

105.5003-14

Proceso Arbitral
Ferco Medical S.A.C.
Ministerio de Salud

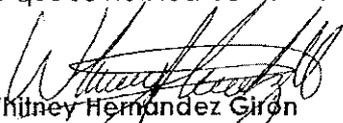
Lima, 02 de Noviembre de 2015

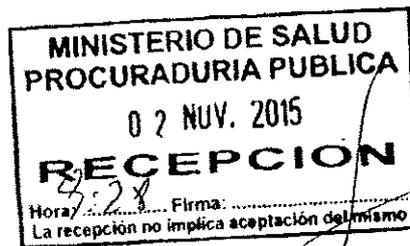
Cargo de Notificación

Destinatario : Ministerio de Salud
Domicilio Procesal : Av. Dos de Mayo N° 590 – San Isidro.
Demandante : Ferco Medical S.A.C.
Demandado : Ministerio de Salud

Por medio de la presente se cumple con notificarles la Resolución N° 16, que contiene el Laudo Arbitral de Derecho de fecha 28 de Noviembre de 2015.-Fdo. Humberto Flores Arévalo, Presidente del Tribunal, Kim Moy Camino Chung, Árbitro y Whitney Hernández Girón, Secretaria.

Lo que se notifica conforme a ley.


Whitney Hernández Girón
Secretaria Arbitral



LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

ARBITRAJE SEGUIDO ENTRE FERCO MEDICAL S.A.C. Y EL MINISTERIO DE SALUD

RESOLUCIÓN N° 16

I. LUGAR Y FECHA DE EXPEDICIÓN

El presente Laudo Arbitral se expide en la ciudad de Lima a los veintiocho días del mes de octubre del año dos mil quince.

II. LAS PARTES

- Demandante: FERCO MEDICAL S.A.C. (en adelante el Demandante o el Contratista).
- Demandado: MINISTERIO DE SALUD (en adelante Demandado o la Entidad).

III. TRIBUNAL ARBITRAL

- Dr. Humberto Flores Arévalo – Presidente del Tribunal Arbitral.
- Dr. Juan Huamani Chávez.
- Dra. Kim Moy Camino Chung.
- Whitney Hernández Girón – Secretaria Arbitral

IV. TRAMITACIÓN DEL PROCESO ARBITRAL

1. EXISTENCIA DE UN CONVENIO ARBITRAL

Con fecha 12 de diciembre de 2013, FERCO MEDICAL S.A.C. y el MINISTERIO DE SALUD, suscribieron el Contrato N° 353-2013-MINSA para la "Adquisición de dos (02) Máquinas Lavadoras con Ciclo de Secado para instrumental Destinada para la Unidad Central de Esterilización del Hospital Nacional Dos de Mayo".

En la cláusula décimo séptima del contrato antes referido, cualquiera de las partes tiene derecho a iniciar el arbitraje administrativo a fin de resolver las controversias que se presentan durante la etapa de ejecución contractual dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 144°, 170°, 175°, 176°, 177° y 181° del Reglamento de la Ley

de Contrataciones del Estado o, en su defecto, en el artículo 52° de Ley de Contrataciones del Estado.

2. INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

Con fecha 10 de febrero de 2015, en la sede del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE se instaló el Tribunal Arbitral. En dicha Oportunidad, los árbitros ratificaron su aceptación al cargo, señalando que no poseían ninguna incompatibilidad para ejercerlo.

3. DE LA DEMANDA

Con fecha 19 de febrero de 2015, la empresa FERCO MEDICAL S.A.C., presentó su escrito de demanda, señalando lo siguiente:

Petitorio

En el mencionado escrito, el Demandante señaló como sus pretensiones las siguientes:

- Primera Pretensión Principal: Que, se confirmé la Resolución del Contrato N° 353-2013-MINSA suscrito el 12 de diciembre de 2013, operado mediante Carta Notarial de fecha 19 de noviembre de 2014 y notificada el 20 de Noviembre de 2014, en virtud a la falta de pago del Ministerio de Salud de la contraprestación pactada en el Contrato.
- Segunda Pretensión Principal: Que, se ordene al Ministerio de Salud el pago de la contraprestación pactada en el contrato por la suma de S/. 660,000.00 nuevos soles más los intereses legales correspondientes a la fecha de su realización.
- Tercera Pretensión Principal: Que, de declararse fundada la primera pretensión principal, se reconozca y se ordene al Ministerio de Salud como consecuencia de la resolución del contrato por culpa del contratante, el pago de una indemnización por daño emergente y lucro cesante por la suma de S/. 240,000.00 Nuevos soles.
- Cuarta Pretensión Principal: Que, se reconozca y ordene al Ministerio de Salud el pago de las costas y costos del proceso arbitral; gastos de abogados, etc.

Fundamentos de hecho

- El 12 de diciembre de 2013, Ferco Medical S.A.C. y el Ministerio de Salud suscribieron el Contrato N° 353-2013-MINSA para la "Adquisición de 02 (dos) Máquinas Lavadoras con Ciclo de Secado para instrumental Destinada para la Unidad Central De Esterilización Del Hospital Nacional Dos De Mayo" como consecuencia del otorgamiento de la Buena

Pro a favor de FERCO MEDICAL SAC de la LICITACIÓN PÚBLICA N° 014-2013-MINSA por un monto de S/. 660,000.00 nuevos soles.

- Que, según lo sostiene FERCO MEDICAL S.A.C. en su escrito de demanda, dicha parte, dentro de los plazos establecidos en el contrato N° 353-2013-MINSA, cumplió con su obligación de entrega de las dos (02) máquinas lavadoras adquiridas por el MINISTERIO DE SALUD, tal es así que se emite con fecha 11 de abril de 2014, el Acta de Instalación, Prueba Operativa y Conformidad de los equipos adquiridos.
- Que, continúa señalando FERCO MEDICAL S.A.C. que, a pesar de diversos requerimientos realizados por dicha parte, que se adjuntan como medios probatorios en el escrito de demanda, el Ministerio de Salud habría omitido cumplir con lo establecido en la cláusula cuarta del contrato suscrito; es decir; no ha generado el pago correspondiente por la contraprestación pactada, máxime si la empresa emitiera con fecha 01 de abril de 2014, la factura comercial correspondiente a su representada, estando obligado dicho Ministerio, por efectos de dicha cláusula, a efectuar el pago dentro de los quince (15) días calendarios siguientes al otorgamiento de la conformidad respectiva, inclusive castigándose el retraso con el correspondiente pago de intereses conforme a lo establecido en dicha cláusula cuarta y el artículo 48 de la Ley de Contrataciones del Estado.
- Que, en ese sentido, mediante Carta Notarial N° 67212 de fecha 24 de setiembre de 2014, la demandante requirió formalmente y de forma previa a la Resolución del Contrato, la realización del pago correspondiente; de conformidad con el artículo 169° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, otorgándosele al Ministerio de Salud un plazo de cinco (05) días hábiles para que cumpliera con la obligación esencial del pago a la empresa Ferco Medical S.A.C., bajo apercibimiento de resolviere el contrato.
- Que, en mérito de la carta notarial señalada en el numeral anterior, conforme lo sostiene la demandante en su escrito de demanda, se citó a la empresa para conversar con el señor Henry Mejía del MINSA conforme a los correos electrónicos que se adjuntan, donde se expresó la supuesta voluntad de formalizar el pago reconociendo la dilación en el tiempo del cumplimiento de la obligación por parte del Ministerio de Salud, acordándose que en el plazo de cinco (05) días de dicha reunión de coordinación se confirmaría la forma y tiempo en que se cumpliría con el pago de su acreencia.
- Sin embargo, conforme lo señala la demandante en su escrito de demanda, nunca se comunicó formalmente la reprogramación del pago; razón por la cual, se remitió la Carta Notarial N° 67666 de fecha 20 de octubre de 2014, en donde se reitera por última vez la solicitud y el compromiso asumido de pagarle antes del 15 de noviembre de 2014, sin obtener respuesta a dicha misiva.

- Que, ante la falta de respuesta del MINSA y el constante incumplimiento injustificado de honrar sus obligaciones contractuales esenciales, como es la formalización del pago correspondiente, mediante Carta Notarial N° 68718 de fecha 19 de noviembre de 2014 y recibida el 20 de noviembre de 2014 por la demandada, la empresa decide resolver el contrato de conformidad con lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 169° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, toda vez que el MINSA no ha cumplido dentro del plazo concedido en el requerimiento previo formulado a través de la carta notarial señalada en el numeral 4 de la demanda, con la obligación esencial de pago de la contraprestación en desmedro económico de su representada.
- Que, en palabras de FERCO MEDICAL S.A.C., dentro de los plazos de caducidad establecidos en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, en virtud de la cláusula décimo séptima del contrato, la demandante solicitó ante el MINSA el inicio del presente procedimiento arbitral el 25 de noviembre de 2014.
- Que, mediante Oficio N° 14008-2014-PPS/MINSA de fecha 09 de diciembre de 2014, el Procurador Público del Ministerio de Salud respondió la solicitud arbitral.
- Que, con fecha 10 de febrero de 2015, se suscribió el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral, concediéndole diez (10) días hábiles para la presentación de la demanda la misma que ha sido interpuesta dentro de los plazos señalados en dicha Acta, según lo sostenido por la demandante en su escrito de demanda.
- Conforme a la demanda, la primera pretensión se circunscribe a que el Tribunal confirme la Resolución del Contrato materia del presente proceso arbitral operada mediante la Carta Notarial de fecha 19 de noviembre de 2014 y notificada el 20 de noviembre de 2014, toda vez que como puede observarse de los medios probatorios anexos a la demanda, el Ministerio de Salud ha incumplido injustificadamente con ejecutar una obligación esencial en su calidad de Contratante, como es; la realización del pago de su contraprestación.
- Que, a decir de la demandante, el incumplimiento del MINSA es injustificado y por ello se resolvió el contrato, toda vez que la empresa ha entregado los equipos dentro de los plazos establecidos en el contrato, y además, se ha suscrito con la aprobación del MINSA el ACTA DE INSTALACION, PRUEBA OPERATIVA y CONFORMIDAD de los equipos conforme al Anexo N° 14 que obra en las bases administrativas del proceso que dio inicio a la contratación y ha entregado las guías de remisión y facturas correspondientes, cumpliéndose con toda la documentación requerida para la ejecución del pago conforme a la cláusula cuarta del contrato; sin embargo; a la fecha no se ha cumplido por parte de la demandada con ejecutar el pago correspondiente, a pesar que la cláusula cuarta del contrato establece que "la ENTIDAD debe efectuar el pago dentro

de los quince (15) días calendario siguientes al otorgamiento de la conformidad respectiva, siempre que se verifiquen las demás condiciones establecidas en el contrato"; debiendo observar el Tribunal que ha transcurrido más de un año sin que el MINSA honre el pago de la contraprestación.

