

Luj 583 - 2016

Caso Arbitral: DIPROINSA SRL VS MINISTERIO DE SALUD

Lima, 28 de diciembre de 2016

Señores
MINISTERIO DE SALUD
Av. Dos de Mayo N° 590.
San Isidro.-



Att. : Procurador Público del Ministerio de Salud
Ref.: Caso Arbitral: DIPROINSA SRL VS MINISTERIO DE SALUD
Asunto: Notificación de Laudo Arbitral y Voto Singular

De mi consideración:

Por medio de la presente y en atención al caso arbitral de la referencia, cumpro con notificarles el Laudo Arbitral de Derecho expedido en Mayoría con fecha 28 de diciembre de 2016, por los doctores Humberto Flores Arévalo, en su calidad de Presidente, y doctor Hugo Sologuren Calmet, en su calidad de árbitro, el cual consta de veinticinco (25) fojas y contiene todas las rúbricas correspondientes.

Asimismo, cumpro con notificarles el Voto Singular, del doctor Daniel Triveño Daza, en su calidad de árbitro, el cual consta de ocho (8) fojas y contiene todas las rubricas correspondientes.

En tal sentido, adjunto a la presente comunicación se les remite un ejemplar del Laudo Arbitral, y un ejemplar del Voto Singular emitido por el doctor Daniel Triveño Daza.

Lo que notifico conforme a Ley.

Atentamente,

ANDREE MAURICIO VILLENA MATTA
Secretario Arbitral

Laudo Arbitral de Derecho

Tribunal Arbitral:

Dr. Humberto Flores Arévalo

Dr. Hugo Sologuren Calmet

Abg. Daniel Triveño Daza

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

Demandante:

DIPROINSA SRL

En adelante **CONTRATISTA** o el **DEMANDANTE**.

Demandado:

MINISTERIO DE SALUD

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

Tribunal Arbitral:

Humberto Flores Arévalo

Dr. Hugo Sologuren Calmet

Dr. Daniel Triveño Daza

RESOLUCIÓN N° 28

Lima, 29 de diciembre de 2016

VISTOS:

I. ANTECEDENTES

Con fecha 04 de febrero de 2015, las partes suscribieron el contrato N° 108-2015-MINSA "para la adquisición de equipos de fumigación espacial para ser utilizados en las actividades de control vectorial contra la fiebre Chikungunya" (en adelante, el Contrato). En dicho contrato se estableció un convenio arbitral contenido en la cláusula décimo quinta.

Como consecuencia de las controversias presentadas por DIPROINSA SRL, ésta procedió a remitir la correspondiente solicitud de arbitraje, en aplicación del convenio arbitral contenido en la citada cláusula del Contrato.

II. DESARROLLO DEL PROCESO

A. Actuación Preliminar del Tribunal Arbitral

1. Con fecha 29 de mayo de 2015 se realizó la Audiencia Instalación del Tribunal Arbitral, el mismo que se constituyó para resolver las controversias suscitadas entre las partes respecto de la ejecución del Contrato

2. En dicha audiencia, los miembros del Tribunal Arbitral declararon haber sido debidamente designados, dejando constancia de que ninguno incurría en algún supuesto de incompatibilidad o compromiso alguno con las partes, por lo que se desenvolverían con imparcialidad e independencia.

3. Además, se estableció que el presente arbitraje será uno Ad-hoc, Nacional y de Derecho, y se regirá de acuerdo a las reglas establecidas en el Acta de Instalación, y por las normas contenidas en el Decreto Legislativo N° 1017 que aprobó la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF, así como por lo dispuesto en el Decreto Legislativo N° 1071, que norma el arbitraje.

4. El 19 de junio de 2015, dentro del plazo otorgado en la Audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral, el Contratista presentó su escrito de demanda, planteando las siguientes pretensiones:

PRIMERA PRETENSIÓN:

Solicitamos que el Tribunal Arbitral nos conceda la Ampliación de plazo de entrega de bienes, la cual fuera solicitada mediante carta S/N de fecha 09 de diciembre del 2014 para la orden de compra N° 1249.

SEGUNDA PRETENSIÓN:

Que, a consecuencia de ello, se reconozca y ordene pagar al contratista por parte de la Entidad los Gastos Generales, derivados de la Ampliación de Plazo solicitada.

TERCERA PRETENSIÓN:

Que se determine si corresponde o no declarar la nulidad y/o ineficacia del Oficio N° 2685-2014-OL/MINSA de fecha 16 de diciembre del 2014, que fuera recepcionada por el CONTRATISTA el 17 de Diciembre del 2014, mediante el cual la Entidad desestimó indebidamente la Ampliación de Plazo de entrega solicitada por causal de fuerza mayor.

