio usado para llevar a cabo el cálculo de la indemnización que se está solicitando.

La responsabilidad contractual, como instrumento para el desplazamiento del patrimonio de un sujeto hacia otro al verificarse un hecho dañoso, requiere del cumplimiento de tres presupuestos; a saber: (i) que la conducta califique como antijurídica, (ii) que el daño sea imputable, y (iii) que las consecuencias de los hechos generen daño.

En este sentido, Jordana Fraga⁴ señala que:

"(...) (dentro de) la responsabilidad contractual, es tradicional efectuar, a los efectos de su estudio, la siguiente tripartición: a) los supuestos del incumplimiento (...) b) Las reglas o el juicio de responsabilidad, a lo que también se llama (...) imputación del incumplimiento (...), se establece si la infracción del deudor (...) es o no susceptible de originar consecuencias (y) c) Las consecuencias del incumplimiento (calificado en virtud del juicio de responsabilidad como idóneo a generarlas, es decir, "imputable") (...)."

Así, los elementos que conforman la responsabilidad contractual son: (i) la existencia de un comportamiento dañoso o acto ilícito propiciado mediante un acto

⁴ JORDANO FRAGA, Francisco. "La Responsabilidad Contractual". Editorial Civitas. Madrid, 1987. pág. 35-36.

*Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:*

*Dr. Juan Huamani Chávez
Dra. Claudia Pérez Talavera
Dr. Iván Casiano Lossio*

de imputación personal denominado culpabilidad (o dolo); (ii) la producción efectiva de un daño; y (iii) la posibilidad de establecer una relación causal adecuada entre el hecho dañoso y el daño causado.

Respecto al primer elemento, es decir, si existe un comportamiento dañoso o acto ilícito propiciado mediante un acto de imputación personal denominado culpabilidad por parte de la Entidad; el comportamiento dañoso invocado por la empresa THI Medical SAC, sería el retraso en la ejecución del contrato, generando esto, mayores costos innecesarios para ella.

Que, sin embargo, respecto a la producción efectiva del daño causado con esta falta de diligencia, el Contratista no ha señalado en su escrito de demanda, en la documentación alcanzada, ni en la Audiencia de Informes Orales, qué clase de daño real sufrió como consecuencia de la aparente falta de diligencia de la Entidad al momento de cumplir con sus obligaciones del Contrato.

Asimismo, de la revisión de la documentación presentada por el Contratista, no se aprecia el cálculo llevado a cabo, que arrojaría la suma de S/. 500,000.00 (Quinientos mil con 00/100 Nuevos Soles) como monto de indemnización, ello se debe, a que el daño invocado no ha sido debidamente acreditado por THI Medical SAC. En vista de ello, no es posible que se le reconozca monto alguno por indemnización por daños y perjuicios a la empresa THI Medical SAC

En consecuencia, corresponde que el Tribunal Arbitral declare INFUNDADO el octavo punto controvertido derivado de la octava pretensión de la demanda, por las razones expuestas en los párrafos precedentes.

2.5 OCTAVO PUNTO CONTROVERTIDO

"Determinar a quién le corresponde el pago de las costas y costos derivados del presente arbitraje."

Posición de THI Medical SAC

La demandante señala que ha quedado demostrado que el MINSa le ha ocasionado un grave perjuicio, por lo que solicita que se disponga que la emplazada asuma los gastos que genere el presente proceso arbitral, incluidos los gastos de defensa.

*Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:*

*Dr. Juan Huamani Chávez
Dra. Claudia Pérez Talavera
Dr. Iván Casiano Lossio*

Posición del Ministerio de Salud

La Entidad fundamenta su posición de acuerdo al sustento efectuado en las alegaciones que esboza para la contestación de las pretensiones antes descritas indicando que aplicó correctamente la penalidad por mora por lo que corresponde que el contratista asuma todos los costos procesales.

Posición del Tribunal Arbitral:

El numeral 1) del artículo 72° del Decreto Legislativo N° 1071 dispone que los árbitros se pronunciarán en el laudo arbitral sobre los costos indicados en el artículo 70° del citado cuerpo legal. Asimismo, el numeral 1) del artículo 73° señala que los árbitros deben tener presente, de ser el caso, lo pactado en el convenio arbitral; además, tal norma legal establece que si el convenio arbitral no contiene pacto alguno sobre los gastos, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida; sin embargo, los árbitros podrán distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estiman que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

En el presente caso no se ha establecido pacto alguno acerca de los costos y costas del arbitraje. Atendiendo a esta situación, corresponde que el Tribunal Arbitral se pronuncie sobre este tema de manera discrecional y apelando a su debida prudencia.

Considerando el resultado del arbitraje, desde el punto de vista del Tribunal Arbitral, de que ambas partes tuvieron motivos suficientes y atendibles para litigar precisando cada una las razones por las cuales consideraban amparables sus argumentos y razones, habida cuenta de que debían defender sus pretensiones en la vía arbitral, atendiendo al buen comportamiento procesal de las partes y a la incertidumbre jurídica que existía entre ellas, corresponde disponer que cada una de las partes asuma los costos del presente arbitraje; en consecuencia, cada parte debe asumir el pago de la mitad de los gastos arbitrales decretados en este arbitraje (entiéndase los honorarios del Tribunal Arbitral y de la Secretaría Arbitral); así como los costos y costas en que incurrieron o debieron de incurrir como consecuencia del presente arbitraje.

*Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:*

*Dr. Juan Huamani Chávez
Dra. Claudia Pérez Talavera
Dr. Iván Casiano Lossio*

En relación a ello, cabe precisar que producto de las pretensiones planteadas por la empresa THI Medical SAC, se tiene que conforme a los numerales 40) y 41) del Acta de Instalación del Tribunal Arbitral de fecha 22 de julio de 2014, se fijaron los honorarios arbitrales netos para cada uno de los Árbitros, en la suma de S/. 15,000.00 (Quince mil con 00/100 nuevos soles), y como honorarios netos de la Secretaría Ad Hoc, que incluía los gastos procedimentales, la suma de S/. 9,000.00 (Nueve mil con 00/100 nuevos soles). Ello implica que los gastos arbitrales derivados del Acta de Instalación hicieron un total de S/. 54,000.00 (Cincuenta y cuatro Mil con 00/100 Nuevos Soles).

Ahora bien, los honorarios arbitrales fueron los siguientes:

| LIQUIDACIÓN | MONTO | PAGO |
|---------------------|---|----------------------------------|
| Acta de Instalación | S/. 15,000.00 para cada uno de los árbitros | Pago asumido por THI MEDICAL SAC |
| Acta de Instalación | S/. 9,000.00 para Secretaría | Pago asumido por THI MEDICAL SAC |
| TOTALES | S/. 54,000.00 | S/. 54,000.00 |

Tales montos, fueron cubiertos en su totalidad por el demandante, es decir que la empresa THI Medical SAC canceló también los gastos arbitrales a cargo de la Entidad, de lo cual se dejó constancia a través de la Resolución N° 18.

En consecuencia, estando a la decisión de este Tribunal Arbitral de que cada una de las partes asuma los costos del presente arbitraje, y siendo que el Ministerio de Salud no ha cumplido con el pago de los honorarios a su cargo derivados del Acta de Instalación, corresponde que dicha Entidad devuelva a la demandante la suma de S/. 27,000.00 (Veintisiete mil y 00/100 nuevos soles), que es el monto que la empresa THI Medical SAC canceló por concepto de gastos arbitrales del proceso a cargo de su contraria derivados del Acta de Instalación.

IV. DECISIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL:

*Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:*

*Dr. Juan Huamaní Chávez
Dra. Claudia Pérez Talavera
Dr. Iván Casiano Lossio*

Estando a las consideraciones expuestas, dentro del plazo correspondiente, el Tribunal Arbitral en Mayoría y en Derecho, **RESUELVE:**

PRIMERO.- DECLÁRESE FUNDADO el primer punto controvertido derivado de la primera pretensión principal de la demanda; en tal sentido, **DECLÁRESE** la nulidad de la penalidad ascendente a S/. 298,933.33 (doscientos noventa y ocho mil novecientos treinta y tres y 33/100 Nuevos Soles), y **DECLÁRESE** que THI MEDICAL SAC no es pasible de penalidad alguna por haber cumplido con sus prestaciones contractuales sin retraso injustificado.

SEGUNDO.- DECLÁRESE FUNDADO el segundo punto controvertido derivado de la segunda pretensión principal de la demanda; en tal sentido, **RATIFIQUESE** la procedencia de la solicitud de ampliación de plazo efectuada por THI MEDICAL SAC de fecha 11 de julio de 2011.

TERCERO.- DECLÁRESE FUNDADO el tercer punto controvertido, derivado de la tercera pretensión de la demanda; en consecuencia, **DECLÁRESE** que la demora en la culminación del contrato no es responsabilidad de THI MEDICAL SAC sino del Ministerio de Salud.

CUARTO.- DECLÁRESE FUNDADO el cuarto punto controvertido, derivado de la cuarta pretensión de la demanda; en tal sentido, declárese la culminación del contrato; consecuentemente, **ORDÉNESE** al Ministerio de Salud que entregue a THI MEDICAL SAC la conformidad del servicio y/o Constancia de Prestación de Servicios.

QUINTO.- DECLÁRESE FUNDADO EN PARTE el quinto punto controvertido, derivado de la quinta pretensión de la demanda; en tal sentido, **DÉJESE** sin efecto la indebida ejecución de la carta fianza D-193-1394168 (derivado del código D-193-139996) y carta fianza D-193-1400328 (derivado del código D-193-1413328), y consecuentemente, **ORDÉNESE** la restitución del monto de S/. 336,330.00 (Trescientos treinta y seis mil trescientos treinta con 00/100 Nuevos Soles) correspondiente a la carta fianza D-193-1400328.

SEXTO.- DECLÁRESE INFUNDADO el sexto punto controvertido derivado de la sexta pretensión principal; consecuentemente, no corresponde ordenar al Ministerio

*Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:*

*Dr. Juan Huamaní Chávez
Dra. Claudia Pérez Talavera
Dr. Iván Casiano Lossio*

de Salud que se reembolse al contratista los gastos de renovación de las cartas fianzas.

SÉPTIMO.- DECLÁRESE INFUNDADO el séptimo punto controvertido derivado de la séptima pretensión de la demanda; en consecuencia, no corresponde ordenar que el Ministerio de Salud pague a favor de THI MEDICAL SAC los gastos incurridos por el periodo de almacenaje de los bienes materia del contrato.

OCTAVO.- DECLÁRESE INFUNDADO el octavo punto controvertido derivado de la octava pretensión de la demanda, por las razones expuestas en la parte considera activa del presente laudo.