- Que, asimismo, FERCO MEDICAL S.A.C. sostiene en su escrito de demanda que los equipos adquiridos en la actualidad se encuentran en uso e instalados en el lugar pactado en el contrato, sin embargo; hasta la fecha de la resolución contractual, el MINSA de forma injustificada a pesar de haber sido previamente requerida en diversas oportunidades no ha formalizado el pago de la contraprestación, máxime si se le requirió bajo apercibimiento de resolver el contrato y cumpliéndose la formalidad establecida en el artículo 169 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, por lo cual la Resolución operada debe ser confirmada por el Tribunal Arbitral declarándose fundada la primera pretensión.
- Por efecto de ello, de acuerdo a lo sostenido por la demandante en su escrito de demanda, la segunda pretensión está destinada a que el MINSA pague la contraprestación pactada teniéndose en cuenta que los equipos fueron entregados y se encuentran en uso en su institución, para lo cual el Tribunal debe ordenar a la demandada el pago de la suma de S/. 660,000.00 (seiscientos sesenta mil y 00/100 nuevos soles), aplicándosele en virtud de la cláusula cuarta del contrato y el artículo 48 de la Ley de Contrataciones del Estado, el pago de intereses correspondientes a la fecha de su efectiva realización.
- Que la tercera pretensión tiene como finalidad solicitar al Tribunal ordene como consecuencia de la Resolución del Contrato materia del presente arbitraje por culpa del MINISTERIO DE SALUD por el incumplimiento de sus obligaciones esenciales como es la retribución económica al contratista, el pago de una indemnización por daño emergente y lucro cesante por la suma de S/. 240,000.00 (doscientos cuarenta mil y 00/100 nuevos soles).
- Respecto al daño emergente, sostiene la demandante en su escrito de demanda que este queda debidamente constituido por la ruptura del vínculo contractual por culpa del incumplimiento injustificado del pago por parte de la demandada, resolución contractual que tiene consecuencias patrimoniales en desmedro del demandante, máxime si la negativa al pago de la contraprestación se encuentra acreditada que se debe a razones injustificadas no ajustadas a derecho como es el cumplimiento de las obligaciones contractuales esenciales que le corresponden al MINISTERIO DE SALUD en su calidad de contratante.
- Asimismo, a decir de FERCO MEDICAL S.A.C., el daño emergente se encuentra acreditado en la dilación de no efectivizar el pago correspondiente por parte de la

Entidad dentro de los plazos establecidos en la norma de la materia y en el contrato de manera injustificada, generando que el Contratista se vea perjudicado por la falta de retorno de la inversión realizada en la adquisición de los equipos al fabricante de los mismos, toda vez que FERCO MEDICAL SAC ha pagado al fabricante la totalidad de los costos tanto de los equipos así como los costos de instalación de los mismos en el MINSA, y por ende; dicha falta de pago y la dilación de realizarse el mismo por parte de la Demandada, le habria generado perjuicios económicos como son la falta de liquidez y capital de trabajo para futuros negocios así como el pago de obligaciones con terceros al no obtener la ganancia esperada y programada dentro de los plazos pactados en el contrato.

- Finalmente respecto al lucro cesante invocado en la pretensión indemnizatoria, el demandante sostiene que se encuentra motivada en la negativa injustificada de la demandada de ejecutar el pago dentro de los plazos establecidos dilatando su ejecución a pesar de haberse cumplido con todos los procedimientos para su emisión, generándose un perjuicio económico en no percibir la contraprestación pactada en el contrato, incremento patrimonial que no ha sido efectivizado a favor de la empresa por el incumplimiento injustificado del MINSA de realizarlo dentro del marco contractual y que ha generado que ante la inejecución de esta obligación esencial en el tiempo se rompa el vínculo contractual procediéndose al presente arbitraje con los costos que ello implica.
- Como última pretensión, solicita que, se reconozca y ordene el pago al MINISTERIO DE SALUD de las costas y costos del proceso arbitral; gastos de abogados y otros.

Fundamentos de derecho

El Contratista sustenta en su demanda, los siguientes fundamentos de derecho, desarrollando cada una de sus pretensiones de la manera siguiente:

- Respecto de la primera pretensión principal:

Fundamenta su demanda en lo establecido en los artículos 40° y 48° de la Ley de Contrataciones del Estado y en los artículos 168°, 169°, 170°, 176°, 180° y 181° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado referidos al procedimiento de resolución contractual, sus causales y sus efectos así como en lo que corresponde a la oportunidad del pago.

- Respecto de la Pretensión indemnizatoria invoca el Artículo 1321° del Código Civil, el cual establece lo siguiente:

"Artículo 1321.- Indemnización por dolo, culpa leve e inexcusable, lo que cita taxativamente.

Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve.

El resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución.

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

- Igualmente, invoca la aplicación del Artículo 1322° del Código Civil, así como del Artículo 1332 del mismo cuerpo legis, en cuanto establece que:

"Artículo 1332.- Valorización equitativa del resarcimiento:

Si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa".

4. DE LA CONTESTACIÓN

Dentro del plazo establecido la Entidad procedió a contestar la demanda arbitral mediante escrito presentado con fecha 13 de marzo de 2015, contradiciéndola en todos sus extremos, por los fundamentos que se señalan a continuación:

- De acuerdo a lo sostenido por el Ministerio de Salud en su escrito de contestación de demanda, el Contratista solicitó al Tribunal Arbitral lo siguiente:

- Se confirme la Resolución del Contrato N° 353-2013-MINSA del 12 de DICIEMBRE de 2013, operada mediante Carta Notarial de fecha 19.11.2014 en virtud a la falta de pago por la contraprestación efectuada.
- Se ordene el cumplimiento de la obligación contractual por parte del MINSA por la suma de S/. 660.00.00 nuevos soles más los intereses legales.
- Se ordene el pago de indemnización por daño emergente y lucro cesante por la suma de S/. 240,000.00 nuevos soles.
- Que, el Ministerio de Salud, asuma las costas y costos del presente arbitraje.

- Asimismo, la Entidad manifiesta que en fecha 22 de noviembre de 2013, el Comité Especial adjudicó la Buena Pro al Contratista, de la Licitación Pública N° 014-2013-MINSA, para la adquisición de dos (02) máquinas lavadoras con ciclo de secado para instrumental destinada para la Unidad central de esterilización del Hospital Nacional Dos de Mayo a la demandante, suscribiéndose para dicho efecto el Contrato N° 353-2013-

MINSA, del 12 de diciembre de 2013, en cuya Cláusula DECIMA, señalaba expresamente sobre la conformidad de recepción de la prestación aunado a las condiciones mínimas relacionadas a la prestación.

- En ese sentido, según lo manifestado por la Entidad en su escrito de contestación de demanda, el 11 de abril de 2014 el Contratista cumplió con su obligación de entregar las 02 máquinas lavadoras adquiridas por el Ministerio de Salud de acuerdo a lo señalado en el contrato suscrito por las partes y por ende se procedió a suscribir un Acta de Instalación.
- Siguiendo ese orden de ideas, a decir de la Entidad, se puede verificar que dicha Acta de Instalación referida como Anexo 14, no reúne los lineamientos establecidos en las condiciones de recepción y entrega, (ver condiciones mínimas relacionadas a la prestación) razón por la cual deviene en inexacta, aunado al hecho de quien suscribe la señalada Acta de Instalación, no se encuentra facultada para la suscripción del citado documento, pues discrepa de quien procedió a la suscripción del Contrato N° 353-2013-MINSA, conforme es de verse en el mismo, siendo esta la persona única autorizada por el cargo e investidura que esta mantiene, "Director Ejecutivo de Logística del Ministerio de Salud" en el supuesto negado, el Acta de instalación, debió contar con el visto bueno de este, el cual tampoco contiene, razones por la cual al no efectuarse la debida conformidad de entrega y recepción de la prestación (bienes) la Oficina General de Administración del Ministerio de Salud, no ha podido efectuar el pago solicitado por encontrarse inconclusa la documentación pertinente y mínima para hacer a efectivo el Pago.
- Por otro lado, la Entidad advierte que, en su oportunidad, se le comunicó a la empresa Contratista, hoy demandante, cumplir con la formalidad respectiva para su posterior ejecución, hecho que no se materializa, habiéndose comunicado oportunamente y para reunirse en el local central del MINSA conforme a los correos ofrecidos como medios probatorios por el demandante, quedando corroborado lo dicho en este extremo.
- Así, en cuanto concierne a las pretensiones señaladas como primera y segunda respectivamente, la Entidad indica que estas devienen en infundadas, puesto que en la primera al no haberse cumplido aún con las formalidades respectivas según los parámetros establecidos en el Contrato 353-2013-MINSA, éste no puede ser resuelto de forma unilateral por la causal establecida, contraviniéndose lo establecido en el Artículo 169° del Reglamento de LCE y siguiendo este lineamiento, la segunda pretensión respecto a ordenarse el pago de la suma puesta a cobro no deberá efectuarse al no haberse cumplido con lo establecido en el contrato, siendo una resolución imperfecta, debiéndose de tener presente el momento de resolver.

- Finalmente y respecto a las pretensiones tercera y cuarta, la Entidad señala que estas deberán seguir la suerte de las primeras en consecuencia de lo fundamentado líneas arriba, sin perjuicio de precisar que el demandante no ha cumplido con precisar cada uno de los elementos de la Responsabilidad Civil por la cual solicita indemnización de Daños y Perjuicios de los cuales se desprende la (Antijuridicidad, Nexo Causal, falta de Atribución y Daños) aunado al hecho de la carga de la prueba que deberá contener todo fundamento o pretensión solicitada.
- En ese sentido, la Entidad concluye que, por dichas razones, estas cuestiones también deberán ser declaradas infundadas en todos sus extremos.

Fundamentos de derecho:

- Inciso 3 del artículo 139° de la Constitución Política del Perú: La observancia del debido proceso y tutela jurisdiccional. "Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la Ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquier sea su denominación".
- Inciso 1 del artículo 13 de la Ley de Arbitraje.- El convenio Arbitral es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza.
- La Cláusula Vigésima del Contrato, relacionada a la "Solución de controversias", señala textualmente lo siguiente: "Todos los conflictos que deriven de la ejecución e interpretación del presente contrato, incluidos los que se refieran a su nulidad e invalidez, serán resueltos mediante conciliación y, de ser el caso, arbitraje, según lo dispuesto en el artículo 52° de la Ley".
- El artículo 52° del Decreto Legislativo N° 1017, dispone en su primer parte lo siguiente: "Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato, se resolverán mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes, debiendo solicitarse el inicio de estos procedimiento en cualquier momento anterior a la fecha de culminación del contrato, considerada ésta de manera independiente. Este plazo es de caducidad....".
- Artículo 170° del reglamento.- Cualquier controversia relacionada con la resolución del contrato podrá ser sometida por la parte interesada a conciliación y/o arbitraje dentro de los quince (15) días hábiles siguientes de comunicada la resolución. Vencido este plazo

sin que se haya iniciado ninguno de estos procedimientos, se entenderá que la resolución del contrato ha quedado consentida.