CUARTA PRETENSIÓN:

Que se determine si corresponde o no declarar la nulidad y/o ineficacia de la supuesta penalidad interpuesta por la Entidad al contratista y en consecuencia no aplique el monto retenido indebidamente por concepto de Retenciones por pagar y otros por la suma de S/. 317.850 (trescientos Diecisiete Mil Ochocientos Cincuenta con 00/100 Nuevos Soles).

QUINTA PRETENSIÓN:

Que como consecuencia de la pretensión anterior, se ordene pagar a la ENTIDAD a favor del CONTRATISTA, la suma ascendente a S/. 317,850 (Trescientos Diecisiete Mil Ochocientos Cincuenta con 00/100 Nuevos Soles) retenido indebidamente por la entidad.

SEXTA PRETENSIÓN:

Que, dejamos expedito nuestro derecho de someter a arbitraje, cualquier controversia derivada del Contrato N° 108-2015-MINSA de fecha 04 de febrero del 2015.

5. Al respecto, mediante Resolución N° 01 se admitió a trámite la demanda, y se corrió traslado de ella a la Entidad a fin de que, en el plazo de quince (15) días hábiles, la conteste.

6. Mediante Resolución N° 02 se puso en conocimiento de las partes la carta de ampliación del deber de revelación presentada por el presidente del tribunal.

Laudo Arbitral de Derecho

Tribunal Arbitral:

Dr. Humberto Flores Arévalo

Dr. Hugo Sologuren Calmet

Abg. Daniel Triveño Daza

7. Con Escrito de fecha 10 de julio de 2015 la Entidad formula tacha y oposición contra los medios probatorios ofrecidos por el demandante.
8. Asimismo, mediante escrito de fecha 24 de julio de 2015, la Entidad dedujo excepción y contestó la demanda. Al respecto, mediante Resolución N° 03 se admitió a trámite el referido escrito y se corrió traslado del mismo al demandante a fin de que exprese lo conveniente a su derecho.
9. Mediante escrito de fecha 11 de agosto de 2015, el Contratista absolvió la tacha y oposición interpuestas por la Entidad.
10. Mediante Resolución N° 04 se otorgó al demandante un plazo de diez (10) días hábiles a fin de que traduzca los periódicos originales de una ciudad de China, ofrecidos como medios probatorios en su escrito de demanda.
11. Mediante Resolución N° 05 se tuvo presente el escrito presentado por el demandante con fecha 24 de agosto de 2015, por medio del cual absuelve la excepción de caducidad.
12. Posteriormente, mediante Resolución N° 06, el tribunal resolvió tener por no ofrecido el medio probatorio consistente en periódicos originales. Asimismo, se resolvió tener por ofrecidos por parte del Contratista los medios probatorios ofrecidos por el Contratista en su escrito de fecha 4 de septiembre de 2015 corriéndose traslado de los de ellos al demandado a fin de que exprese lo conveniente a su derecho.
13. Por otro lado, en la citada Resolución N° 06 se citó a las partes a la audiencia de fijación de puntos controvertidos para el día 1 de octubre de 2015.
14. Mediante Resolución N° 07 se tuvo presente la propuesta de puntos controvertidos presentada por las partes, y por absuelto el traslado efectuado mediante Resolución N° 06 por parte de la Entidad.
15. En el día y hora programada se realizó la Audiencia de Conciliación, y Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios, fijándose los puntos controvertidos en la siguiente manera:

Respecto a la Excepción de Caducidad.

1. *Determinar si la solicitud de inicio de arbitraje fue presentada por DIPROINSA dentro del plazo legal de 15 días o no al Ministerio de Salud y, en consecuencia, determinar si corresponde declarar fundada - o no - la excepción de caducidad.*

Respecto de la Demanda.

1. *Determinar si procede la ampliación de plazo de entrega de bienes, solicitada mediante Carta s/n de fecha 9 de diciembre de 2014.*
2. *Como consecuencia del punto 1., determinar si corresponde reconocer y ordenar al Ministerio de Salud a favor de DIPROINSA los Gastos Generales derivados de la Ampliación de Plazo solicitada.*
3. *Determinar si el Oficio N° 2685-2014-OL/MINSA de fecha 16 de diciembre de 2014 es nulo y/o ineficaz, y como consecuencia no se debe*

Tribunal Arbitral:

Dr. Humberto Flores Arévalo

Dr. Hugo Sofoguren Calmet

Abg. Daniel Triveño Daza

aplicar el monto retenido por concepto de retención por pagar y otros por la suma de S/.317.850.00 Nuevos Soles.