NOVENO.- DECLÁRESE INFUNDADO el noveno punto controvertido derivado de la novena pretensión principal; consecuentemente, **DISPÓNGASE** que tanto THI MEDICAL SAC así como la Entidad, asuman en partes iguales, los gastos arbitrales, gastos de representación, las costas y costos generados por la tramitación del presente proceso arbitral conforme a las precisiones indicadas en la parte considerativa del presente laudo arbitral; en tal sentido, **ORDÉNESE** que la Entidad devuelva a favor del Contratista la suma de S/. 27,000.00 (Veintisiete mil y 00/100 nuevos soles).

DÉCIMO.- REMÍTASE al Organismo Superior de las Contrataciones del Estado DSCE, copia del presente laudo Arbitral.

Notifíquese a las partes.


JUAN HUAMANÍ CHÁVEZ
Presidente del Tribunal Arbitral


CLAUDIA PÉREZ TALAVERA
Arbitro

Voto en Discordia

Iván Casiano Lossio

VOTO EN DISCORDIA

Demandante:

THI Medical SAC

En adelante el **CONTRATISTA, THI MEDICAL**, o el **DEMANDANTE**.

Demandado:

Ministerio de Salud

En adelante la **ENTIDAD**, el **MINSA**, o el **DEMANDADO**.

Tribunal Arbitral:

Juan Huamaní Chávez.

Claudia Pérez Talavera.

Iván Casiano Lossio.

Voto en Discordia:

Iván Casiano Lossio

Con el debido respeto con la posición de mis colegas con los que integro el Tribunal Arbitral, emito el presente voto en discordia.

1. Puntos Controvertidos: Estos fueron fijados de la siguiente manera:
 1. Determinar si corresponde o no que se declare la nulidad de la penalidad ascendente a S/. 298,933.33 (doscientos noventa y ocho mil novecientos treinta y tres y 33/100 Nuevos Soles), y que se declare que THI MEDICAL SAC no es pasible de penalidad alguna por haber cumplido con sus prestaciones contractuales sin retraso injustificado.
 2. Determinar si corresponde o no ratificar la procedencia de la solicitud de ampliación de plazo efectuada por THI MEDICAL SAC de fecha 11 de julio de 2011.
 3. Determinar si corresponde o no declarar que la demora en la culminación del contrato no es responsabilidad de THI MEDICAL SAC sino del Ministerio de Salud.



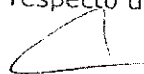
Voto en Discordia

Iván Casiano Lossio

4. Determinar si corresponde declarar o no que el contrato ha culminado y se ordene al Ministerio de Salud que entregue a THI MEDICAL SAC la conformidad del servicio y/o Constancia de Prestación de Servicios.
5. Determinar si corresponde o no dejar sin efecto la indebida ejecución de las cartas fianzas N° D193-139996 y N° D193-1413328 por un monto de S/. 336,330.00 (Trescientos treinta y seis mil trescientos treinta con 00/100 Nuevos Soles) cada una de ellas, y de ser el caso ordenar la restitución de las mismas.
6. Determinar si corresponde ordenar o no que el Ministerio de Salud reembolse a THI MEDICAL SAC los gastos de renovación de las cartas fianzas.
7. Determinar si corresponde ordenar o no que el Ministerio de Salud pague a favor de THI MEDICAL SAC los gastos incurridos por el excesivo periodo de almacenaje de los bienes materia del contrato y que se han cuantificado en la suma de S/. 285,737.40 (doscientos ochenta y cinco mil setecientos treinta y siete con 40/100 Nuevos Soles).
8. Determinar si corresponde ordenar o no al Ministerio de Salud el pago de una indemnización por la suma de S/. 500,000.00 (Quinientos mil con 00/100 Nuevos Soles) por concepto de daños y perjuicios.

Punto Controvertido Común:

9. Determinar a quién le corresponde el pago de las costas y costos derivados del presente arbitraje.
2. Siendo que el presente arbitraje es uno de derecho, corresponde pronunciarse respecto de cada uno de los puntos controvertidos teniendo en cuenta el mérito de la prueba aportada al proceso, para determinar, en base a la valoración conjunta de ella, las consecuencias jurídicas que, de acuerdo a derecho, se derivan para las partes en función de lo que haya sido probado o no en el marco del proceso. Debe destacarse que la carga de la prueba corresponde a quien alega un determinado hecho para sustentar o justificar una determinada posición, de modo que logre crear certeza en el árbitro respecto de tales hechos.



3. Asimismo, debe tenerse en cuenta, en relación a las pruebas aportadas al arbitraje que en aplicación del Principio de "Comunidad o Adquisición de la Prueba", las pruebas ofrecidas por las partes, desde el momento que fueron presentadas y admitidas como medios probatorios, pasaron a pertenecer al presente arbitraje y, por consiguiente, pueden ser utilizadas para acreditar hechos que incluso vayan en contra de los intereses de la parte que la ofreció. Ello concuerda con la definición de dicho principio que establece que:

*"... la actividad probatoria no pertenece a quien la realiza, sino, por el contrario, se considera propia del proceso, por lo que debe tenerse en cuenta para determinar la existencia o inexistencia del hecho a que se refiere, independientemente de que beneficie o perjudique los intereses de la parte que suministró los medios de prueba o aún de la parte contraria. La prueba pertenece al proceso y no a la parte que lo propuso o lo proporcionó"*¹

El suscrito deja constancia que al emitir el presente voto ha valorado la totalidad de medios probatorios ofrecidos y admitidos a trámite en el proceso arbitral valiéndose de las reglas de la sana crítica o apreciación razonada, siendo que la no indicación expresa a alguno de los medios probatorios obrantes en autos o hechos relatados por las partes no significa de ningún modo que tal medio probatorio o tal hecho no haya sido valorado, por lo que se deja establecido que en aquellos supuestos en los que este voto hace referencia a algún medio probatorio o hecho en particular, lo hace atendiendo a su estrecha vinculación, trascendencia, utilidad y pertinencia que a criterio del suscrito tuviere respecto de la controversia materia de análisis.

Que adicionalmente debe precisarse que, los puntos controvertidos constituyen una referencia para el análisis que debe efectuar el Tribunal Arbitral, pudiendo en consecuencia realizar un análisis conjunto de los mismos en aquellos casos en los que se encuentren íntimamente ligados, por lo que en ese sentido, el suscrito considera que el análisis debe realizarse de acuerdo a la forma siguiente:

DE LA DEMANDA PRESENTADA POR THI MEDICAL SAC

¹ TARAMONA HERNÁNDEZ., José Rubén. "Medios Probatorios en el Proceso Civil". Ed.: Rodhas, 1994, p. 35.

Voto en Discordia

Iván Casiano Lossio

2.1 PRIMER Y SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO

"Determinar si corresponde o no que se declare la nulidad de la penalidad ascendente a S/. 298,933.33 (Doscientos Noventa y Ocho Mil Novecientos Treinta y Tres y 33/100 Nuevos Soles), y que se declare que THI MEDICAL SAC no es pasible de penalidad alguna por haber cumplido con sus prestaciones contractuales sin retraso injustificado."

"Determinar si corresponde o no ratificar la procedencia de la solicitud de ampliación de plazo efectuada por THI MEDICAL SAC de fecha 11 de julio de 2011."

Posición de THI Medical SAC

De la Primera Pretensión Principal de la Demanda

El contratista señala que el MINSA con Oficio N° 855-2014-OL-OGA/MINSA de fecha 14 de mayo de 2014, determinó de manera unilateral y arbitraria que la contratista había incurrido en penalidad por mora por un supuesto retraso injustificado en el cumplimiento de la prestación a su cargo. El contratista señala que el MINSA en dicho Oficio adjuntó como anexo 01 un cuadro de cumplimiento de entrega, en el que se establece que la fecha límite para la entrega de los equipos era el 23 de julio de 2011 y que, sin embargo, la última entrega correspondiente a los mismos fue realizada con fecha 08 de agosto de 2011.

El contratista señala que el MINSA indica que THI MEDICAL realizó el internamiento parcial de los componentes del Sistema RIS-PACS con fecha 22 de julio de 2011 y 08 de agosto de 2011, tomando ésta última como fecha de recepción toda vez que corresponde a la fecha en la que se hizo la entrega del Escáner de películas radiográficas marca VIDAR, modelo 'Diagnostic Pro Advantage'.

El contratista señala que el MINSA concluye erróneamente que existe un retraso de dieciséis (16) días en el cumplimiento de la entrega de los equipos; razón por la cual, imputa el pago de una Penalidad por Mora.

Voto en Discordia

Iván Casiano Lossio

El contratista señala que no corresponde la aplicación de penalidad por lo siguiente:

- No corresponde un supuesto de retraso injustificado conforme lo establece el artículo 165° del Reglamento.
- Se tramitó una ampliación de plazo que quedó aprobada por aplicación del artículo 175° del Reglamento.
- La Entidad aprobó una liquidación parcial en la que estableció que no correspondía la aplicación de penalidad alguna, por lo que, la penalidad aplicada contraviene el principio de los actos propios.

El contratista señala que no hubo retraso injustificado pues la Penalidad por Mora opera ante el retraso o cumplimiento injustificado de una obligación contractual, lo que indica no ocurrió en el presente caso, toda vez que mediante Carta 896-2011 de fecha 11 de julio de 2011, señala haber comunicado al MINSA que era necesario realizar el cambio del producto inicialmente ofertado debido a un caso fortuito.

El contratista señala que no existió en el presente caso un retraso injustificado en la ejecución del contrato, toda vez que señala que cumplió con informar de la necesidad de realizar un cambio de equipo, cumpliendo al mismo tiempo con solicitar la respectiva ampliación de plazo de entrega.

Asimismo, el contratista señala que remitió la Carta 897-2011 de fecha 12 de julio de 2011 mediante la cual hizo llegar al MINSA los detalles y características del escáner de películas radiográficas marca VIDAR, modelo 'DIAGNOSTIC PRO Advantage' como alternativa al inicialmente ofertado.

Al respecto, el contratista señala que de dicho producto ofrecido como alternativa, mediante Memorando N° 1708-2011-DGIEM/MINSA de fecha 21 de julio de 2011 e Informe N° 637-2011-DE-DGIEM/MINSA de fecha 21 de julio de 2011, la DGIEM manifestó que el escáner de películas radiográficas marca VIDAR, modelo 'DIAGNOSTIC PRO Advantage', desde el punto de vista técnico era de características similares al escáner de películas radiográficas marca KODAK, modelo LS75 inicialmente ofertado.

En tal sentido, el contratista señala que como consta del Acta de Verificación de fecha 08 de agosto de 2011 se registra el ingreso al almacén del escáner de



Voto en Discordia

Iván Casiano Lossio

películas radiográficas marca VIDAR, modelo 'DIAGNOSTIC PRO Advantage', sin observaciones por parte del MINSA.

Sobre la ampliación de plazo, el contratista señala que con Carta 896-2011/THI/CSSR de fecha 11 de julio de 2011, solicitó al MINSA una ampliación de plazo de entrega de quince (15) días. El contratista señala que dicha ampliación de plazo fue solicitada al MINSA toda vez que el equipo inicialmente ofertado como escáner de películas radiográficas, marca KODAK, modelo LS75, había sido discontinuado por su fabricante; por lo que, ofreció cambiar el equipo por uno de iguales o mejores prestaciones.