- Artículo 143° del reglamento: Modificación del Contrato.- Durante la ejecución del contrato, en caso el contratista ofrezca bienes y/o servicios con iguales o mejores características técnicas, de calidad y de precios, la Entidad, previa evaluación, podrá modificar el contrato, siempre que tales bienes y/o servicios satisfagan sus necesidad. Tales modificaciones no deberán variar en forma alguna las condiciones originales que motivaron la selección del contratista.
- Artículo 176° del reglamento de LA LCE.- Recepción y entrega.
- Artículo 196° del Código Procesal Civil: Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos.
- Artículo 200° del Código Procesal Civil: Si no se prueban hechos que sustentan la pretensión, la demanda será declarada infundada.

5. AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN, SANEAMIENTO PROCESAL, DETERMINACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS Y ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS

Mediante Resolución N° 03 se citó a las partes a la Audiencia de Conciliación, Saneamiento Procesal, Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios, la misma que se realizó el día 15 de abril de 2015, con la asistencia de ambas partes.

Conciliación

El Tribunal Arbitral invitó a las partes a llegar a un acuerdo conciliatorio; sin embargo, ante la imposibilidad de arribar a un acuerdo total o parcial de las posiciones de las partes, el Tribunal decidió proseguir con el trámite del proceso.

Fijación de los Puntos Controvertidos

Que, en la mencionada diligencia, se procedió a fijar los puntos controvertidos del presente proceso, con el consentimiento de las partes, los cuales fueron determinados de la siguiente manera:

1. Determinar si corresponde o no que el Tribunal confirme la Resolución del Contrato N° 353-2013-MINSA suscrito el 12 de Diciembre de 2013.

2. Determinar si corresponde o no que el Tribunal ordene el pago de y/o de la contraprestación pactada en el Contrato al Ministerio de Salud, por la suma de S/. 660,00.00 nuevos soles, más los intereses legales correspondientes a la fecha de su realización.
3. De determinar si corresponde que el Tribunal si declara fundada la primera pretensión, se reconozca y ordene al Ministerio de Salud, el pago de indemnización por daño emergente y lucro cesante por la suma de S/. 240,000.00 nuevos soles.
4. Determinar si corresponde o no que el Tribunal ordene al Ministerio de Salud el pago de las costas y costos del proceso Arbitral.

Admisión de Medios Probatorios

Acto seguido, el Tribunal Arbitral procedió a la admisión de los medios probatorios ofrecidos por las partes, de la siguiente manera:

- Respecto a los medios probatorios ofrecidos por el Contratista en su escrito de demanda, se admiten los documentos señalados en el ítem "IV. Medios Probatorios" que van del punto 1 al punto 8.
- Respecto a los medios probatorios ofrecidos por la Entidad en su escrito de contestación de demanda, se admiten los documentos señalados como medios probatorios del escrito de demanda presentada por el Contratista.

Saneamiento probatorio

- a) Con relación al Contratista: Se admiten los medios probatorios documentales ofrecidos por el Contratista en su escrito de demanda presentado con fecha 19 de Febrero de 2015, signados en el acápite "IV Medios probatorios" (Del punto 1 al 8).
- b) Con relación a la Entidad: Se admiten los medios probatorios señalados en el escrito de demanda presentado por el contratista.

6. AUDIENCIA DE INFORMES ORALES

Con fecha 20 de Julio de 2015, se llevó a cabo la audiencia de Informes Orales, con la participación de ambas partes, habiendo presentado sus respectivos alegatos escritos.

7. PLAZO PARA LAUDAR:

Mediante Resolución N° 10, el Tribunal Arbitral fijó en treinta (30) días hábiles el plazo para laudar. La misma que fue notificada a las partes en fecha 7 de agosto de 2015.

Asimismo, mediante Resolución N° 13 de fecha 14 de setiembre de 2015, se dispuso la prórroga del plazo para laudar en treinta (30) días hábiles adicionales, contado desde el

vencimiento del primer plazo. En atención a ello, el plazo para laudar vencería el día 3 de noviembre de 2015.

V. CUESTIONES PRELIMINARES Y ANÁLISIS DE LAS PRETENSIONES Y DE LA CUESTIÓN CONTROVERTIDA

1. CUESTIONES PRELIMINARES

Previo a analizar la materia controvertida, corresponde señalar lo siguiente: (i) Que este Tribunal Arbitral se constituyó de conformidad a las reglas establecidas en el Acta de Instalación y de acuerdo a lo dispuesto por el Decreto Legislativo N° 1017, su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF y sus modificatorias y el Decreto Legislativo N° 1071, que norma el arbitraje, señalándose que en caso de deficiencia o vacío en las reglas que anteceden, el Tribunal Arbitral resolverá en forma definitiva del modo que considere apropiado mediante la aplicación de principios generales del derecho; (ii) Que el Contratista presentó su demanda dentro de los plazos dispuestos y ejerció plenamente su derecho de defensa; (iii) Que la Entidad fue debidamente emplazada con la demanda ejerciendo plenamente su derecho de defensa; (iv) Que las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como ejercer la facultad de presentar alegatos; y (v) Que el Tribunal Arbitral procede a laudar dentro del plazo establecido.

El Tribunal Arbitral en relación con la admisión de los medios probatorios del Acta de Audiencia de Saneamiento Procesal, Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios de fecha 15 de agosto de 2015, con arreglo de las Reglas Procesales Aplicables establecida en el Acta de Instalación de fecha 10 de febrero del 2015, considera desde la perspectiva procesal más conveniente a los fines de resolver el conflicto que los puntos controvertidos serán examinados y apreciados en forma conjunta y razonada, pero siguiendo el orden lógico de las pretensiones y su vinculación en el orden más conveniente a éstos fines.

2. ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS:

El Tribunal Arbitral tiene la facultad de analizar los puntos controvertidos en el orden que estime conveniente para una mejor elaboración del presente pronunciamiento.

PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no que el Tribunal confirme la Resolución del Contrato N° 353-2013-MINSA suscrito el 12 de Diciembre de 2013.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

Teniendo en cuenta las posiciones de las partes, y previamente al pronunciamiento del Tribunal Arbitral, es necesario llevar a cabo un análisis del punto controvertido. Sobre ello, es preciso hacer un recuento de los hechos relacionados de forma directa con la controversia, así como respecto a la suscripción del Contrato y a las controversias señaladas por el demandante.

Esta controversia se deriva del Contrato N° 353-2013-MINSA para la "Adquisición de (02) Máquinas Lavadoras con Ciclo de Secado para Instrumental destinada para la Unidad Central de Esterilización del Hospital Nacional Dos de Mayo, celebrado entre la empresa FERCOMEDICAL SAC y el Ministerio de Salud.

De lo establecido en el Contrato, se puede apreciar que las condiciones, requisitos y obligaciones de las partes se encuentran enmarcadas dentro de las Bases Integradas, el Contrato Anexos y Formatos, la normatividad de Contrataciones del Estado aplicable, esto es: i) La Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Legislativo N° 1017 y modificada por Ley N° 29873; ii) El Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF y modificado por Decreto Supremo N° 138-2012-EF, las Directivas que emita el OSCE para tal efecto; y, en su defecto, iii) El Código Civil, y demás normas de derecho privado.

En razón a lo expuesto, tenemos que todos los conflictos que se deriven de la ejecución e interpretación del presente Contrato celebrado, deberán solucionarse mediante arbitraje de derecho, en virtud de lo dispuesto en la Cláusula Décimo Séptima del Contrato.

Luego de haber establecido el marco legal mediante el cual se procederá a analizar las controversias surgidas, este Tribunal Arbitral toma en cuenta que el Contrato celebrado ha sido suscrito por ambas partes; razón por la cual, se entiende que las cláusulas contenidas en el mismo son de conocimiento de ambas, no pudiendo actuar éstas, de forma contraria o no respetando los lineamientos que se han establecido de antemano en el Contrato.

Con relación al punto controvertido bajo análisis, es necesario realizar un recuento de los hechos:

- ✓ Con fecha 12 de diciembre de 2013, la empresa Ferco Medical SAC y el Ministerio de Salud suscribieron el Contrato N° 353-2013-MINSA para la "Adquisición de (02) Máquinas Lavadoras con Ciclo de Secado para Instrumental destinada para la Unidad Central de Esterilización del Hospital Nacional Dos de Mayo", por un monto de S/. 660,000.00 (seiscientos sesenta mil y 00/100 nuevos soles), con un plazo de entrega de noventa (90) días calendario.

- ✓ Asimismo, con fecha 01 de abril de 2014, mediante Guía de Remisión N° 002-0017836, es recibido conforme las dos (02) máquinas lavadoras con ciclo de secado para instrumental por la Oficina de Logística/Almacén del Hospital Nacional Dos de Mayo, según sello y firma.
- ✓ Tal como se desprende de la copia del Acta de Instalación, Prueba Operativa y Conformidad presentada como medio probatorio, esta tiene como fecha el 10 de abril de 2014, pese a que ambas partes señalan como fecha de la referida Acta el 11 de abril de 2014; en atención a ello, este Tribunal considerara la fecha válida la establecida en el Acta de Instalación, Prueba Operativa y conformidad, siendo la correcta el 10 de abril de 2014.
- ✓ A través de la Carta N° 0263-2014-DC/AV, recibida con fecha 05 de setiembre de 2014 por el Ministerio de Salud, la empresa Ferco Medical SAC solicita se proceda a realizar el pago correspondiente, el mismo que debe de realizarse en un plazo de cinco (05) días calendario.
- ✓ Con Carta Notarial N° 67212, recibida por el Ministerio de Salud con fecha 26 de setiembre de 2014, la empresa Ferco Medical SAC requiere el cumplimiento de las obligaciones contractuales de conformidad al artículo 169 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, para que en el plazo de cinco (05) días cumpla con la obligación esencial del pago, bajo apercibimiento de resolver el contrato.
- ✓ En fecha 21 de octubre de 2014, el Ministerio de Salud recepcionó la Carta Notarial N° 67666, emitida por la empresa Ferco Medical SAC mediante la cual requirió una vez más el cumplimiento de las obligaciones contractuales de conformidad al artículo 169° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, para que en el plazo de cinco (05) días cumpla con la obligación esencial del pago, bajo apercibimiento de resolver el contrato.
- ✓ Finalmente, con Carta Notarial N° 68718, recibida por el Ministerio de Salud con fecha 20 de noviembre de 2014, la empresa Ferco Medical SAC de conformidad al artículo 169 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, procede a resolver el contrato ante el incumplimiento de su obligación esencial.

Estando a lo expuesto en los hechos controvertidos referente a la resolución de Contrato, que es materia de controversia (pues se pretende que se confirme la Resolución de Contrato practicada por el Contratista en su Carta N° 345-DC/AV-2014, Carta Notarial N° 68718 de fecha 19 de noviembre de 2014, notificada a la Entidad en fecha 20 de noviembre del mismo año), tenemos que la misma tiene como presupuestos para su validez la efectiva comprobación de validez de las circunstancias que lo generan (fondo) y el cumplimiento del

procedimiento establecido para ello (formalidad), quedando claro que el vicio en alguno de estos presupuestos generan la invalidez de la resolución de Contrato.

Siguiendo este lineamiento analizaremos, en primer lugar, la validez del fondo, es decir el análisis respecto de lo debatido por la Entidad en atención a que en cuanto la conformidad no fue otorgada y con ello no se habrían cumplido las formalidades respectivas según los parámetros del Contrato, éste no podría ser resuelto de forma unilateral por la causal establecida, pues se contravendría lo dispuesto en el artículo 169° del Reglamento. El cual refiere a la Resolución de Contrato.

Previamente, es importante tener en cuenta lo estipulado por las partes en el referido Contrato. Al respecto, la Cláusula Cuarta del mismo expresa lo siguiente:

"CLÁUSULA CUARTA: DEL PAGO

LA ENTIDAD se obliga a pagar la contraprestación a EL CONTRATISTA en nuevos soles, en pagos parciales, luego de la recepción formal y completa de la documentación correspondiente, según lo establecido en el artículo 181 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, (...)"

En cuanto a ello, y en orden a los argumentos expuestos por la Entidad, dicha parte indica, en el fundamento tercero de su escrito de contestación de demanda, que el Acta de Instalación, referida como Anexo N° 14 emitida tras el cumplimiento de la prestación entregada a su representada, no reunió los lineamientos establecidos en las condiciones de recepción y entrega (viendo condiciones mínimas relacionadas a la prestación), razón por la cual devendría en inexacta, aunado al hecho de que, quien suscribe la señalada Acta, no se encuentra facultado para la suscripción del citado documento, pues es persona distinta de quien procedió a la suscripción del Contrato N° 353-2013-MINSA, siendo la única autorizada por el cargo e investidura, el "Director Ejecutivo de Logística del Ministerio de Salud", y en el supuesto negado el Acta debió contar con el visto bueno del Director, razón por la cual no operaría la conformidad.

Asimismo, señala en el fundamento quinto de la contestación de demanda, que en su oportunidad se comunicó a la empresa que cumpla con la formalidad respectiva para su posterior ejecución, lo cual estima la Entidad acreditar mediante los correos adjuntos al escrito presentado por la demandante.

Sin embargo, de la revisión a estos documentos (correos) que la Entidad refiere como medios probatorios, se advierte que no concuerda ni se corrobora dicha aseveración, realizada por la Entidad en este extremo, con la documentación ofrecida por la Accionante en su escrito de demanda.

Ahora bien, sobre los bienes entregados y cumplidos de acuerdo al Anexo N° 14, y a lo señalado en las Bases Integradas, que indica: "que de incumplirse con alguno de los aspectos mencionados en el numeral 3.2.4 de las Bases Integradas, así como los anexos a las bases, no se suscribirá el Acta", así como al documento "Condiciones mínimas relacionadas a la prestación", la cual señala: "La conformidad será emitida una vez que se realicen todos los procedimientos descritos. Para tal fin los representantes designados por la Entidad y el proveedor suscribirán el Acta de Conformidad de Recepción, Instalación y Pruebas Operativas para el equipo suministrado. De incumplirse alguno de estos aspectos mencionados no se suscribirá dicha acta", se entiende que el Contratista si cumplió con la condiciones de recepción y entrega de los bienes; centrándose la discusión controversial en quién debió de otorgar la conformidad.

Siendo ello así, se observa que, según la cláusula décima del contrato se establece que la conformidad será otorgada por la Dirección General de Infraestructura, Equipamiento y Mantenimiento y por Órganos Institucionales que corresponden y que se indican en los anexos a las bases del proceso. (El subrayado y resaltado es nuestro).

De la lectura de los documentos que obran como medios probatorios, se desprende que lo aseverado por la Entidad, en el extremo de argüir que el único funcionario autorizado para otorgar la conformidad es el Director Ejecutivo de Logística del Ministerio de Salud, resulta ajeno a lo establecido en la cláusula décima del contrato, por lo que se evidencia que dicho argumento no tiene consistencia legal contraviniendo con lo dispuesto en la referida Cláusula Décima – resaltado y subrayado nuestro - que establece que son la Dirección General de Infraestructura, Equipamiento y Mantenimiento, y los Órganos Institucionales que correspondan, los que debían otorgar la conformidad a la prestación.

En tal sentido, teniendo a la vista los documentos probatorios que obran en el expediente, se verifica que las personas que firmaron el Acta de Instalación, Prueba Operativa y Conformidad de fecha 10 de abril de 2014 son el Jefe del Centro de Esterilización del Hospital Nacional Dos de Mayo, en su calidad de representante del Centro Asistencial de Destino y el Ing. Mecánico, señor Enrique Antonio Torres Bocanegra como representante de la Dirección General de Infraestructura, Equipamiento y Mantenimiento, dándose cumplimiento a los supuestos señalados en el contrato, en consecuencia este Colegiado considera que se han cumplido con las formalidades dispuestas en el Contrato N° 353-2013-MINSA, debiéndose proceder con el pago correspondiente. A mayor abundamiento, debe señalarse que el anexo N° 14 en el que consta el Acta de Instalación, Prueba Operativa y Conformidad de fecha 10 de abril de 2014, es un formato predefinido e impreso por el Ministerio de Salud, y que forma parte de los formatos definidos en las bases del contrato. En el mismo, claramente se puede observar en la parte correspondiente a las firmas, que quienes deben suscribir dicha acta, son tres (03): Firma y sello del representante del Centro asistencial de destino; Firma y sello del representante de DGIEM, y Firma y sello del Contratista.

Asimismo, no se advierte del formato preestablecido por el propio Ministerio de Salud que, como alguna de las partes firmantes, deba consignarse al Director Ejecutivo de Logística de la demandada, con lo que se desvirtúa plenamente la alegación de la Entidad.

Ahora bien, siguiendo el análisis establecido *ut supra* continuaremos con el análisis de la validez de la Resolución del Contrato en cuanto a forma. Ante ello, es importante, en primer lugar, tener presente que la resolución es, a decir de doctrina autorizada, "(...) una forma de extinción anticipada del contrato actuada facultativamente por una de las partes, cuya función consiste en salvaguardar su interés contractual como defensa frente al riesgo de que quede frustrado por la conducta de la otra parte"¹, para luego advertir lo señalado en el Contrato N° 353-2013-MINSA, en cuanto a la resolución del contrato. Sobre el particular, la Cláusula Décimo Cuarta del referido contrato expresa lo siguiente:

"Cualquiera de las partes podrá resolver el contrato, de conformidad con los artículos 40, inciso c), y 44 de la Ley de Contrataciones del Estado, y los artículos 167 y 168 de su Reglamento. (...)"

Así, se puede advertir que las partes, al momento de establecer las reglas que regirán una eventual resolución contractual, decidieron de común acuerdo, y por lo tanto de su total conocimiento, regirse bajo los artículos establecidos en la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Legislativo N° 1017 (en adelante, la Ley, o la LCE) y su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF y modificado mediante Decreto Supremo N° 138-2012-EF (en adelante, el Reglamento, o el RLCE), los cuales se encargan de regular la parte correspondiente a la resolución del contrato, su procedimiento, efectos, entre otros.

En ese sentido, el artículo 167° del Reglamento establece que cualquiera de las partes puede poner fin al contrato por un hecho sobreviniente a la suscripción del contrato, y el artículo 168° de la misma normativa, señala que el contratista podrá solicitar la resolución del contrato de conformidad con el inciso c) del artículo 40 de la Ley, en los casos que la Entidad incumpla injustificadamente sus obligaciones esenciales —pago—, las mismas que se contemplan en las bases o en el contrato, pese a haber sido requerido conforme al procedimiento establecido en el artículo 169° del Reglamento.

¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Curso de Derecho Administrativo I, reimpresión 2001, Madrid: Civitas, 2001. Pág. 750. En el mismo sentido, mediante la resolución del contrato se busca "dejar sin efecto la relación jurídica patrimonial, convirtiéndola en ineficaz de tal manera que ella deja de ligar a las partes en el sentido que ya no subsiste el deber de cumplir las obligaciones que la constituyen ni, consecuentemente, ejecutar las respectivas prestaciones". Así, DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, El Contrato en General. Tomo I. Palestra Editores, Lima, 2001, pág. 455.

Al respecto, en cuanto a la facultad resolutoria con la que cuenta el contratista, se puede citar lo manifestado por la Dirección Técnica Normativa del OSCE, la cual en su Opinión N° 027-2014/DTN establece:

"(...) Como se aprecia, un contrato suscrito bajo el ámbito de la normativa de contrataciones del Estado puede resolverse por el incumplimiento de las obligaciones del contratista o por el incumplimiento de las obligaciones esenciales de la Entidad. En este último caso, el contratista puede resolver el contrato cuando el incumplimiento de la Entidad implique la inobservancia de alguna de sus obligaciones esenciales, las mismas que deben estar contenidas en las Bases o en el contrato.

En este punto, debe indicarse que la distinción entre la potestad resolutoria de la Entidad (ante el incumplimiento de alguna obligación del contratista) y la del contratista (sólo ante el incumplimiento de obligaciones esenciales de la Entidad), responde a los diferentes intereses involucrados en la contratación pública. Así, una Entidad al contratar un bien, servicio u obra tiene por finalidad satisfacer intereses o necesidades públicas; en cambio, el contratista busca satisfacer su interés económico de lucro, el mismo que constituye un interés privado."

Asimismo, dicha Opinión señala que "es importante indicar que el pago de la contraprestación constituye la principal obligación esencial que toda Entidad debe cumplir para satisfacer el interés económico del contratista, pudiendo existir otro tipo de obligaciones esenciales en función a la naturaleza u objeto del contrato o a las prestaciones involucradas".

Asimismo, siguiendo la estructura de análisis señalado ut supra, se observará la validez, en cuanto a forma, de la Resolución del Contrato, siendo que la Entidad cuestionó que se contravendría el artículo 169° del Reglamento, la cual regula su procedimiento indicando lo siguiente:

"Artículo 169.- Procedimiento de resolución de contrato

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

Dependiendo del monto contractual y de la complejidad, envergadura o sofisticación de la contratación, la Entidad puede establecer plazos mayores, pero en ningún caso mayor a quince (15) días, plazo este último que se otorgará necesariamente en el caso de obras (...)"