El contratista señala que con Carta 897-2011/THI/CSSR de fecha 12 de julio de 2011 comunicó al MINSA su intención de realizar la importación del escáner de películas radiográficas, marca VIDAR, modelo 'Diagnostic Pro Advantage', a fin de poder dar cumplimiento al compromiso contractual contraído.

El contratista señala que su solicitud de ampliación de plazo resultaba procedente, puesto que, nos vimos imposibilitados de suministrar el producto ofertado toda vez que el fabricante dejó de producirlo. El contratista señala que el MINSA no se pronunció respecto de dicha solicitud.

El contratista señala que su solicitud de ampliación de plazo fue presentada mediante Carta 896-2011 de fecha 11 de julio de 2011, la misma que no habría tenido respuesta por parte del MINSA, quien tenía plazo hasta el 25 de julio de 2011, para responder a la misma; por lo cual, el contratista señala que, en directa aplicación del Reglamento, quedó aprobada, quedando automáticamente extendido el plazo para la entrega de los bienes referidos al contrato.

Sobre la liquidación del contrato

El contratista señala que mediante Memorándum N° 7029 de fecha 25 de octubre de 2011, e Informe de Liquidación N° 0702-2011-ESL-OL/MINSA de fecha 24 de octubre de 2011, se estableció que la empresa había cumplido con efectuar el internamiento de los bienes según el plazo, lugar y condiciones de entrega establecidos en el Contrato, por lo cual no se registra penalidad alguna.

Voto en Discordia

Iván Casiano Lossio

El contratista señala que esta liquidación no ha sido declarada nula, ni ha sido dejada sin efecto, por lo que la contratista señala que tiene validez. En tal sentido, el contratista señala que corresponde declarar nula la penalidad que pretende ahora aplicar el MINSA. Asimismo, el contratista señala que no existe ninguna base legal para la imposición de la Penalidad por Mora planteada por el MINSA; por lo que, corresponde se declare la nulidad de la misma.

De la Segunda Pretensión Principal de la Demanda

El contratista señala que mediante Carta 896-2011/THI/CSSR de fecha 11 de julio de 2011 solicitó al MINSA una ampliación de plazo de entrega de 15 días.

Asimismo, el contratista señala que dicha ampliación de plazo fue solicitada al MINSA toda vez que el equipo inicialmente ofertado como escáner de películas radiográficas, marca KODAK, modelo LS75, había sido discontinuado por su fabricante, por lo que ofreció cambiar el equipo por uno de iguales o mejores prestaciones.

El contratista señala que en primer lugar su solicitud de ampliación de plazo resultaba procedente, ya que como acreditó, se vieron imposibilitados de suministrar el producto ofertado toda vez que el fabricante dejó de producirlo.

El contratista señala que el MINSA ha obviado en todo momento mencionar que dicha solicitud de ampliación de plazo fue aceptada, ello en virtud de lo dispuesto en el artículo 175 del reglamento.

Finalmente señala el contratista que su solicitud de ampliación de plazo fue presentada mediante Carta 896-2011 de fecha 11 de julio de 2011, la misma que no obtuvo respuesta por parte del MINSA, quien tenía plazo hasta el 25 de julio de 2011, para responder a la misma, por lo cual el contratista señala que en directa aplicación del Reglamento, quedó aprobada, quedando automáticamente extendido el plazo para la entrega de los bienes referidos al contrato. El contratista solicita se ratifique la procedencia de la solicitud de ampliación de plazo presentada el 11 de julio de 2011.

Posición del Ministerio de Salud

Voto en Discordia

Iván Casiano Lossio

La entidad señala que en el contrato suscrito, el plazo de entrega que se ofertó fue de 45 días calendarios contados a partir del día siguiente de la firma del contrato, lo cual se puede verificar de la propuesta técnica del contratista, estableciéndose como fecha máxima entrega el 23 de julio de 2011.

La entidad señala que el contratista solicitó a la Dirección General de Infraestructura Equipamiento y Mantenimiento autorización para el cambio de marca y modelo del bien por otro de mejor vigencia tecnológica escáner de películas radiográficas marca VIDAR alegando también la discontinuidad de fabricación de la marca KODAK modelo LS75.

La entidad señala que el contratista entregó con fecha 22 de julio de 2011 los bienes que conforman el sistema de archivo de comunicaciones de imágenes con excepción del escáner propuesto.

Posteriormente, mediante memorando N° 1708-2011-DGIEM/MINSA de fecha 21 de julio de 2011, la Dirección General de Infraestructura Equipamiento y Mantenimiento manifestó que el escáner VIDAR desde el punto de vista técnico es de características técnicas similares al escáner kodak, para lo cual presenta el informe que recomienda remitir la respuesta documentada a la oficina General de administración. Es así que, con fecha 8 de agosto, señala la Entidad, que el contratista procedió a entregar el escáner aprobado por la dirección General de infraestructura equipamiento y mantenimiento como consta en la guía de remisión y el acta de verificación de equipos adquiridos por el Ministerio de Salud de fecha 8 de agosto de 2011.

Al respecto, la Entidad señala que el contratista excedió el plazo de entrega ofertado en 45 días calendarios; por lo que, de acuerdo al artículo 165 el reglamento contrataciones del Estado correspondía aplicar la penalidad por mora.

Asimismo, la Entidad señala que el contratista solicitó el cambio del bien ofertado como una mejora tecnológica, sin embargo dicha nueva oferta no implicaría a decir de la Entidad una ampliación de plazo de entrega, ni tampoco el contratista habría acreditado haber tomado conocimiento reciente de que el producto ofertado haya estado discontinuado; por lo que, el hecho alegado no constituyen supuestos de caso fortuito o fuerza mayor.

Voto en Discordia

Iván Casiano Lossio

En ese sentido, a decir de la Entidad, el contratista no ha acreditado fehacientemente que la demora en la entrega del referido escáner haya estado justificada. Por otro lado, en cuanto a la ampliación de plazo solicitada, la entidad señala que la carta mediante la cual se solicita ampliación de plazo tiene un sello casi ilegible en el que se lee la fecha 11 de julio de 2011, recibido, carece de firma y hora de recepción a diferencia de otra carta donde si aparece un sello donde claramente se lee Ministerio de Salud Dirección Ejecutiva de Logística mesa de partes presentar el 11 de julio de 2011, indicando la Entidad que en el sistema de trámite documentario donde se registran todos los documentos que ingresan formalmente no se encuentra el ingreso de la referida carta donde se solicita la ampliación de plazo.

La Entidad señala que la Oficina de Logística solicitó al contratista exhibir los cargos originales de la documentación presentada para poderse gatearlos e indagar debidamente sobre la presentación de la solicitud de la ampliación sin embargo la contratista no habría presentado dichos cargos. En tal sentido, a decir de la Entidad, no transcurrió plazo alguno para resolver la alegada solicitud de ampliación de plazo o que en el transcurso del tiempo dicha presentación haya quedado probado en aplicación del artículo 175 del reglamento.

Por otro lado, respecto de lo alegado por el contratista referido a que se había aprobado una liquidación parcial en la que se estableció que no correspondía la aplicación de penalidad, la Entidad señala que realizó el pago del contrato efectuándose el pago del adelanto, el pago parcial del 60% el monto del contrato y la liquidación del 10%; en tal sentido señala la Entidad que por tratarse de un pago parcial se indicó la inexistencia de aplicación de penalidad sin embargo señala la Entidad que debe tenerse en cuenta que de acuerdo al artículo 165 del reglamento, la penalidad será deducida de los pagos a cuenta del pago final o de la liquidación final, incluso si fuese necesario se puede cobrar del monto resultante de la ejecución de las garantías de fiel cumplimiento. Precizando la entidad que la culminación del contrato se emitió el 16 de junio de 2014 mediante memorando N° 1862-2014-0LOGA/MINSA, por lo que la entidad señala que la aplicación de la penalidad efectuada el 14 de mayo de 2014, se realizó en el plazo legal que establece el citado artículo 165 del reglamento.

Voto en Discordia

Iván Casiano Lossio

Ahora bien en relación a la segunda pretensión principal, la entidad ratifica que la carta mediante la cual se solicita la ampliación de plazo no ha sido presentada a trámite documentario.

Posición del Suscrito

El suscrito considera conveniente analizar el primer y segundo punto controvertido conjuntamente debido que los mismos guardan una relación intrínseca en el análisis a realizar.

La presente controversia busca determinar si corresponde o no declarar la nulidad de la penalidad ascendente a S/. 298,933.33 (Doscientos Noventa y Ocho Mil Novecientos Treinta y Tres con 33/100 Nuevos Soles) y si debe declararse o no que THI MEDICAL SAC no es pasible de penalidad alguna por haber cumplido con sus prestaciones contractuales sin retraso injustificado. En segunda instancia el suscrito debe determinar si corresponde o no ratificar la procedencia de la comunicación presentada en el proceso arbitral por THI MEDICAL SAC de fecha 11 de julio de 2011.

Mediante Oficio N° 855-2014-OL-OGA/MINSA, notificado con fecha 13 de mayo de 2014, el Ministerio de Salud comunica a la demandante que ha determinado una penalidad por mora ante el retraso injustificado en el cumplimiento de la prestación. Dicho Oficio señala lo siguiente:

"Al respecto, de la revisión de los documentos que obran en el expediente se ha determinado que su representada ha incurrido en penalidad por mora ante el retraso injustificado en el cumplimiento de la prestación de conformidad con el artículo 165 del reglamento de contrataciones del Estado, debido a que la fecha máxima de realización de la prestación debió ser el 23.07.11 habiendo su representada culminado con la entrega del sistema en fecha 8.08.11, lo que equivale a 16 días de retraso, cuyo cálculo de penalidad asciende a S/. 298,933.33 (doscientos noventa y ocho mil novecientos treinta y tres y 33/100 Nuevos Soles).

En tal sentido se remite la siguiente comunicación por conducto notarial, a fin de que en un plazo máximo de dos días calendarios contados a partir de recibido el presente documento, cumpla con

 10

Voto en Discordia

Iván Casiano Lossio

realizar el depósito en cuenta corriente M.N N° 0000 282.146 del Banco de la Nación a nombre del Ministerio de Salud por el monto de S/. 298,933.33 (doscientos noventa y ocho mil novecientos treinta y tres y 33/100 Nuevos Soles), por concepto de penalidad por mora. Finalmente, se precisa que de no depositar el monto en el plazo solicitado será ejecutada la carta fianza número de 193-1400328 emitida por el Banco de Crédito a favor del Ministerio de Salud, la cual se encuentra vigente hasta el 18/05/14."