En ese sentido, tratándose en el presente caso de un contrato de adquisición de bienes, de acuerdo a la normativa citada, para que una resolución de contrato sea válida debe haber cumplido con las siguientes diligencias:

1. Requerir mediante la remisión de una Carta Notarial, el cumplimiento de las obligaciones observadas en un plazo no mayor de cinco (05) días, bajo apercibimiento de resolver el contrato. Este requerimiento debe detallar y especificar las obligaciones de las que se solicita el cumplimiento.
2. Vencido el plazo otorgado y de persistir el incumplimiento de las obligaciones requeridas, se procederá con la comunicación de la decisión de resolver el contrato, sea total o parcial, mediante Carta Notarial. Dicha resolución debe guardar relación con lo requerido mediante la carta de apercibimiento.

De la revisión a los documentos probatorios, vemos que mediante Cartas Notariales cursadas por Ferco Medical S.A.C., se toma como apercibimiento de Resolución de Contrato la Carta Notarial N° 67212 recibida por la Entidad el 26 de setiembre de 2014. Asimismo, con Carta Notarial N° 67666 recibida por la Entidad el 21 de octubre de 2014, a pesar de que se encontraba facultada el demandante para resolver el contrato vuelve a realizar el apercibimiento de resolución de contrato, cumpliéndose de esta forma la primera diligencia.

En segundo lugar, se verifica que con Carta N° 345-DC/AV-2014, cursada bajo numeración notarial N° 68718, recibida por la Entidad el 20 de noviembre de 2014, Ferco Medical S.A.C. procedió a resolver el contrato, atendiendo a la segunda diligencia exigida por la norma para resolver el Contrato.

Pues bien, de lo observado podemos verificar que el Contratista, ha cumplido con efectuar válidamente el procedimiento para la Resolución del Contrato, de conformidad a lo establecido en el Contrato, así como en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, en consecuencia por estas consideraciones, este Tribunal Arbitral declara Fundada la Primera Pretensión Principal de la Demanda, analizada en el presente Punto Controvertido.

SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no que el Tribunal ordene el pago y/o de la contraprestación pactada en el Contrato al Ministerio de Salud, por la suma de S/. 660,000.00 nuevos soles, más los intereses legales correspondientes a la fecha de su realización.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL:

En el presente punto controvertido, se observa que la pretensión versa sobre el incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de la entidad, en el sentido estricto de efectuar el pago correspondiente a la ejecución del contrato N° 353-2013-MINSA para lo cual, es importante observar lo que señala el referido Contrato en cuanto al pago por la prestación efectuada. Al respecto, la Cláusula Cuarta del referido contrato expresa lo siguiente:

"CLÁUSULA CUARTA: DEL PAGO

LA ENTIDAD se obliga a pagar la contraprestación a EL CONTRATISTA en nuevos soles, en pagos parciales, luego de la recepción formal y completa de la documentación correspondiente, según lo establecido en el artículo 181 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, y de acuerdo al siguiente detalle:

Prestación Principal:

100% del monto total del contrato por prestación principal contra la presentación del Anexo N° 14: Acta de Instalación, Prueba Operativa y Conformidad de (los) Equipo (s) en el lugar destino, debidamente llenada y con las firmas del caso.

De acuerdo al artículo 176 del Reglamento, para efectos del pago de las contraprestaciones ejecutadas por el contratista, la Entidad deberá contar con la siguiente documentación:

- *Acta de Instalación, Prueba Operativa y Conformidad de los Equipos (Anexo N° 14) Factura (original, SUNAT y copia Adquirente o Usuario).*
- *Orden de Compra / Guía de Internamiento (original y 1 copia).*

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

LA ENTIDAD debe efectuar el pago dentro de los quince (15) días calendario siguiente al otorgamiento de la conformidad respectiva, siempre que se verifiquen las demás condiciones establecidas en el contrato.

En caso de retraso en el pago, EL CONTRATISTA tendrá derecho al pago de intereses conforme a lo establecido en el artículo 48 de la Ley de Contrataciones del Estado, contado desde la oportunidad en el que el pago debió efectuarse".

La referida cláusula expresa que la Entidad cancelará el monto ascendente a S/. 660,000.00 (seiscientos sesenta mil y 00/100 Nuevos Soles) dentro del plazo de quince (15) días calendario siguientes al otorgamiento de la conformidad respectiva, siempre que se verifiquen las demás condiciones establecidas. En lo subrayado, se realizará un análisis

contrastando lo alegado por la Entidad y lo estipulado en las bases integradas de acuerdo a la cláusula sexta del contrato².

En ese orden de ideas, la Entidad concierta en que el Contratista sí cumplió con su obligación de entrega de las dos (02) máquinas lavadoras adquiridas por el Ministerio de Salud de acuerdo al contrato suscrito por las partes y por ende procedió a suscribir el Acta de Instalación —entrega que no se encuentra en discusión por la Entidad—. Sin embargo, conforme se ha señalado en el análisis del punto controvertido anterior, la Entidad ha discrepado de las formalidades que se han seguido para la formalización del pago en cuanto a que el Acta de Instalación no siguió los lineamientos establecidos en las condiciones de recepción y entrega (según condiciones mínimas relacionadas a la prestación), además indicando que quien suscribió la señalada Acta, no se encontraba facultado para el mismo por lo que solicitó la improcedencia del pago.

A lo expuesto por este Colegiado hasta el presente punto, se determinó la conformidad de la Resolución del Contrato analizando previamente para ello la correcta formalización del Acta de Conformidad de Recepción, Instalación y Pruebas Operativas esgrimiendo cada uno de los argumentos expuestos por la Entidad. Ahora bien, siendo que el Acta es válida y la Conformidad de recepción procedió según los lineamientos de las Bases, y las condiciones mínimas relacionadas a la prestación, corresponde ahora determinar la procedencia o no de este pago al Contratista.

Bajo este contexto, y continuando con el análisis, según la cláusula cuarta del contrato la Entidad debió de efectuar el pago al Contratista luego de emitida la conformidad de los bienes entregados, de acuerdo a lo establecido en los artículos N° 176³ y 181° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

² Cláusula Sexta: Partes Integrantes del Contrato

El presente contrato está conformado por las Bases Integradas, la oferta ganadora y los documentos derivados del proceso de selección que establezcan obligaciones para las partes.

³ Artículo 176: Recepción y conformidad

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

La conformidad requiere del informe del funcionario responsable del área usuaria, quien deberá verificar, dependiendo de la naturaleza de la prestación, la calidad, cantidad y cumplimiento de las condiciones contractuales, debiendo realizar las pruebas que fueran necesarias. Tratándose de órdenes de compra o de servicio, derivadas de Adjudicaciones de Menor Cuantía distintas a las de consultoría y ejecución de obras, la conformidad puede consignarse en dicho documento.

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

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

Este último artículo refiere:

Artículo 181.- Plazos para los pagos

La Entidad deberá pagar las contraprestaciones pactadas a favor del contratista en la oportunidad establecida en las Bases o en el contrato. Para tal efecto, el responsable de otorgar la conformidad de recepción de los bienes o servicios, deberá hacerlo en un plazo que no excederá de los diez (10) días calendario de ser éstos recibidos, a fin que la Entidad cumpla con la obligación de efectuar el pago dentro de los quince (15) días calendario siguientes, siempre que se verifiquen las demás condiciones establecidas en el contrato. En caso de retraso en el pago, el contratista tendrá derecho al pago de intereses conforme a lo establecido en el artículo 48 de la Ley, contado desde la oportunidad en que el pago debió efectuarse. (...)

Estando a lo expuesto en el Contrato conviene verificar lo establecido por las Bases Integradas, en cuanto al numeral 2.8 respecto a la Forma de Pago:

2. 10 Forma de Pago

La Entidad deberá realizar el pago de la contraprestación pactada a favor del Contratista de la siguiente manera:

Prestación Principal:

100% del monto total del contrato de la prestación principal contra la presentación del Anexo N° 14: Acta de pagar las contraprestaciones pactadas a favor del contratista en la oportunidad establecida en las Bases o en el contrato. Para tal efecto, el Acta de Instalación, Prueba Operativa y Conformidad de (los) Equipo(s) en el lugar de destino, debidamente llenada y con las firmas del caso.

De acuerdo con el artículo 176 del Reglamento, para efectos del pago de las contraprestaciones ejecutadas por el contratista, la Entidad deberá contar con la siguiente documentación:

- *Acta de Instalación, Prueba Operativa y Conformidad de los Equipos (Anexo N° 14) Factura (Original, SUNAT y 1 copia Adquirente o Usuario) Por definir de acuerdo a lo indicado en la Nota N° 1.*
- *Orden de Compra/ Guía de Internamiento (Original y 1 copia)".*

En lo detallado, habiendo otorgado la Entidad la conformidad en la que se ha señalado que el Contratista ha cumplido con sus obligaciones, correspondería que el Ministerio de Salud en atención a lo estipulado en el artículo 176° del Reglamento y lo establecido tanto en el Contrato como en las Bases, tras la presentación del Acta de Instalación referida y al contar con las facturas recepcionadas por su representada en fecha 23 de abril de 2014, y Guías de Remisión en fecha 1 de abril de 2014⁴, corresponde que la Entidad pague la contraprestación derivada del contrato materia de controversia, esto es, el monto ascendente a S/. 660,000.00 (Seiscientos Sesenta Mil y 00/100 Nuevos Soles).

Asimismo, como puede apreciarse de las disposiciones mencionadas, la Entidad no solo deberá efectuar el pago al Contratista el referido pago, sino también, siguiendo la segunda parte de la segunda pretensión, el pago de los intereses legales, de conformidad al artículo 48⁵ de la Ley de Contrataciones del Estado, ante la comprobación del retraso en el pago por parte de la Entidad.

Al respecto, la regulación establecida en la Ley de Contrataciones del Estado determina que en caso de atraso por parte de la Entidad corresponde el pago de intereses legales a favor del Contratista. En base a ello, el Contratista ha adjuntado la documentación pertinente para su pago, con fecha 23 de abril de 2014, tal como se puede observar en el sello de recepción, en tal sentido la Entidad tuvo como fecha para cancelar hasta el 08 de mayo de 2014, es decir quince (15) días siguientes de dicha entrega para el cumplimiento del pago.

En relación al pago de Intereses, en este extremo, habiendo el Tribunal determinado que el Ministerio de Salud pague favor de Ferco Medical SAC, el monto ascendente a S/. 660,000.00 (seiscientos sesenta mil y 00/100 Nuevos Soles), por los motivos expuestos en el presente laudo, corresponde determinar si corresponde otorgar al Contratista los intereses solicitados sobre la base del monto adeudado por la Entidad a su favor; para lo cual, el Tribunal Arbitral considera conveniente analizar la figura de los intereses.