Al respecto, como se puede advertir el artículo N° 165 del reglamento establece lo siguiente:

"En caso de retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la entidad le aplicará al contratista una penalidad por cada día de retraso hasta por un monto máximo equivalente al 10% del monto del contrato vigente o, de ser el caso del ítem que debió ejecutarse. Esta penalidad será deducida de los pagos a cuenta, del pago final o en la liquidación final; o si fuese necesario se cobrará del monto resultante de la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento o por el monto diferencial de la propuesta"

En ese mismo sentido, el contrato materia de controversia establece en su cláusula décimo tercera respecto del incumplimiento de contrato y penalidades lo siguiente:

"En caso de retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, el Ministerio le aplicará al contratista una penalidad por cada día de atraso, hasta por un monto máximo equivalente al 10% del monto contractual o, de ser el caso del ítem, tramo, etapa o lote que debió ejecutarse o de la prestación parcial en el caso de ejecución periódica. Esta penalidad será deducido de los pagos a cuenta, del pago final o en la liquidación final; o si fuese necesario se cobrará del monto resultante de la ejecución de las garantías de fiel cumplimiento o adicional por el monto diferencial de la propuesta."

Como se puede advertir, la penalidad impuesta por parte del Ministerio de Salud se debió al supuesto de retraso injustificado en el cumplimiento de la prestación, la



Voto en Discordia

Iván Casiano Lossio

misma que la Entidad señala debió haber sido efectuada el 23 de julio de 2011, y ésta se habría realizado el 8 de agosto de 2011.

En tal sentido, estando a lo señalado por la Entidad mediante Oficio N° 855-2014-OL-OGA/MINSA, el suscrito considera conveniente analizar si existe un retraso injustificado en el cumplimiento de la prestación.

Del incumplimiento de la entrega del objeto del contrato

El 08 de junio de 2011, se suscribió el Contrato N° 256-2011-MINSA derivado de la exoneración N° 0003-2011-MINSA y, según lo acreditado en autos, el sistema debía ser entregado en el plazo de 45 días, esto es, hasta el 23 de julio de 2011.

Conforme se aprecia del Acta de Internamiento el sistema fue entregado al MINSA a excepción del componente Escáner de Películas Radiográficas VIDAR modelo 'Diagnostic Pro Advantage'; el cual fue finalmente internado el 08 de agosto de 2011.

En tal sentido, es claro que la entrega no culminó el 23 de julio de 2011, sino el 08 de agosto de 2011, por lo que, existió atraso en la entrega definitiva de los equipos.

Corresponde ahora verificar si este atraso es injustificado a fin de determinar si estamos dentro del supuesto factico del artículo 165° del Reglamento.

De la determinación de si el incumplimiento es injustificado

El artículo 165° del Reglamento establece:

"Artículo 165.- Penalidad por mora en la ejecución de la prestación

En caso de retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la Entidad le aplicará al contratista una penalidad por cada día de atraso, hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente o, de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse. Esta penalidad será deducida de los pagos a cuenta, del pago final o en la liquidación final; o si fuese

necesario se cobrará del monto resultante de la ejecución de las garantías de fiel cumplimiento o por el monto diferencial de propuesta."

Igualmente, la cláusula décimo tercera del contrato señala:

"CLÁUSULA DÉCIMO TERCERA: INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO Y PENALIDADES

En caso de retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, EL MINISTERIO le aplicará al contratista una penalidad por cada día de retraso, hasta por un monto máximo equivalente al diez por cien (10%) del monto contractual o, de ser el caso del ítem, tramo, etapa, o lote que debió ejecutarse o de la prestación parcial en el caso de ejecución periódica. Esta penalidad será deducida de los pagos a cuenta, del pago final o en la liquidación final; o si fuese necesario se cobrará del monto resultante de la ejecución de las garantías de fiel cumplimiento o adicional por el monto diferencial de la propuesta (...)"

Corresponde verificar ahora si se ha producido un atraso injustificado a fin de validar la penalidad aplicada por la Entidad. Al respecto, cabe realizar el siguiente cuestionamiento: ¿Cuándo un atraso es justificado?

Para tal efecto, es pertinente revisar lo señalado por Cabanellas de Torres², para quien "injustificadamente" significa: "Sin derecho para proceder. Sin excusa ante un daño o mal (...)." (El subrayado es agregado).

Asimismo, para el mencionado autor "justificación" significa: "Adecuación con la justicia (v.) o conformidad con lo justo. Prueba de inocencia. Fundado derecho o excusa legal ante el mal o daño causado. Demostración o prueba bastante de una cosa. Disculpa, Excusa. Perdón. Eximente penal, especialmente por ausencia de antijuridicidad o de culpabilidad. (v. Causa y Falta de justificación.)"³. (El subrayado es agregado).

² CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. *Nuevo Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo IV*. Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L., 2006; página 467.

³ Ídem, página 635.

Voto en Discordia

Iván Casiano Lossio

En el presente caso, el contratista durante el proceso arbitral ha argumentado que no incurrió en un atraso injustificado en tanto que el MINSa no habría tenido en cuenta que existió una ampliación de plazo, asimismo, que el MINSa no informó a THI MEDICAL de la autorización del cambio de componente, ni cumplió con el procedimiento de recepción regulado en el artículo 176° del Reglamento y finalmente, porque contraviene el principio de los actos propios.

Al respecto, el suscrito declara haber valorado todos los argumentos y medios probatorios presentados por las partes respecto de la primera y segunda pretensión a lo largo del proceso y que tendrá en cuenta respecto del análisis de la presente cuestión, esto es, determinar si estamos o no frente a un atraso injustificado.

Sobre la ampliación de plazo

De la revisión de los medios probatorios aportados al presente proceso arbitral, el suscrito advierte que mediante carta N° 896-2011/THI/CSSR la contratista solicita al Ministerio de Salud una ampliación de plazo para la entrega en quince (15) días. Al respecto, la Carta N° 896-2011/THI/CSSR señala lo siguiente:

"Por la presente carta me complace saludarle y hacer de su conocimiento que nuestra empresa THI Medical SAC en el proceso de licitación convocado como consecuencia de la exoneración N° 003-2011-MINSA ofertó un accesorio al sistema PACS y RIS para el nuevo Instituto Nacional de Salud del Niño consistente en un escáner de películas radiográficas marca Kodak, modelo LS75. Una vez adjudicado, firmado el contrato y entregado el adelanto se procedió generar las órdenes de importación por su parte tomando conocimiento recientemente que el fabricante Carestream por políticas internas había descontinuado la fabricación del bien mencionado sin contar con ninguna otra alternativa de modelo en stock o producción.

En vista de ello y con la premura del tiempo nuestra empresa THI Medical SAC pone esta información de su conocimiento solicitándole tenga a bien aceptar el cambio del referido producto por el de otro fabricante, incluso con mejores prestaciones técnicas especificaciones

que mantengan una alta vigencia tecnológica consecuencia de la imposibilidad de cumplir con lo ofrecido en nuestra oferta por causales de fuerza mayor y cuyo conocimiento no fuera advertido por la empresa a tiempo que le permitiera evitar el presente contratiempo. Solicitamos se nos otorgue la ampliación de plazo de entrega de 15 días por las consideraciones expuestas."

La referida Carta N° 896-2011/THI/CSSR fue presentada ante el Ministerio de Salud con fecha 11 de julio de 2011, la misma que no recibió respuesta de parte de la Entidad; en tal sentido el suscrito advierte que ante una falta de respuesta la aceptación tácita de la Entidad en la prórroga del plazo solicitada por el contratista.

En relación a ello, el artículo 175 del Reglamento de la Ley de Contrataciones establece que:

"Artículo 175.- Ampliación del plazo contractual

Procede la ampliación del plazo en los siguientes casos:

- 1. Cuando se aprueba el adicional, siempre y cuando afecte el plazo. En este caso, el contratista ampliará el plazo de las garantías que hubiere otorgado.*
- 2. Por atrasos o paralizaciones no imputables al contratista.*
- 3. Por atrasos o paralizaciones en el cumplimiento de la prestación del contratista por culpa de la Entidad; y,*
- 4. Por caso fortuito o fuerza mayor.*

Como se puede apreciar a falta de pronunciamiento de la Entidad sobre la solicitud de ampliación de plazo solicitada por el Consorcio, se tiene la aceptación del pedido.

Sin embargo y esta es la razón de la discrepancia con los respetables miembros del Tribunal arbitral, la referida Carta N° 896-2011/THI/CSSR mediante la cual se solicita y sustenta el pedido del demandante para obtener la ampliación de plazo solicitada, ha sido cuestionada por el demandado en sus argumentos de defensa en el presente proceso arbitral, que son los siguientes:



Voto en Discordia

Iván Casiano Lossio

- i) Un sello casi ilegible en el que se lee la fecha 11 de julio de 2011, recibido;
- ii) Carece de firma y hora de recepción a diferencia de otra carta donde si aparece un sello donde claramente se lee Ministerio de Salud Dirección Ejecutiva de Logística mesa de partes presentar el 11 de julio de 2011,
- iii) Cabe indicar que además la Entidad señala que la Oficina de Logística solicitó al contratista exhibir los cargos originales de la documentación presentada para poderse gatearlos e indagar debidamente sobre la presentación de la solicitud de la ampliación sin embargo la contratista no habría presentado dichos cargos.

Respecto de estos tres primeros cuestionamientos, cabe indicar que el mero cuestionamiento de los documentos no son suficientes para restar validez a la Carta N° 896-2011/THI/CSSR, más aún si esta no ha sido tachada.

No obstante ello, existe un argumento que lleva al suscrito a discrepar con los miembros del Tribunal Arbitral que emiten el Laudo en mayoría, esto es lo señalado por la entidad referido a que el sistema de trámite documentario donde se registran todos los documentos que ingresan formalmente no se encuentra el ingreso de la referida carta donde se solicita la ampliación de plazo.

Éste hecho probado con un reporte de trámite documentario, esto es con el MEMORANDUM N° 001-2014-SG-UTD-MINSA, en donde la funcionaria responsable de Plataforma de Atención de Trámite Documentario señaló que luego de realizar una búsqueda exhaustiva en el Sistema de Trámite Documentario y en los Archivos de esa Unidad no encontró el registro de ingreso de dicho documento, implica que el demandante no presentó la Carta N° 896-2011/THI/CSSR a través de la unidad correspondiente de la entidad pública, esto es trámite documentario.

Es preciso indicar que el referido MEMORANDUM N° 001-2014-SG-UTD-MINSA, fue presentado por el Demandado mediante un escrito de fecha 09 de febrero de 2015, dentro de la etapa de instrucción, no siendo dicho documento tachado por el demandante.

Voto en Discordia

Iván Casiano Lossío

En ese sentido un requisito indispensable para que sea válida una ampliación de plazo es que ésta se presente a la entidad, vale decir, que se presente mediante las vías establecidas por la entidad para ello, esto es a través de la unidad de trámite documentario, lo cual para el suscrito no ha ocurrido con la Carta N° 896-2011/THI/CSSR, por lo que la solicitud de ampliación de plazo por el transcurso del tiempo, en aplicación del artículo 175 del reglamento, no puede ser amparada.

Por ende, la posición del suscrito es declarar INFUNDADO el primer punto controvertido derivado de la primera pretensión principal de la demanda; en tal sentido, no puede declararse la nulidad de la penalidad ascendente a S/. 298,933.33 (doscientos noventa y ocho mil novecientos treinta y tres y 33/100 Nuevos Soles), debiéndose indicar que THI MEDICAL SAC es pasible de penalidad por no haber cumplido con sus prestaciones contractuales en el plazo establecido.

Estando lo expuesto, no se puede ratificar la procedencia de la solicitud ampliación de plazo, la misma que ha sido ampliamente analizada en el presente punto controvertido, siendo la posición del suscrito declarar INFUNDADO el segundo punto controvertido derivado de la segunda pretensión principal de la demanda; en tal sentido, no es posible amparar la procedencia de la solicitud de ampliación de plazo indicada por THI MEDICAL SAC.

TERCER y CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO

"Determinar si corresponde o no declarar que la demora en la culminación del contrato no es responsabilidad de THI MEDICAL SAC sino del Ministerio de Salud."

"Determinar si corresponde declarar o no que el contrato ha culminado y se ordene al Ministerio de Salud que entregue a THI MEDICAL SAC la conformidad del servicio y/o Constancia de Prestación de Servicios."

Posición de THI Medical SAC

De la Tercera Pretensión Principal

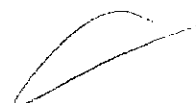


Voto en Discordia

Iván Casiano Lossio

El contratista señala los siguientes hechos posteriores a la entrega del equipo en agosto de 2011:

- Con fecha 27 de enero de 2012 mediante Carta N° 005-2012-THI el demandante señala que comunicó al MINSA su preocupación por la demora en la instalación del sistema debido a la falta de los requisitos de pre-instalación, careciendo del 'networking' y la responsabilidad que asumía por mantener los bienes en custodia.
- Con fecha 21 de marzo de 2012 mediante Carta 029-2012-THI THI MEDICAL S.A.C. señala que comunicó al MINSA la imposibilidad de seguir manteniendo en custodia los bienes adquiridos correspondientes al ítem 70 de la Exoneración N° 003-2011-MINSA, en sus almacenes
- Con fecha 21 de marzo de 2012, mediante Carta N° 035-2012-THI THI MEDICAL S.A.C. solicitó fecha de implementación del sistema PACS/RIS, en dicha carta señala que además deja constancia de la falta de cumplimiento de los requisitos de pre instalación del sistema.
- Con fecha 19 de diciembre de 2012 y mediante Carta 239-2012/THI-VTA/CSS THI MEDICAL S.A.C. señala que solicitó al MINSA determine una fecha para la culminación de la relación contractual y que se reduzca el monto de la Carta Fianza a S/ 50,000.00 (Cincuenta mil y 00/100 Nuevos Soles.
- Con Carta 1966-2013/THI/ESS de fecha 25 de marzo de 2013 THI MEDICAL S.A.C. señala que solicitó al MINSA la suscripción de una nueva adenda mediante la cual se reduzca el monto de la Carta Fianza toda vez que THI Medical SAC había cumplido con todas sus obligaciones, siendo que se vio imposibilitados de culminar con la Instalación, Capacitación y Mantenimiento por causas imputables al MINSA.
- Con fecha 09 de enero de 2014 mediante Cartas N° 002-2014-THI y 003-2014-THI, THI MEDICAL S.A.C. señala que solicitó al DGIEM y al MINSA respectivamente la conformidad de servicio, habiendo cumplido con las capacitaciones y pruebas correspondientes.



Voto en Discordia

Iván Casiano Lossio

- Mediante Oficio N° 186-2014-OL-OGA/MINSA de fecha 10 de febrero de 2014, el Contratista señala que la DGIEM solicitó la presentación de un cronograma de actividades para la capacitación correspondiente a los equipos suministrados para así poder culminar con la recepción del Sistema de archivo de imágenes RIS-PACS.
- Con fecha 18 de febrero de 2014, THI MEDICAL S.A.C. señala se firmaron las Actas de Prueba Operativa y Conformidad del Equipo y de Instalación y Funcionamiento del Sistema de Archivo de comunicaciones de imágenes RIS/PACS.

De ese modo, THI MEDICAL S.A.C. señala que estos hechos evidencian que hubo un retraso en la culminación del contrato y que el mismo no le resulta imputable. La demandante señala que estos hechos demuestran que ha sido responsabilidad del MINSA, su contratante, que no ha haya sido posible culminar la instalación y capacitación del personal dentro del plazo contractual.

En tal sentido, THI MEDICAL S.A.C. señala que solicita que se declare que la demora en la culminación del contrato no es responsabilidad de THI MEDICAL sino DEL MINSA.

De la Cuarta Pretensión Principal

THI MEDICAL S.A.C. señala que con fecha 18 de febrero de 2014 se firmaron las Actas de Prueba Operativa y Conformidad del Equipo y de Instalación y Funcionamiento del Sistema de Archivo de comunicaciones de imágenes RIS/PACS. Al respecto, THI MEDICAL S.A.C. señala que del marco legal aplicable, claramente establece que luego de otorgada la conformidad, corresponde que se declare la culminación del contrato y que se emita la constancia de conformidad.

En tal sentido, THI MEDICAL S.A.C. señala que en aplicación de la normativa antes citada corresponde que se declare fundada la pretensión.

Posición del Ministerio de Salud

En relación al tercer y cuarto punto controvertido la entidad precisa que no se ha aplicado la penalidad al contratista por haber demorado la culminación del contrato,

Voto en Discordia

Iván Casiano Lossio

sino por haber demorado la entrega en forma íntegra del bien contratado en el plazo estipulado su propuesta técnica, conforme explica dicha parte su contestación.

Asimismo la entidad señala que el contrato culminó con el informe culminación de contrato mediante memorando N° 1862-2014-OL-OGA/MINSA de fecha 16 de junio de 2014, el informe liquidación N° 647-2014-UA-OL-OGA/MINSA de fecha 26 de mayo de 2014. Asimismo señala la entidad que ha emitido la constancia de prestación N° 254-2014 de fecha 20 de junio de 2014, la misma que habría sido entregada al contratista con fecha 26 de junio de 2014.

Posición del Suscrito

El suscrito considera conveniente analizar el tercer y cuarto puntos controvertidos conjuntamente debido que los mismos guardan una relación intrínseca en el análisis a realizar por el suscrito.

En el análisis del presente punto controvertido, el Tribunal Arbitral debe determinar en primer lugar si corresponde o no declarar que la demora en la culminación del contrato no es responsabilidad de THI MEDICAL SAC sino del Ministerio de Salud. En segunda instancia este colegiado debe determinar si corresponde declarar o no que el contrato ha culminado y se ordene al Ministerio de Salud que entregue a THI MEDICAL SAC la conformidad del servicio y/o Constancia de Prestación de Servicios.

Es preciso indicar que la Entidad en su escrito de contestación señala que no se ha aplicado la penalidad al contratista por haber demorado la culminación del contrato, sino por la demora en la entrega del bien contratado, lo cual a entender del suscrito afecta la culminación del contrato.

Al haber indicado el suscrito en el desarrollo del primer y segundo punto controvertido, que si correspondía la aplicación de la penalidad impuesta por la Entidad; en tal sentido habiendo demora en la entrega del bien contratado por parte de la contratista, se establece la responsabilidad de la demandante en la demora de la culminación del referido contrato.

Cabe señalar que conforme se ha desarrollado en el Laudo emitido en mayoría en el presente proceso arbitral también existió una demora por parte del Ministerio de

Voto en Discordia

Iván Casiano Lossío

Salud, hecho con el que concuerdo plenamente, y sobre el cual no discrepo con mis coarbitros y que además se encuentra fehacientemente demostrado.

La discrepancia en el presente punto se refiere a si es correcto lo señalado por el Contratista referido a que no tuvo responsabilidad en la demora en la culminación del contrato, la cual si la tuvo en efecto, y se dio producto de la demora en la entrega del bien contratado, que trae como consecuencia la demora en la culminación del contrato.

Por lo expuesto, el suscrito declara INFUNDADO el tercer punto controvertido, derivado de la tercera pretensión de la demanda; en consecuencia, declárese que la demora en la culminación del contrato fue de responsabilidad de THI MEDICAL SAC y del Ministerio de Salud.

Asimismo, el MINSA emitió la conformidad de la prestación mediante la constancia prestación N° 254-2014 señalando la existencia penalidad por el monto de S/. 298,933.33 (doscientos noventa y ocho mil novecientos treinta y tres y 33/100 Nuevos Soles).

Al respecto, el suscrito considera necesario remitirse a lo desarrollado en el análisis del primer y segundo puntos controvertidos en el cual se estableció que si le correspondía la aplicación de la penalidad, por lo que no se puede evitar señalar la existencia de la penalidad.

Por lo expuesto, el suscrito declara FUNDADO en parte el cuarto punto controvertido, derivado de la cuarta pretensión de la demanda; en tal sentido, declárese que ha culminado el Contrato e INFUNDADO en lo que se refiere a ordenar al Ministerio de Salud que entregue a THI MEDICAL SAC la conformidad del servicio y/o Constancia de Prestación de Servicios.

2.2 QUINTO Y SEXTO PUNTO CONTROVERTIDO

"Determinar si corresponde o no dejar sin efecto la indebida ejecución de las cartas fianzas N° D193-139996 y N° D193-1413328 por un monto de S/. 336,330.00 (Trescientos treinta y seis mil trescientos treinta con 00/100 Nuevos Soles) cada una de ellas, y de ser el caso ordenar la restitución de las mismas."

Voto en Discordia

Iván Casiano Lossío

"Determinar si corresponde ordenar o no que el Ministerio de Salud reembolse a THI MEDICAL SAC los gastos de renovación de las cartas fianzas."

Posición de THI Medical SAC

De la Quinta Pretensión Principal

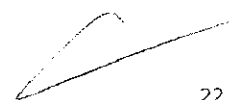
THI MEDICAL S.A.C. señala que el Banco de Crédito del Perú le informó que el MINSa estaba solicitando la ejecución de las cartas fianza; al respecto, con carta remitida el 03 de junio de 2014, la demandante señala que solicitó al MINSa que remita al Banco de Crédito, una carta de desistimiento de ejecución de carta fianza. Por otro lado, el contratista señala que mediante Oficio N° 1049-2014-OL-OGA/MINSa de fecha 11 de junio de 2014, el MINSa comunica que no es procedente su solicitud efectuada mediante carta s/n de fecha 03 de junio de 2014. Posteriormente, THI Medical SAC señala que mediante Oficio N° 1080-2014-OL-OGA/MINSa de fecha 16 de junio de 2014 el MINSa reitera la procedencia de la aplicación de la Penalidad por Mora.