En este punto conviene citar ilustrativamente a los doctores Felipe Osterling Parodi y Mario Castillo Freyre⁶:

"(...) Debe quedar claro que el pago de intereses es susceptible de aplicarse a todo tipo de deudas, entendiéndose: deuda pecuniaria o

⁴ Documentos adjuntos en calidad de medios probatorios al escrito de demanda Arbitral presentada por el Contratista en fecha 19 de febrero de 2015, los mismos que obran en autos.

⁵ "Artículo 48°.- Intereses y penalidades

En caso de atraso en el pago por parte de la Entidad, salvo que se deba a caso fortuito o fuerza mayor, ésta reconocerá al contratista los intereses legales correspondientes. Igual derecho corresponde a la Entidad en caso sea la acreedora. (...)".

⁶ OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. "Compendio de Derecho de las Obligaciones". Lima: Palestra Editores, p.517.

dineraria y deuda no pecuniaria o de valor (...). De este modo, no la naturaleza de la obligación principal, ni el objeto de su prestación, constituyen óbice para el cobro de los intereses". (El subrayado es nuestro).

El ordenamiento peruano ha establecido en su artículo 1246° que, si no se ha convenido interés moratorio, el deudor sólo está obligado a pagar por causa de mora el interés compensatorio pactado y, en su defecto, el interés legal; tomando en cuenta que no se ha pactado ningún interés, correspondería entonces aplicar el Interés Legal.

Ahora, para la determinación de la fecha de la intimación en mora a efectos de calcular los intereses a ser pagados respecto de los montos pretendidos por Ferco Medical S.A.C., se debe tener en cuenta lo señalado por el artículo 1334° del Código Civil, según el cual:

"Artículo 1334°.- En las obligaciones de dar sumas de dinero cuyo monto requiera ser determinado mediante resolución judicial, hay mora a partir de la fecha de la citación con la demanda (...)"

Tal situación ocurre con la citación con la demanda en el caso de procesos judiciales, pero en el caso de los procesos arbitrales la situación análoga ocurre cuando, en aplicación del convenio arbitral, una de las partes emplaza a la otra con las pretensiones que serán discutidas en el arbitraje, es decir, con la notificación de la solicitud de arbitraje, conforme a lo indicado en la Octava Disposición Complementaria de Ley de Arbitraje.

En ese sentido, la indicada normativa, señala que:

"Para efectos de lo dispuesto en los artículos 1334° y 1428° del Código Civil, la referencia a la citación con la demanda se entenderá referida en materia arbitral a la recepción de la solicitud para someter la controversia a arbitraje."

De lo expuesto por dicho articulado, se desprende que los intereses para cuyo cálculo se aplicará la tasa de interés legal, se deberá computar a partir de la fecha de comunicada a la Entidad la solicitud de inicio del presente arbitraje.

En el presente caso, el Ministerio de Salud fue emplazado con la solicitud de arbitraje planteada por Ferco Medical con fecha de 25 de noviembre del 2014.

Por lo expuesto, se resuelve declarar FUNDADA la Segunda Pretensión Principal, correspondiente al Segundo Punto Controvertido, debiendo ordenarse al Ministerio de

Salud pague favor de Ferco Medical SAC, el monto ascendente a S/. 660,000.00 (seiscientos sesenta mil y 00/100 Nuevos Soles), debiendo reconocerse los intereses legales desde la solicitud de arbitraje, hasta la fecha de cancelación, por los fundamentos antes expuestos.

TERCER PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde que el Tribunal si declara fundada la primera pretensión, se reconozca y ordene al Ministerio de Salud, el pago de indemnización por daño emergente y lucro cesante por la suma de S/. 240,000.00 nuevos soles.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

En el presente punto controvertido el Tribunal Arbitral determinará si corresponde o no declarar que existe obligación de pago de parte del Ministerio de Salud por concepto de indemnización de daños y perjuicios, que el Contratista ha solicitado como su tercera pretensión.

Al respecto, se aprecia que el Contratista solicita el pago de S/.*240,000.00 (Doscientos Cuarenta Mil y 00/100 Nuevos Soles) por concepto de indemnización por daños y perjuicios.

Respecto a indemnización en caso de resolución de contrato, el artículo 170° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado señala:

Artículo 170.- Efectos de la resolución

Si la parte perjudicada es la Entidad, ésta ejecutará las garantías que el contratista hubiera otorgado, sin perjuicio de la indemnización por los mayores daños y perjuicios irrogados.

Si la parte perjudicada es el contratista, la Entidad deberá reconocerle la respectiva indemnización por los daños y perjuicios irrogados, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad.

Cualquier controversia relacionada con la resolución del contrato podrá ser sometida por la parte interesada a conciliación y/o arbitraje dentro de los quince (15) días hábiles siguientes de comunicada la resolución. Vencido este plazo sin que se haya iniciado ninguno de estos procedimientos, se entenderá que la resolución del contrato ha quedado consentida." (El resaltado es nuestro).

Ahora bien, se observa que el Contratista en su tercera pretensión solicita el reconocimiento de una indemnización por daño emergente y lucro cesante como consecuencia de la resolución de contrato efectuada por dicha empresa por causas

imputables a la Entidad por el monto ascendente a S/. 240,000.00 (Doscientos Cuarenta Mil y 00/100 nuevos soles).

En ese sentido, es necesario precisar que, ante lo estipulado en el referido artículo reglamentario concordante con la Ley de Contrataciones del Estado⁷, para el caso de la indemnización de daños y perjuicios derivados de la resolución de contrato (responsabilidad contractual), estamos frente a un supuesto de responsabilidad objetiva, la cual se produce cuando *debe responder por el daño quien de hecho lo causa, con independencia de que haya tenido o no culpa de su producción, es decir, independientemente de su conducta. Según esta teoría, el centro del deber de responder estaría en el daño mismo, no en el sujeto que lo causa. La responsabilidad es por este motivo objetiva, no subjetiva*⁸.

Reforzando lo expuesto, se hará referencia a doctrina autorizada, Carlo Castronovo, Gastón Fernández y Leysser León⁹:

"(...) [A] diferencia de la responsabilidad subjetiva, donde la culpa y el dolo son criterios de calificación del nexo causal, de modo que la presencia de este último se establece en el caso concreto, en la responsabilidad objetiva el juicio es puramente tipológico, y consiste en la decisión sobre si el hecho producido pertenece o no a la serie de aquellos hechos que el criterio de imputación adscribe a cierta esfera subjetiva por su simple acaecimiento. Esto significa que en la responsabilidad objetiva no puede plantearse un problema de relación de causalidad, porque éste ya ha sido resuelto previamente, en la descripción de la fattispecie; por lo tanto, la presencia de los elementos de ésta en el caso concreto es suficiente para efectos del juicio de responsabilidad".

En esa línea, citamos también a Gastón Fernández y Leysser León¹⁰, quienes precisan lo siguiente:

⁷ Artículo 44° de la Ley de Contrataciones del Estado

" (...) Cuando se resuelva el contrato, por causas imputables a alguna de las partes, se deberá resarcir los daños y perjuicios ocasionados"

⁸ Responsabilidad Civil Daños y Perjuicios. Doctrina Nacional. Jurisprudencia Actualizada (1998 – 2008). Legislación Aplicable. Corte Suprema de Justicia. Asunción: 2008. Pág.

⁹ FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón y LEÓN HILARIO, Leysser. *La reedificación conceptual de la responsabilidad extracontractual objetiva*. En: Artículo. Tema Central: El Derecho Civil en el Perú. Visión de la doctrina nacional y extranjera luego de 20 años de vigencia del Código Civil de 1984. Pág. 20.

¹⁰ *Ibidem*. Pág. 17.

"Lo correcto, se dice entonces, sería identificar como «responsabilidad objetiva», básicamente, la situación en la que alguien, señalado por la ley y ante la verificación de un presupuesto normativo, tiene que responder, sin más, frente al damnificado."

Asimismo, debemos tener en cuenta que, siendo la responsabilidad civil una institución que permite reasignar la tutela efectiva de los daños trasladándolos a quien está en mejor posición de asumirlos, el resarcimiento por los mismos permite asignar un monto indemnizatorio a la parte que ha sufrido determinados daños tutelados y a quien la institución civil reconoce como la parte que no debe ser el destinatario final de los mismos. Siendo ello así, es necesario que la parte quien los solicita pruebe efectivamente la ocurrencia del daño.

En ese orden de ideas, la presente evaluación se dilucidará en torno al elemento objetivo daño de la Responsabilidad civil, esencialmente en cuanto al daño emergente y lucro cesante manifestados por el Contratista y su efectiva producción.

Al respecto, los autores Osterling y Castillo¹¹, definen el daño emergente y al lucro cesante conforme a lo siguiente:

"En primer lugar, cabe señalar que el artículo bajo análisis es aplicable al ámbito de la responsabilidad contractual (...) La distinción clásica entre daño emergente (damnum emergens) y lucro cesante (lucrum cessans) está dada por la disminución del patrimonio en el primero, y por la privación del aumento o por la supresión de la ganancia esperada en el segundo. Así, el daño emergente se traduce en el empobrecimiento del factor económico actual del patrimonio del sujeto. De ahí que la doctrina no duda en señalar que viene constituido por el perjuicio efectivamente sufrido. El lucro cesante, por su parte, es la frustración traducida en un empobrecimiento patrimonial (...) Ambos elementos – el daño emergente y el lucro cesante – son comprendidos en la indemnización en sí, sin los cuales ésta no alcanzaría su fin, el mismo que consiste en colocar al perjudicado o a la víctima en la misma situación que si la obligación hubiera sido ejecutada".

Asimismo, Espinoza Espinoza, al respecto señala lo siguiente:

"Daño patrimonial: consiste en la lesión de derechos de naturaleza económica, que debe ser reparada. Este a su vez, se clasifica en:

¹¹ OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Maric. *Compendio de Derecho de las Obligaciones*. Lima. Palestra Editores, 2008. Pág. 865 y 867.

- 1.1. *Daño emergente: es la pérdida que sobreviene en el patrimonio del sujeto afectado por el incumplimiento de un contrato o por haber sido perjudicado por un acto ilícito, o como sostiene un sector autorizado de la doctrina italiana, "la disminución de la esfera patrimonial" del dañado.*
- 1.2. *Lucro cesante: se manifiesta por el no incremento en el patrimonio del dañado (sea por el incumplimiento de un contrato o por un acto ilícito). Es "la ganancia patrimonial neta dejada de percibir" por el dañado.*

Asimismo, el autor Rioja Bermúdez¹², sobre la diferencia entre el daño emergente y el daño lucro cesante, precisa lo siguiente:

"La diferencia entre ambos conceptos radica en que mientras el daño emergente es el «egreso patrimonial», el «desembolso», el lucro cesante es el «no ingreso patrimonial», el «no embolso», la pérdida sufrida», la «ganancia frustrada»."