THI MEDICAL S.A.C. señala que los hechos descritos demostrarían que existe la intención arbitraria por parte del MINSa de ejecutar las fianzas, sin contar con sustento fáctico ni legal para ello. Según la contratista eso se evidencia en el Oficio N° 1049-2014-OL-OGA/MINSa de fecha 11 de junio de 2014, en donde el MINSa señala "(...)...que no es procedente la solicitud según carta s/n de fecha 03/06/2014 por parte de su representada...".

Por otro lado, THI MEDICAL S.A.C. señala que ha quedado acreditado que no es procedente la aplicación de penalidades en su contra por lo que señala no correspondería ejecutar las cartas fianzas.

De la Sexta Pretensión Principal

THI MEDICAL S.A.C. señala que ha venido renovando la carta fianza de fiel cumplimiento hasta la fecha, cuando el plazo del contrato no era más de 60 días.



Al respecto, el contratista señala que la demora en la culminación del contrato se debió a responsabilidad de la Entidad. THI MEDICAL S.A.C. señala que corresponde que la Entidad reembolse todos los gastos de renovación de la carta fianza, pues ha sido su responsabilidad mantenerla en vigencia. Asimismo, THI MEDICAL S.A.C. señala que el MINSA que reembolse la renovación de la garantía sin obtener respuesta.

Del mismo modo, la contratista señala que conforme el artículo 158° del Reglamento, la garantía debe estar vigente hasta la conformidad de la recepción de la prestación, lo cual ocurrió en el 2011, por lo que según el contratista, la Entidad debe reconocer todos los gastos de renovación desde el vencimiento de la primera renovación hasta la fecha efectiva de devolución de la carta fianza.

Posición del Ministerio de Salud

Respecto de la quinta y sexta pretensión principal la Entidad señala que las cartas fianzas indicadas no corresponden a las emitidas respecto el presente contrato, señala la entidad además que mediante oficio N° 650-2013-OL-OGA-/MINSA de fecha 14 de abril de 2014, la entidad solicitó al Banco de Crédito la ejecución de la Carta Fianza D-193-1394168 vencidas el 31 de marzo de 2014, por no haber sido renovada. Asimismo la Entidad señala que con fecha 6 de abril de 2014 el Banco de Crédito emite la carta fianza D-193-1400328 vigente al 18 de mayo de 2014, señalando que reemplaza y anula la carta fianza D-193-1394168 la misma que fue ampliada hasta el 22 de junio de 2014. La Entidad señala que mediante Oficio N° 855-2014-OL-OGA/MINSA, se solicitó al contratista el depósito de S/. 298.933.33 por concepto de penalidad por mora para lo cual se otorgó dos días calendario de plazo, al respecto la Entidad señaló que en caso no se realizara el depósito se procedería con la ejecución de la carta fianza D-193-1400328 de fiel cumplimiento vigente a la fecha del requerimiento.

Asimismo la Entidad señala que conforme a lo dispuesto en el artículo 165 del reglamento de la ley de contrataciones, la penalidad será deducida de los pagos a cuenta, del pago final o en la liquidación final, incluso si fuese necesario se cobrará del monto resultante de la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento o por el monto diferencial de la propuesta.



Voto en Discordia

Iván Casiano Lossio

Asimismo señala la Entidad que mediante Oficio N° 979-2014-OL-OGA/MINSA de fecha 30 de mayo de 2014, se requirió al Banco de Crédito la ejecución de la carta fianza D-193-1400328, lo que se efectuó conforme se evidencia con la carta emitida por el Banco de Crédito con fecha 18 de junio de 2014 y copia del cheque de gerencia emitido a la orden del Ministerio de Salud con fecha 7 de junio de 2014; del mismo modo la entidad señala que mediante oficio Oficio N° 1050-2014-OL-OGA/MINSA se solicitó el desistimiento de la ejecución de la carta fianza D-193-1394168 ante el Banco de Crédito del Perú.

Por otro lado respecto del pedido de reembolso de los gastos incurridos en las renovaciones de la carta fianza la Entidad señala que se debe tener presente que el contratista entregó la carta fianza D-193-1394168 debido a que la carta fianza D-193-01248723 no fue renovada; en tal sentido, la Entidad señala que el contratista no renovó la garantía por fiel cumplimiento del periodo del 1 de marzo de 2013 al 23 de marzo de 2014, es decir, no se renovó por 387 días; en tal sentido la Entidad solicita se declare infundadas las pretensiones demandadas por el contratista.

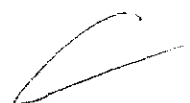
Posición del suscrito

Este colegiado considera conveniente analizar el quinto y sexto punto controvertido conjuntamente debido que los mismos guardan una relación intrínseca en el análisis a realizar por el Tribunal Arbitral.

En el análisis del presente punto controvertido, el Tribunal Arbitral debe determinar si corresponde o no dejar sin efecto la indebida ejecución de las cartas fianzas N° D193-139996 y N° D193-1413328 por un monto de S/. 336,330.00 (Trescientos treinta y seis mil trescientos treinta con 00/100 Nuevos Soles) cada una de ellas, y de ser el caso ordenar la restitución de las mismas.

Determinar si corresponde ordenar o no que el Ministerio de Salud reembolse a THI MEDICAL SAC los gastos de renovación de las cartas fianzas.

Respecto de las cartas fianzas el contratista, mediante escrito de fecha 9 de enero de 2015 adjuntó una carta remitida por el Banco de Crédito del Perú en el que se precisa el detalle de la carta fianza y el código interno de visado por la referida entidad bancaria, al respecto dicha comunicación señala lo siguiente:



"Por medio de la presente queremos informarle lo siguiente:

- 1. Los números D193-139996 y D193-1413328 no son los que aparecen las cartas fianzas emitidas a su solicitud, cada uno estos son un código interno que se generó a raíz de la ejecución de las cartas fianzas D-193-1394168 y D-193-1400328.*
- 2. El número D193-139996 corresponde a la carta fianza D-193-1394168 la misma que garantizaba a THI MEDICAL SAC frente del Ministerio de Salud-hasta por la suma de S/. 336,330.00 y el respaldo de la conformidad entre la culminación del contrato por la exoneración N° 003-2011-MINSA-ITEM 70, esta garantía vencía el 31 de marzo de 2014.*
- 3. Por su parte el número D193-1413328 corresponde a la carta fianza D-193-1400328 la cual reemplazó y anuló la carta fianza, D-193-1394168; en tal sentido, aquélla mantuvo las mismas características de esta última a excepción del plazo de vigencia, el mismo que vencía el 18 de mayo de 2014. La Carta fianza D-193-1400328 fue renovada en los mismos términos y condiciones hasta el 22 de julio de 2014."*

Ahora, si bien es cierto la pretensión solicita se deje sin efecto la indebida ejecución de las cartas fianzas N° D193-139996 y N° D193-1413328, conforme se ha podido advertir según lo indicado y corroborado por la comunicación emitida por el Banco de Crédito del Perú, dichos números corresponden a un código interno generado a raíz de la ejecución de ambas garantías, en tal sentido, el número D193-139996 corresponde a la carta fianza D-193-1394168, y el número D193-1413328 corresponde a la carta fianza D-193-1400328.

Teniendo en cuenta lo antes indicado, el suscrito considera conveniente analizar si la ejecución de la carta fianza fue válida o no. Como se puede advertir de los medios probatorios que obran en el expediente, queda claro que la Carta Fianza D-193-1400328 reemplazó y anuló la Carta Fianza N° D-193-1394168, y que la Entidad solicitó la ejecución de la Carta Fianza N° D-193-1400328; al respecto, mediante oficio N° 650-2013-OL-OGA-/MINSA de fecha 14 de abril de 2014, la Entidad solicitó al Banco de Crédito la ejecución de la Carta Fianza D-193-1394168 que vencía el 31 de marzo de 2014; sin embargo, mediante Oficio N° 1050-2014-

Voto en Discordia

Iván Casiano Lossio

OL-OGA/MINSA la Entidad solicitó el desistimiento de la ejecución de la carta fianza D-193-1394168 ante el Banco de Crédito del Perú.

En tal sentido, el suscrito advierte el desistimiento en ejecución la carta fianza por parte de la Entidad; sin perjuicio, de ello de los medios probatorios aportados tanto por la demandante como por la demandada se advierte que el Banco de Crédito, al solicitar la Entidad la ejecución de la carta fianza D-193-1394168, se emitió el Cheque Gerencia N° 08539136 de fecha 7 de junio de 2014, por su parte se verifica que el Oficio N° 1050-2014-OL-OGA/MINSA fue notificado el 11 de junio de 2014, es decir cuando ya se había procedido a ejecutar la referida carta fianza.

La Entidad Bancaria informó a la demandante que el Ministerio de Salud solicitó la ejecución de la carta fianza D-193-1400328.

En este punto la discrepancia con el voto en mayoría realizado por mis coarbitros, radica en que si se debió ejecutar las cartas fianzas por la penalidad impuesta, la cual a consideración del suscrito es correcto imponerla al no existir ampliación de plazo válida que permita entregar el bien en forma tardía o extemporánea.

Por lo tanto, estando primero a que si se debió ejecutar la carta fianza por la penalidad impuesta, la misma que resulta válida conforme se estableció en los puntos controvertidos analizados precedentemente.

Ahora bien, el suscrito advierte de la carta de fecha 25 de septiembre de 2014, emitida por el Banco de Crédito del Perú, que únicamente la carta fianza D-193-1400328 fue pagada mediante cheque con fecha 18 de junio de 2014 por el monto S/. 336,330.00.

Por lo expuesto, el suscrito considera conveniente declarar FUNDADO EN PARTE el quinto punto controvertido, derivado de la quinta pretensión de la demanda; en tal sentido, déjese sin efecto la indebida ejecución de la carta fianza D-193-1394168 (derivado del código D-193-139996) e INFUNDADO lo referido a la carta fianza D-193-1400328 (derivado del código D-193-1413328).

Ahora bien, concuerdo con mis coarbitros en cuanto al Sexto punto controvertido, referido a si corresponde ordenar o no que el Ministerio de Salud reembolse a THI MEDICAL SAC los gastos de renovación de las cartas fianzas. Al respecto, queda

Voto en Discordia

Iván Casiano Lossio

claro que efectivamente el contratista tuvo que renovar las cartas fianzas por la demora en la culminación del contrato, sin embargo, este Colegiado advierte que la normativa vigente establece que la contratista debe mantener la vigencia la carta fianza hasta la culminación del contrato.

Como se puede apreciar este cargo de la contratista la renovación de la carta fianza de manera irrestricta hasta la culminación del contrato, pues ello significa un cargo establecido en el contrato; en tal sentido, si bien es cierto existe una demora en la culminación del contrato, dicha demora no importa para el mantenimiento de la carta fianza pues esta última sirve para garantizar el cumplimiento de la prestación del contratista.

Por lo expuesto, el suscrito declara INFUNDADO el sexto punto controvertido derivado de la sexta pretensión principal; consecuentemente, no corresponde ordenar al Ministerio de Salud que se reembolse el contratista los gastos de renovación de las cartas fianzas.

2.3 SÉPTIMO PUNTO CONTROVERTIDO

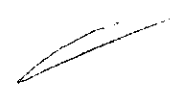
"Determinar si corresponde ordenar o no que el Ministerio de Salud pague a favor de THI MEDICAL SAC los gastos incurridos por el excesivo periodo de almacenaje de los bienes materia del contrato y que se han cuantificado en la suma de S/. 285,737.40 (doscientos ochenta y cinco mil setecientos treinta y siete con 40/100 Nuevos Soles)."

En el presente punto controvertido concuerdo con mis coarbitros; conforme se indica a continuación.

Posición de THI Medical SAC

De la Séptima Pretensión Principal

THI MEDICAL S.A.C. señala que con fecha 08 de setiembre de 2011, se firmó el Acta de Custodia en la que se dejó constancia que THI MEDICAL mantendría en su almacén los equipos debido al retraso de MINSA en la recepción de los mismos.



Voto en Discordia

Iván Casiano Lossio

Asimismo, señala la demandante que con fecha 21 de marzo de 2012, mediante Carta 029-2012-THI THI MEDICAL S.A.C. comunica al MINSa la imposibilidad de seguir manteniendo en custodia los bienes adquiridos correspondientes al ítem N° 70 de la Exoneración N° 003-2011-MINSa, en sus almacenes. Según la demandante estos documentos demuestran que si bien, en un primer momento aceptaron mantener en custodia los equipos, ante la excesiva demora, les remitieron una comunicación en la que indicaron que no era posible continuar con dicha custodia, por generar un sobre costo que no estaba previsto en el contrato.

Asimismo, el demandante señala que el MINSa se negó a atender su reclamo, por lo que se vio obligada a mantener la custodia de estos equipos. En tal sentido, la demandante señala que el monto demandado en esta pretensión es considerando el costo promedio de almacenaje, que de no reconocerse el mismo señala el Contratista que el MINSa se estaría beneficiando indebidamente, pues se vería liberado de reconocer el costo que significa mantener la custodia de los equipos, ocupando un espacio físico, siendo resguardado además bajo responsabilidad de THI MEDICAL.

Posición del Ministerio de Salud

La entidad señala que mediante acta de verificación de fecha 8 de agosto de 2011, se procedió con la verificación física de la entrega del bien contratado que efectuó la contratista en el almacén central del Ministerio de Salud, sin embargo señala la entidad que mediante acta de custodia de fecha 8 de septiembre de 2011, el jefe de almacén N° 05 y la gerente general del contratista dejan constancia de que el bien contratado se encuentra en calidad de custodia en los almacenes del contratista.

Al respecto es pertinente señalar que con fecha 11 de octubre de 2011 la Entidad y el contratista suscribieron la adenda del contrato N° 256-2011-MINSa donde se acordó en la cláusula quinta que el contratista acepta en calidad de depósito los bienes del ítem N° 70 sistema de archivo de comunicaciones de imágenes sin costo alguno para el Ministerio de Salud.

En tal sentido, el contratista, señala la Entidad, aceptó mantener en depósito el bien contratado sin costo alguno para la Entidad y hasta la suscripción del acta de conformidad de instalación y funcionamiento que se realizó el 18 de febrero de

Voto en Discordia

Iván Casiano Lossio

2014, por lo que no corresponde la Entidad pagar suma de dinero alguna por concepto de almacenaje. En tal sentido la entidad solicita declarar infundada la pretensión presentada por el contratista en su demanda.

Posición del suscrito

En este punto concuerdo con mis coarbitros, por lo que este colegiado debe determinar si corresponde ordenar o no que el Ministerio de Salud pague a favor de THI MEDICAL SAC los gastos incurridos por el excesivo periodo de almacenaje de los bienes materia del contrato y que se han cuantificado en la suma de S/. 285,737.40 (Doscientos ochenta y cinco mil setecientos treinta y siete con 40/100 Nuevos Soles).

Con fecha 11 de octubre de 2011, ambas partes suscribieron la primera adenda del contrato N° 256-2011-MINSA, la cláusula quinta de la referida adenda sobre el depósito señala expresamente lo siguiente:

"El contratista al amparo de lo establecido en el artículo 1814 y siguientes del código civil vigente, en calidad de depósito los bienes del ítem 70-sistema de archivo de comunicaciones de imágenes RIS/PACS de la exoneración N° 0003-2011/MINSA, sin costo alguno para el Ministerio, comprometiéndose el contratista contratar los seguros de riesgos para los bienes materia del contrato.

(...)

El plazo máximo para la custodia de los bienes en el almacén destinado por el contratista es hasta que se efectúe la suscripción del acta de recepción de conformidad y otra instalación y funcionamiento."

Como se puede advertir, de la adenda del contrato N° 256-2011-MINSA suscrita con fecha 11 de octubre de 2011, ambas partes acordaron el depósito y custodia de los bienes derivados del contrato SIN COSTO ALGUNO, hasta que se efectúe la suscripción del acta de recepción de conformidad. Queda claro que la custodia sería en los almacenes del contratista sin costo favorable a este que deba asumir el MINSA, conforme establecieron voluntariamente las partes.



Voto en Discordia

Iván Casiano Lossio

Por su parte el contratista señala que en el acta de custodia de 8 de septiembre de 2011, se estableció que los bienes estarían en sus almacenes por dos meses, por lo que los bienes debieron ser retirados el 9 de noviembre de 2011, lo cual no ocurrió. De lo expuesto este punto, este Colegiado advierte que en la adenda suscrita, se estableció que el depósito de los bienes sería sin costo alguno, siendo que dicha adenda se suscribió con fecha posterior al Acta de Custodia ALM.DGIEM N° 232-2011.

En tal sentido, este colegiado advierte que de mutuo acuerdo las partes establecieron que los bienes serían custodiados en los almacenes de la contratista sin costo alguno para el Ministerio; por lo tanto respetando la adenda al contrato suscrito, este colegiado Considera no amparar la pretensión del contratista.

Por lo expuesto el suscrito concuerda con los coarbitros y declara **INFUNDADO** el séptimo punto controvertido derivado de la séptima pretensión de la demanda; en consecuencia, no corresponde ordenar que el Ministerio de Salud pague a favor de THI MEDICAL SAC los gastos incurridos por el periodo de almacenaje de los bienes materia del contrato.

2.4 OCTAVO PUNTO CONTROVERTIDO

"Determinar si corresponde ordenar o no al Ministerio de Salud el pago de una indemnización por la suma de S/. 500,000.00 (Quinientos mil con 00/100 Nuevos Soles) por concepto de daños y perjuicios."

En el presente punto controvertido concuerdo con mis coarbitros; conforme se indica a continuación.

Posición de THI Medical SAC

De la Octava Pretensión Principal

THI MEDICAL S.A.C. señala que ha sido el proceder del MINSA lo que afectó la ejecución del contrato, generando sobrecostos y obligándonos a mantener vigentes cartas fianzas, asumiendo gastos de almacenamiento de equipos y distrayendo recursos logísticos y de personal. Asimismo, el contratista señala que si el contrato

Voto en Discordia

Iván Casiano Lossio

se hubiese ejecutado en los plazos regulares, incluyendo la instalación y capacitación, el contratista habría terminado dentro de los plazos establecidos.

Asimismo, al vernos obligados a mantener vigentes las cartas fianzas, vemos comprometidas líneas de crédito que bien podríamos disponer para otros contratos, esto es, nos hemos visto perjudicados por la falta de disposición de nuestros fondos en el sistema financiero.

En tal sentido, el contratista señala que se le ha generado un grave perjuicio económico que no se va a remediar con la declaración de nulidad de la penalidad o la restitución de los gastos de renovación de la carta fianza, razón por la cual solicita se les indemnice con la suma de S/. 500,000 nuevos soles por concepto de daño emergente y lucro cesante.

THI MEDICAL S.A.C. señala que se está frente a una conducta antijurídica del MINSAL, pues el MINSAL no debió imputarle penalidades, ni debió obligarlos a mantener vigentes las cartas fianzas, ni demorar en disponer la culminación del servicio, y menos requerir al Banco de Crédito que ejecute las cartas fianzas.

Esta conducta antijurídica señala el contratista les ha causado un daño, viendo sus líneas de crédito afectadas. La demandante señala además que la indemnización no busca obtener un beneficio indebido ni lucrar con la presente controversia, lo que pretendemos es que se restituya el equilibrio contractual y se les indemnice con el monto equivalente a todos los gastos que nos ha causado la conducta arbitraria e ilegal del MINSAL.

Posición del Ministerio de Salud

La entidad señala que no ha tenido conducta antijurídica alguna durante la ejecución del contrato materia elipsis o cuatro aplico la penalidad por mora debidamente conforme lo establece el artículo 165 del reglamento de la ley de contrataciones y el bien contratado se mantuvo en depósito en los almacenes destinados por el contratista por expresa aceptación de esta hasta la suscripción del acta de conformidad de instalación y funcionamiento que se realizó el 18 de febrero de 2014, en virtud de los acuerdos adoptados en la agenda suscrita el 11 de octubre de 2011, así mismo la entidad señala que el contratista tuvo conocimiento que la entrega física de dicho bien no podía producirse por la demora en la

Voto en Discordia

Iván Casiano Lossio

culminación de las obras de construcción del nuevo Instituto nacional de salud del niño.

En tal sentido la entidad señala que la contratista debe acreditar con probatorios suficientes los daños irrogados señalando que no existe medio probatorio alguno que corroboren los daños que se alega, lo que tampoco permiten el tribunal establezca algún monto indemnizatorio en aplicación del artículo 1332 del código civil, por lo que de acuerdo a la entidad corresponde declarar infundada dicha pretensión.

Posición del suscrito

En el presente punto controvertido corresponde determinar si se debe reconocer la suma de S/. 500,000.00 (Quinientos mil con 00/100 Nuevos Soles) por concepto por daños y perjuicios por parte del MINSA, a favor de la empresa THI Medical SAC

El análisis de los puntos controvertidos precedentes ha establecido que no correspondía la aplicación de la penalidad interpuesta, en vista de que no existió retraso en la entrega de los bienes contratados.

De esta forma tenemos que en su escrito de demanda, THI Medical SAC indica que se le habría ocasionado daños y perjuicios, sin embargo, de la revisión de la documentación que obra como medios probatorios del escrito de demanda, se aprecia que la Contratista no ha indicado de forma expresa en qué consistiría el daño causado por parte de la Entidad. ¿Cuál es la importancia de precisar este supuesto daño causado?, pues el Tribunal Arbitral considera que no es suficiente con indicar que la Entidad habría producido un daño. Es necesario que la Contratista hubiese precisado cómo se materializaba este daño mencionado, ello es importante para conocer la forma y el criterio usado para llevar a cabo el cálculo de la indemnización que se está solicitando.