Estando a lo precisado anteriormente, este Colegiado analizará cada uno de los conceptos que han sido requeridos por el Contratista:

1. DAÑO EMERGENTE

En fundamentación de este concepto, la Contratista señala que el daño emergente quedaría constituido por la ruptura del vínculo contractual por culpa de incumplimiento injustificado del pago por parte de la demandada, resolución contractual que tiene consecuencias patrimoniales en desmedro de su representada, recalcando que se trataría de un incumplimiento injustificado de sus obligaciones principales.

Ahora bien, el Contratista detalla asimismo que este daño emergente se encontraría acreditado en la dilación de no efectivizarse el pago correspondiente por la Entidad dentro de los plazos establecidos en la norma de la materia y en el contrato de manera injustificada, generando a su representada una falta en el retorno de la inversión en los equipos adquiridos al fabricante toda vez que ha pagado a éste la totalidad de los costos de los equipos y de instalación en las instalaciones de la Entidad.

Así, en cuanto a ese concepto, el Contratista alega que sus perjuicios económicos serían la falta de liquidez y capital de trabajo para futuros negocios y el pago de obligaciones con terceros al no obtener la ganancia esperada y programada en los plazos contractuales.

¹² <http://blog.pucp.edu.pe/item/89441/lucro-cesante>.

El presente punto, se avocará entonces a determinar si corresponde reconocer y ordenar a la Entidad a cumplir el primer concepto por indemnización en cuanto a daño emergente.

Siendo ello así, es de verificar que lo determinado hasta este acápite es la falta de cumplimiento en el pago de la contraprestación al Contratista, la resolución del contrato ha sido confirmada en el punto controvertido primero y la obligación de pago ordenada a atender por la Entidad. Resultando entonces ser todos estos hechos constitutivos de la responsabilidad civil, tal como lo hemos señalado *ut supra* en el preámbulo del presente análisis, pasaremos a determinar si el Contratista ha acreditado el daño emergente que solicita, siendo éste: La falta de liquidez y capital de trabajo para futuros negocios y para atender el pago de obligaciones con terceros.

En este sentido, siendo que la acreditación probatoria de las alegaciones es la actividad necesaria que implica demostrar la certeza en el Tribunal de un hecho, su existencia o contenido según los medios establecidos por la ley, ésta recaerá en la parte quien alega algo, ya que por principio probatorio se establece que quien alega debe probar la veracidad de aquello que afirma.

Ahora bien, en lo referente al daño emergente alegado: *"Falta de liquidez y capital de trabajo para futuros negocios y el perjuicio económico para atender el pago de obligaciones con terceros"*, no cabe duda que es la empresa y no la Entidad quien tiene la mayor disponibilidad de los elementos probatorios acerca de la falta de liquidez de aquélla y las obligaciones que tiene con terceros, ya que al alcance de la empresa y no de la Entidad se encuentran los medios probatorios que la determinen.

Siendo ello así, de la revisión al expediente arbitral y medios probatorios que se presentan¹³, se ha verificado la existencia de un efectivo cumplimiento del Contratista en sus obligaciones principales y de la inversión realizada en este contrato, mas no una determinación de los daños efectivos que señala ni el monto que solicita, esto es de S/. 240,000.00 (Doscientos Cuarenta Mil con 00/100 Nuevos Soles).

En consecuencia, no siendo apreciable la mala situación económica de la empresa por la falta de liquidez, se sostiene que no basta con la mera afirmación de dicha empresa acerca de su situación de falta de liquidez, sino que es necesaria, además, su acreditación.

¹³ Según el punto IV. "Medios Probatorios" del escrito de Demanda Arbitral presentado por el Contratista en fecha 19 de febrero de 2015, estos se verifican en autos: El contrato N° 353-2013-MINSA, el Acta de Instalación, Prueba Operativa y Conformidad de los equipos adquiridos, las Guías de remisión de los equipos y las facturas presentada ante la Entidad, las cartas de requerimiento de pago a la Entidad, la Carta Notarial de Resolución de Contrato, y correos electrónicos respecto a coordinaciones para absolver la falta de pago de la Entidad

La documentación que adjunta no evidencia ni da fe indubitable de la existencia de algún daño o perjuicio como la falta de liquidez y capital de trabajo para futuros negocios y para atender sus obligaciones con terceros; es decir, la Contratista no ha presentado medios probatorios fehacientes en las cuales se verifiquen el detrimento económico en su patrimonio que le impida contraer nuevos negocios, y hacer cumplimiento de sus obligaciones con terceros.

Por otro lado, sumado a la falta de documentación sustentaría que acredite la entidad del daño, tampoco se aprecia la forma de cálculo llevado a cabo, que arrojaría la suma de S/. 240,000.00 (Doscientos Cuarenta Mil con 00/100 Nuevos Soles) como monto de indemnización. Por lo que a consideración de lo aquí expuesto, no corresponde reconocer ni ordenar el pago de una indemnización por el daño emergente alegado.

2. DAÑO POR LUCRO CESANTE

En cuanto a este concepto, la Contratista argumenta que el lucro cesante se encuentra motivada en la negativa injustificada de la demandada de ejecutar el pago dentro de los plazos establecidos dilatando su ejecución a pesar de que su representada haya cumplido con todos los procedimientos para su emisión, lo que le generó a su decir, un perjuicio económico en no percibir la contraprestación pactada en el contrato, incremento patrimonial que no ha sido efectivizado por el incumplimiento de la Entidad, lo que generó que su parte proceda al presente arbitraje con los costos que ello implica.

Al respecto, se observa que el Contratista detalla como lucro cesante la falta de un incremento en su patrimonio ante el no pago de la contraprestación debido por la Entidad en su momento.

Ahora bien, estando determinado hasta este punto que realmente existió este incumplimiento de obligaciones esenciales de la Entidad (falta de pago al Contratista en su oportunidad, según lo analizado en los puntos controvertidos primero y segundo), corresponde ahora verificar en un primer momento, la existencia de un lucro cesante derivado del incumplimiento, es decir la acreditación de ganancias frustradas o utilidades que pudo haber obtenido el Contratista en el caso de que la Entidad hubiese cumplido de forma debida su obligación. De estar acreditada esta existencia de lucro cesante y por ende, de utilidades frustradas, se realizará un segundo análisis respecto del monto al cual asciende este concepto y que solicita el Contratista, es decir la acreditación de la suma de S/. 240, 000.00 nuevos soles.

Valga decir que la diferencia existente entre la prueba del lucro cesante y la prueba de cualquier otro hecho constitutivo de una pretensión es que el lucro cesante no está referido a un hecho acontecido sino a un hecho que podría haber acontecido, es decir

las utilidades dejadas de percibir producto de un incumplimiento contractual, y que no se produjo.

De ello se contempla que el objeto de la prueba versa en el presente caso de las posibles ganancias y utilidades que el Contratista pudo haber obtenido, mediante la acreditación de hechos que sean indicativos de que las mismas pudieron realmente haberse producido.

Ahora bien, de lo expuesto por el Contratista no se desprende cuáles hubieran sido esas posibles ganancias que pudo haber obtenido de haber recibido su contraprestación en el momento oportuno, lo cual pudo haberse manifestado con medios de prueba tales como la propia contabilidad de su empresa, sus declaraciones fiscales o bien a una pericial que las determine de acuerdo con criterios medios, esto es, las ganancias habituales o normales en el sector de actividad para una empresa como la de su talla.

En ese sentido, es de verificar que el Contratista no ha presentado adicionales medios probatorios que los exhibidos para acreditar su cumplimiento de obligaciones, mas no para indicar el daño lucro cesante que alega o las ganancias frustradas que pudiera haber percibido.

Como segundo punto, en cuanto a la cuantía de la presente pretensión, la Contratista solicitó la suma de S/. 240,000.00 (Doscientos Cuarenta Mil con 00/100 Nuevos Soles), siendo que no se ha determinado la existencia de los daños por lucro cesante por falta de prueba de la entidad del mismo, no se cuenta con una base cierta y concreta a partir de las cuales se podría llevar a cabo su valoración.

Por tal razón, tratándose de una falta de acreditación de un incremento patrimonial que potencialmente puede haber existido de haber cumplido la Entidad con sus obligaciones, el reconocimiento solicitado debe desestimarse, en atención a que el Contratista no determina en primer lugar cuál sería la entidad del daño lucro cesante ocasionado a su representada ni justifica con elementos probatorios objetivos el monto solicitado ascendente a la suma de S/. 240,000.00 (Doscientos Cuarenta Mil con 00/100 Nuevos Soles).

Por lo tanto, estando a lo señalado anteriormente, el Tribunal Arbitral considera que el elemento daño de la Responsabilidad Civil para atribuir la indemnización por la resolución del Contrato realizada por la Contratista, no ha sido configurado, en la medida que la demandante no ha cumplido con acreditar el daño emergente ni el lucro cesante sufridos por la resolución contractual¹⁴.

¹⁴ Situaciones que sí podrían acreditar la existencia de daños o perjuicios ocasionados por la resolución del contrato, en opinión del Tribunal Arbitral, serían los gastos derivados por el trámite notarial a realizar para cumplir con la formalidad para resolver en

En consecuencia, corresponde que el Tribunal Arbitral declare INFUNDADA la Tercera Pretensión Principal de la Demanda, analizada en el presente Punto Controvertido, por las razones expuestas en los párrafos precedentes.

CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no que el Tribunal ordene al Ministerio de Salud el pago de las costas y costos del proceso Arbitral.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

Del presente punto controvertido, se analizará previamente la pretensión de la cual deriva la misma, esto es la cuarta Pretensión Principal que en su oportunidad solicitó el Contratista en los siguiente términos: "Que se reconozca y ordene al Ministerio de Salud el pago de los costas y costas del proceso arbitral; gastos de abogados, etc."

Mediante la referida pretensión es de apreciar que el Contratista ha señalado no solo la orden de pago a la Entidad respecto a los costos que ha asumido en el presente arbitraje, sino también su previo reconocimiento de pago.

Así también, que el Tribunal Arbitral se pronuncie sobre los siguientes conceptos determinados: Costas y costos del arbitraje, así como gastos de abogados, de lo cual el Tribunal Arbitral hará objeto el presente análisis; en tanto que el término "etc" referido por el Contratista no ha sido, a lo largo del iter procesal, precisado por la demandante.

De lo expuesto, se tendrá presente en primer lugar el marco normativo que regula la presente pretensión, para dar pase luego al estudio de cada uno de los conceptos solicitados por el Contratista en la cuarta y última pretensión principal.