La responsabilidad contractual, como instrumento para el desplazamiento del patrimonio de un sujeto hacia otro al verificarse un hecho dañoso, requiere del cumplimiento de tres presupuestos; a saber: (i) que la conducta califique como antijurídica, (ii) que el daño sea imputable, y (iii) que las consecuencias de los hechos generen daño.

En este sentido, Jordana Fraga⁴ señala que:

"(...) (dentro de) la responsabilidad contractual, es tradicional efectuar, a los efectos de su estudio, la siguiente tripartición: a) los supuestos del incumplimiento (...) b) Las reglas o el juicio de responsabilidad, a lo que también se llama (...) imputación del incumplimiento (...), se establece si la infracción del deudor (...) es o no susceptible de originar consecuencias (y) c) Las consecuencias del incumplimiento (calificado en virtud del juicio de responsabilidad como idóneo a generarlas, es decir, "imputable") (...)."

Así, los elementos que conforman la responsabilidad contractual son: (i) la existencia de un comportamiento dañoso o acto ilícito propiciado mediante un acto de imputación personal denominado culpabilidad (o dolo); (ii) la producción efectiva de un daño; y (iii) la posibilidad de establecer una relación causal adecuada entre el hecho dañoso y el daño causado.

Respecto al primer elemento, es decir, si existe un comportamiento dañoso o acto ilícito propiciado mediante un acto de imputación personal denominado culpabilidad por parte de la Entidad; el comportamiento dañoso invocado por la empresa THI Medical SAC, sería el retraso en la ejecución del contrato, generando esto, mayores costos innecesarios para ella.

Que, sin embargo, respecto a la producción efectiva del daño causado con esta falta de diligencia, el Contratista no ha señalado en su escrito de demanda, en la documentación alcanzada, ni en la Audiencia de Informes Orales, qué clase de daño real sufrió como consecuencia de la aparente falta de diligencia de la Entidad al momento de cumplir con sus obligaciones del Contrato.

Asimismo, de la revisión de la documentación presentada por el Contratista, no se aprecia el cálculo llevado a cabo, que arrojaría la suma de S/. 500,000.00 (Quinientos mil con 00/100 Nuevos Soles) como monto de indemnización, ello se debe, a que el daño invocado no ha sido debidamente acreditado por THI Medical

⁴ JORDANO FRAGA, Francisco. "La Responsabilidad Contractual". Editorial Civitas. Madrid, 1987. pág. 35-36.



Voto en Discordia

Iván Casiano Lossio

SAC. En vista de ello, no es posible que se le reconozca monto alguno por indemnización por daños y perjuicios a la empresa THI Medical SAC

En consecuencia, concuerdo con mis coarbitros y corresponde que el Tribunal Arbitral declare INFUNDADO el octavo punto controvertido derivado de la octava pretensión de la demanda, por las razones expuestas en los párrafos precedentes.

2.5 OCTAVO PUNTO CONTROVERTIDO

"Determinar a quién le corresponde el pago de las costas y costos derivados del presente arbitraje."

En el presente punto controvertido concuerdo con mis coarbitros; conforme se indica a continuación.

Posición de THI Medical SAC

La demandante señala que ha quedado demostrado que el MINSA le ha ocasionado un grave perjuicio, por lo que solicita que se disponga que la emplazada asuma los gastos que genere el presente proceso arbitral, incluidos los gastos de defensa.

Posición del Ministerio de Salud

La Entidad fundamenta su posición de acuerdo al sustento efectuado en las alegaciones que esboza para la contestación de las pretensiones antes descritas indicando que aplicó correctamente la penalidad por mora por lo que corresponde que el contratista asuma todos los costos procesales.

Posición del Tribunal Arbitral:

El numeral 1) del artículo 72° del Decreto Legislativo N° 1071 dispone que los árbitros se pronunciarán en el laudo arbitral sobre los costos indicados en el artículo 70° del citado cuerpo legal. Asimismo, el numeral 1) del artículo 73° señala que los árbitros deben tener presente, de ser el caso, lo pactado en el convenio arbitral; además, tal norma legal establece que si el convenio arbitral no contiene pacto alguno sobre los gastos, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida; sin embargo, los árbitros podrán distribuir y prorratar estos costos, entre las

Voto en Discordia

Iván Casiano Lossio

partes, si estiman que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

En el presente caso no se ha establecido pacto alguno acerca de los costos y costas del arbitraje. Atendiendo a esta situación, corresponde que el Tribunal Arbitral se pronuncie sobre este tema de manera discrecional y apelando a su debida prudencia.

Considerando el resultado del arbitraje, desde el punto de vista del Tribunal Arbitral, de que ambas partes tuvieron motivos suficientes y atendibles para litigar precisando cada una las razones por las cuales consideraban amparables sus argumentos y razones, habida cuenta de que debían defender sus pretensiones en la vía arbitral, atendiendo al buen comportamiento procesal de las partes y a la incertidumbre jurídica que existía entre ellas, corresponde disponer que cada de una de las partes asuma los costos del presente arbitraje; en consecuencia, cada parte debe asumir el pago de la mitad de los gastos arbitrales decretados en este arbitraje (entiéndase los honorarios del Tribunal Arbitral y de la Secretaría Arbitral); así como los costos y costas en que incurrieron o debieron de incurrir como consecuencia del presente arbitraje.

En relación a ello, cabe precisar que producto de las pretensiones planteadas por la empresa THI Medical SAC, se tiene que conforme a los numerales 40) y 41) del Acta de Instalación del Tribunal Arbitral de fecha 22 de julio de 2014, se fijaron los honorarios arbitrales netos para cada uno de los Árbitros, en la suma de S/. 15,000.00 (Quince mil con 00/100 nuevos soles), y como honorarios netos de la Secretaría Ad Hoc, que incluía los gastos procedimentales, la suma de S/. 9,000.00 (Nueve mil con 00/100 nuevos soles). Ello implica que los gastos arbitrales derivados del Acta de Instalación hicieron un total de S/. 54,000.00 (Cincuenta y cuatro Mil con 00/100 Nuevos Soles).

Ahora bien, los honorarios arbitrales fueron los siguientes:

| LIQUIDACIÓN | MONTO | PAGO |
|---------------------|---|----------------------------------|
| Acta de Instalación | S/. 15,000.00 para cada uno de los árbitros | Pago asumido por THI MEDICAL SAC |

Voto en Discordia

Iván Casiano Lossio

| | | |
|----------------------|------------------------------|----------------------------------|
| Acta de Instalación: | S/. 9,000.00 para Secretaría | Pago asumido por THI MEDICAL SAC |
| TOTALES | S/. 54,000.00 | S/. 54,000.00 |

Tales montos, fueron cubiertos en su totalidad por el demandante, es decir que la empresa THI Medical SAC canceló también los gastos arbitrales a cargo de la Entidad, de lo cual se dejó constancia a través de la Resolución N° 18.

En consecuencia, concuerdo con mis coarbitros y estando a la decisión del Tribunal Arbitral de que cada una de las partes asuma los costos del presente arbitraje, y siendo que el Ministerio de Salud no ha cumplido con el pago de los honorarios a su cargo derivados del Acta de Instalación, corresponde que dicha Entidad devuelva a la demandante la suma de S/. 27,000.00 (Veintisiete mil y 00/100 nuevos soles), que es el monto que la empresa THI Medical SAC canceló por concepto de gastos arbitrales del proceso a cargo de su contraria derivados del Acta de Instalación.

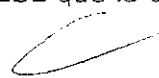
I. DECISIÓN DEL SUSCRITO:

Estando a las consideraciones expuestas, dentro del plazo correspondiente, el Tribunal Arbitral en Derecho, **RESUELVE:**

PRIMERO.- DECLÁRESE INFUNDADO el primer punto controvertido derivado de la primera pretensión principal de la demanda; en tal sentido, **NO PUEDE DECLARARSE** la nulidad de la penalidad ascendente a S/. 298,933.33 (doscientos noventa y ocho mil novecientos treinta y tres y 33/100 Nuevos Soles), y **NO PUEDE DECLARARSE** que THI MEDICAL SAC no es pasible de penalidad alguna.

SEGUNDO.- DECLÁRESE INFUNDADO el segundo punto controvertido derivado de la segunda pretensión principal de la demanda; en tal sentido, **NO PUEDE OTORGARSE** la procedencia de la solicitud de ampliación de plazo efectuada por THI MEDICAL SAC de fecha 11 de julio de 2011.

TERCERO.- DECLÁRESE INFUNDADO el tercer punto controvertido, derivado de la tercera pretensión de la demanda; en consecuencia, **DECLÁRESE** que la demora



Voto en Discordia

Iván Casiano Lossio

en la culminación del contrato es responsabilidad de THI MEDICAL SAC y del Ministerio de Salud.

CUARTO.- DECLÁRESE FUNDADO en parte el cuarto punto controvertido, derivado de la cuarta pretensión de la demanda; en tal sentido, declárese la culminación del contrato; no pudiendo ordenarse al Ministerio de Salud que entregue a THI MEDICAL SAC la conformidad del servicio y/o Constancia de Prestación de Servicios en los términos solicitados por THI MEDICAL SAC.

QUINTO.- DECLÁRESE FUNDADO en parte el quinto punto controvertido, derivado de la quinta pretensión de la demanda; en tal sentido, es válida la ejecución de la carta fianza sólo en lo que corresponde a la penalidad impuesta.

SEXTO.- DECLÁRESE INFUNDADO el sexto punto controvertido derivado de la sexta pretensión principal; consecuentemente, no corresponde ordenar al Ministerio de Salud que se reembolse al contratista los gastos de renovación de las cartas fianzas.

SÉPTIMO.- DECLÁRESE INFUNDADO el séptimo punto controvertido derivado de la séptima pretensión de la demanda; en consecuencia, no corresponde ordenar que el Ministerio de Salud pague a favor de THI MEDICAL SAC los gastos incurridos por el periodo de almacenaje de los bienes materia del contrato.

OCTAVO.- DECLÁRESE INFUNDADO el octavo punto controvertido derivado de la octava pretensión de la demanda, por las razones expuestas en la parte considera activa del presente laudo.

NOVENO.- DECLÁRESE INFUNDADO el noveno punto controvertido derivado de la novena pretensión principal; consecuentemente, **DISPÓNGASE** que tanto THI MEDICAL SAC así como la Entidad, asuman en partes iguales, los gastos arbitrales, gastos de representación, las costas y costos generados por la tramitación del presente proceso arbitral conforme a las precisiones indicadas en la parte considerativa del presente laudo arbitral; en tal sentido, **ORDÉNESE** que la Entidad devuelva a favor del Contratista la suma de S/. 27,000.00 (Veintisiete mil y 00/100 nuevos soles).




Voto en Discordia

Iván Casiano Lossio

DÉCIMO.- REMÍTASE al Organismo Superior de las Contrataciones del Estado OSCE, copia del presente voto en discordia.

Notifíquese a las partes.



IVAN ALEXANDER CASIANO LOSSIO

Árbitro