Siguiendo el orden expuesto, el artículo 70º del Decreto Legislativo N° 1071, Ley de Arbitraje, dispone que:

"El tribunal arbitral fijará en el laudo los costos del arbitraje. Los costos del arbitraje comprenden: a) Los honorarios y gastos del tribunal arbitral; b) Los honorarios y gastos del secretario; c) Los gastos administrativos de la institución arbitral; d) Los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral; e) Los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje; f) Los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales".

Asimismo, el numeral 1) del artículo 72° del mismo cuerpo legislativo dispone que los árbitros se pronunciarán en el laudo arbitral sobre los costos indicados en su artículo 70°:

"1. Una vez constituido, el tribunal arbitral podrá requerir a cada una de las partes que entregue un anticipo de los costos previstos en el artículo 70. En el curso de las actuaciones, el tribunal arbitral podrá requerir anticipos adicionales a las partes. Las partes asumirán los anticipos en proporciones iguales, sin perjuicio de lo que decida el tribunal arbitral sobre su distribución en el laudo".

De igual manera, el numeral 1) del artículo 73° de la citada ley señala que los árbitros deben tener presente, de ser el caso, lo pactado en el convenio arbitral; además, tal precepto 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:

"1. El tribunal arbitral tendrá en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes. A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso".

Ahora bien, respecto al primer concepto de pago, esto es costos y costas del arbitraje, se verifica de la revisión al convenio arbitral contenido en el Contrato materia de la controversia que, las partes no han establecido pacto alguno acerca de los costos y costas del arbitraje. Atendiendo a esta situación, corresponde que el Colegiado se pronuncie sobre este tema de manera discrecional y apelando a su debida prudencia a fin de establecer si corresponde la atribución de los gastos arbitrales a una de las partes y de ser el caso en qué medida debería asumir el pago por dichos conceptos, o la aplicación de un prorrateo razonable entre las partes.

En esta orientación, a decir de doctrina autorizada¹⁵ respecto a la distribución de los costos es necesario tener en cuenta que la regla general es el criterio de que "los costos siguen el evento", es decir, que en atención a lo determinado en el fallo de las pretensiones principales, la distribución de los costos arbitrales deberá seguir la línea del criterio adoptado.

¹⁵ Escorra Rivero, Huáscar. Comentarios al artículo 73°. En: Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje. Instituto Peruano de Arbitraje. Primera Edición. Lima 2011. Pág. 813.

Planteado elio, vemos que la controversia versó principalmente en la determinación de la confirmación de la Resolución del Contrato N° 353-2013-MINSA debido a un incumplimiento en las obligaciones principales de la Entidad. En ese sentido, se confirmó a referida resolución contractual ordenando a la Entidad al pago correspondiente a la contraprestación pactada en el contrato más los intereses legales al Contratista. Por último, vista la solicitud de indemnización del Contratista, este Colegiado luego de un análisis de las pruebas y documentos arbitrales, determinó que no correspondía su reconocimiento y orden de pago a la Entidad.

Desde esta perspectiva, se verifica del resultado del presente arbitraje que, en puridad, no puede afirmarse que existe una "parte perdedora", en vista de que ambas partes tuvieron motivos suficientes y atendibles para litigar, 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.

De manera que, este Colegiado, siendo consecuente con lo resuelto en este laudo y atendiendo al resultado que se desprendió del análisis fáctico de los hechos y de los medios probatorios ofrecidos por las partes, determina disponer que la Entidad asuma el 100% de los costos y costas del proceso; esto comprende, el pago de los honorarios arbitrales y honorarios de la Secretaría Arbitral incurridos por Ferco Medical S.A.C., así como el pago de los honorarios arbitrales propios; cuyos montos fueron estimados mediante Acta de Instalación de Tribunal Arbitral Ad Hoc de fecha 10 de febrero de 2015.

Acorde con los hechos expuestos en el iter procesal, y de apreciación a lo declarado en su oportunidad en la referida Acta de Instalación, tenemos de apreciación el siguiente cuadro resumen que expone los gastos asumidos en el presente arbitraje por cada parte:

Cuadro Resumen de los Honorarios Arbitrales:

GASTOS ARBITRALES	DEMANDA Asumidos por la Entidad	RECONVENCIÓN Asumidos por el Contratista
Honorarios de cada Árbitro	S/. 4,350.00 (monto neto) S/. 13,050.00 (pago total neto del Tribunal Arbitral)	S/. 4,350.00 (monto neto) S/. 13,050.00 (pago total neto del Tribunal Arbitral)
Honorarios de la Secretaría Arbitral	S/. 3,130.00 (monto neto)	S/. 3,130.00 (monto neto)
Pago Total	S/. 16,180.00 (monto neto)	S/. 16,180.00 (monto neto)

De esta forma, este Tribunal dispone que la Entidad asuma el 100% de los honorarios arbitrales del presente proceso; y en consecuencia que pague a favor de Ferco Medical S.A.C. la suma de S/. 16,180.00 (Dieciséis Mil Ciento Ochenta con 00/100 Nuevos Soles) monto neto, correspondiente al 50% de los Honorarios del Tribunal Arbitral y de Secretaría Arbitral asumidos en su oportunidad por el Contratista.

Ahora bien, como segundo punto de análisis tenemos la solicitud presentada por el Contratista en cuanto al reconocimiento y orden de pago de los gastos de abogados incurridos en el trámite del proceso.

Al respecto, la experiencia arbitral nacional, es de posición mayoritaria tratar el concepto de gastos de abogados, comprendido dentro del ámbito de los gastos de defensa en términos de nuestra actual normativa de arbitraje, como punto aparte de los costos y costas del proceso. Siendo en consecuencia, que de ello derivaría un trato diferente de los gastos de defensa como una solicitud similar al reclamo por daños, de lo cual correspondería que a quien los solicita la carga de la prueba.

En orden a lo expuesto, De Trazegnies¹⁶ manifiesta lo siguiente:

"Hay una serie de razones que justifican un tratamiento diferenciado de los gastos de defensa. En primer lugar, a diferencia de los costos del procedimiento arbitral, que son decididos o cuando menos controlados por el Tribunal Arbitral, los gastos de defensa son incurridos a sola discreción de parte. Así, se conforman luego de una serie de decisiones unilaterales por éstas como parte de su estrategia de defensa.

De ello se deriva que los gastos de defensa son asimilables a cualquier otro reclamo por daños. Corresponde a quien los solicita la carga de probarlos a satisfacción del tribunal. Ello a diferencia de los costos del procedimiento respecto de los cuales no suele existir – por encontrarse bajo la esfera de actuaciones del Tribunal – controversia respecto de los montos de los mismos."

Siguiendo este lineamiento, en evaluación a la correspondencia del reconocimiento y pago de gastos de abogados, de la revisión a los documentos presentados en el presente proceso, este Colegiado verifica que en primer lugar la demandante no ha adjuntado medios probatorios que sustenten su solicitud de reconocimiento de pago por dicho concepto; asimismo, dicha parte no ha determinado el monto al cual asciende su petición.

¹⁶ DE TRAZEGNIES THORNE, Carolina. Comentarios al artículo 70°. En: Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje. Instituto Peruano de Arbitraje. Primera Edición. Lima 2011. Pág. 792.

En tanto que, como se precisó *ut supra*, esta determinación es carga de la demandante, este Colegiado estima disponer que por el presente concepto referido a gastos de abogados, no corresponde declarar su reconocimiento ni orden de pago a la Entidad.

Por tanto, en atención a los argumentos expuestos, este Tribunal Arbitral considera declarar **FUNDADA EN PARTE** la Cuarta Pretensión Principal de la Demanda, analizada en el Cuarto Punto Controvertido; y en consecuencia, reconocer al Contratista los costos y costas del presente arbitraje disponiendo que el Ministerio de Salud asuma el 100% de los honorarios arbitrales; en tal sentido, corresponde disponer que el Ministerio de Salud pague a favor de Ferco Medical S.A.C. la suma de S/. 16,180.00 (Dieciséis Mil Ciento Ochenta con 00/100 Nuevos Soles) monto neto, correspondiente al 50% de los Honorarios del Tribunal Arbitral y de Secretaría Arbitral asumidos en su oportunidad por dicha parte.

Asimismo, el Tribunal considera que no corresponde reconocer al Contratista los gastos de abogados ni la orden de pago a la Entidad por dicho concepto.

VI. SE RESUELVE

Por lo antes expuesto, el Tribunal Arbitral, en Derecho y dentro del plazo correspondiente, **LAUDA**:

PRIMERO: DECLARAR FUNDADA la Primera Pretensión Principal de la Demanda analizada en el Primer Punto Controvertido; referente a que el Tribunal Arbitral confirme la Resolución del Contrato N° 353-2013-MINSA por incumplimiento por parte de la Entidad.

SEGUNDO: DECLARAR FUNDADA la Segunda Pretensión Principal de la Demanda analizada en el Segundo Punto Controvertido; y, en consecuencia, **ORDÉNESE** al Ministerio de Salud el pago inmediato de la suma adeudada ascendiente a S/. 660,000.00 (Seiscientos Sesenta Mil y 00/100 Nuevos Soles), correspondiente al monto contractual íntegro del contrato N° 353-2013-MINSA suscrito en fecha 12 de diciembre del 2013, como obligación esencial de la Entidad incumplida, debiendo reconocerse los intereses legales desde la solicitud de arbitraje, hasta la fecha de cancelación, por los fundamentos antes expuestos.

TERCERO: DECLARAR INFUNDADA la Tercera Pretensión Principal de la Demanda analizada en el Tercer Punto Controvertido, de acuerdo a los fundamentos expuestos.

CUARTO: DECLARAR FUNDADA EN PARTE la Cuarta Pretensión Principal de la Demanda, analizada en el Cuarto Punto Controvertido; y en consecuencia, reconocer al Contratista los costos y costas del presente arbitraje disponiendo que el Ministerio de Salud asuma el 100% de los honorarios arbitrales en atención a los argumentos en la parte considerativa del presente laudo; en tal sentido, corresponde **DISPONER** que el Ministerio de Salud pague a favor de Ferco Medical S.A.C. la suma de S/. 16,180.00 (Dieciséis Mil Ciento Ochenta con 00/100 Nuevos Soles) monto neto, correspondiente al 50% de los Honorarios del Tribunal Arbitral y de Secretaría Arbitral asumidos en su oportunidad por el Contratista; y **PRECÍSESE** que no corresponde reconocer al Contratista los gastos de abogados ni que se disponga una orden de pago a la Entidad por dicho concepto, debiendo el Contratista asumir los costos en los que hubiera incurrido por este concepto.

QUINTO: DISPÓNGASE que la Secretaría Arbitral remita copia del presente laudo arbitral al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado OSCE.

Notifíquese a las partes.

Dr. Humberto Flores Arévalo
Presidente del Tribunal Arbitral


Dra. Kim Moy Camino Chung
Árbitro


Dr. Juan Huamani Chávez
Árbitro


Whitney Hernández Girón
Secretaría Arbitral