4. *Determinar si la penalidad interpuesta por el Ministerio de Salud es nula y/o ineficaz.*
5. *Como consecuencia del punto 3., determinar si corresponde ordenar pagar al Ministerio de Salud a favor de DIPROINSA la suma ascendente a S/.317.850.00 Nuevos Soles retenidos por la Entidad.*
6. *Determinar a quién corresponde el pago de los costos y costas del presente expediente arbitral.*

16. Posteriormente, mediante Resolución N° 08 se citó a las partes a la audiencia especial de ilustración es hasta el día miércoles 27 de octubre de 2015; asimismo se requirió al contratista que precise el contenido del CD que presentó como medio probatorio.

17. En el día y hora programada se realizó la Audiencia de Ilustración de Hechos con asistencia de ambas partes. En el acta correspondiente a la audiencia de ilustración derechos el tribunal determinó que el demandante incumplió el mandato contenido en la Resolución N° 08 precisando el contenido en medio probatorio disco compacto.

18. Mediante Resolución N° 09 el tribunal resolvió, entre otros puntos, declarar infundada la tacha formulada por el Ministerio de Salud contra el medio probatorio 9., ofrecido por el Contratista en su escrito de demanda

19. Con fecha 03 de noviembre de 2015 el Contratista presentó medios probatorios adicionales y solicitó ampliar las pretensiones de su demanda conforme al siguiente detalle:

1. *Que, se reembolse los gastos adicionales incurridos para dar cumplimiento al contrato o en su defecto se no (sic) indemnice por el monto ascendente a US\$50,000.00 (Cincuenta Mil Dólares Americanos), por los daños y perjuicios causados a efectos de cumplir con la prestación, en mérito del actuar de la Entidad.*

20. Mediante Resolución N° 10, el Colegiado tuvo por ofrecidos los medios probatorios adicionales del Demandante, otorgando a la Entidad un plazo de quince (15) días hábiles a fin de que exprese lo conveniente a su derecho respecto de los medios probatorios ofrecidos, así como de la interposición de una nueva pretensión.

21. Mediante Resolución N° 11 se tuvieron por admitidos los medios probatorios ofrecidos por el Demandante en su escrito de fecha 03 de noviembre de 2015 y se tuvo por acumulada la pretensión formulada por el contratista, otorgándosele el plazo de quince (15) días hábiles para que la fundamente.

22. Con fecha 19 de enero de 2016, y dentro del plazo otorgado, el Contratista presentó escrito mediante el cual fundamentó la pretensión acumulada.

23. Mediante Resolución N° 12 se tuvo por fundamentada la nueva pretensión planteada por el Demandante, corriéndose traslado a la Entidad por el plazo de quince (15) días hábiles a fin de que exprese lo conveniente a su derecho.

Laudo Arbitral de Derecho

Tribunal Arbitral:

Dr. Humberto Flores Arévalo

Dr. Hugo Sologuren Calmet

Abg. Daniel Triveño Daza

24. Mediante Resolución N° 13 se fijaron nuevos anticipos de honorarios arbitrales y se citó a las partes a la Audiencia Especial de Ilustración para el 15 de marzo de 2016 a las 12:00 m.
25. Ante el pedido realizado por el Contratista a través del escrito presentado el 11 de marzo de 2016, mediante Resolución N° 14, el Tribunal Arbitral resolvió suspender la Audiencia Especial de Ilustración programada para el 15 de marzo de 2016.
26. Mediante Resolución N° 15 se citó nuevamente a las partes a la Audiencia Especial de Ilustración reprogramada para el día martes 3 de mayo de 2016 en la sede del arbitraje.
27. Mediante Resolución N° 16 se tuvieron por cancelados los anticipos de honorarios arbitrales por ambas partes.
28. En el día y hora programada se realizó la Audiencia de Ilustración de Hechos con asistencia de ambas partes.
29. Mediante Resolución N° 17 se otorgó un plazo de cinco días a las partes para que presenten los medios probatorios que estimen pertinentes respecto a los hechos que fueron puestos en la Audiencia de Ilustración de Hechos.
30. Mediante Resolución N° 18 se tuvieron por ofrecidos los medios probatorios presentados por el Demandante mediante escrito de fecha 17 de mayo de 2016, corriéndose traslado del mismo a la Entidad e Salud por el plazo de cinco (5) días hábiles a fin de que exprese lo conveniente a su derecho.
31. Mediante Resolución N° 19 se tuvieron por admitidos los medios probatorios señalados en el párrafo anterior. Asimismo, se declaró el cierre de la etapa probatoria y se otorgó a las partes un plazo de cinco días a fin de presenten sus alegatos y conclusiones finales y, de ser el caso, el uso de la palabra.
32. Mediante Resolución N° 20 se tuvo presente los alegatos finales presentados por las partes y se citó nuevamente a las partes a la Audiencia de Informe Oral para el 21 de julio de 2016 a las 03:30 pm en la sede del arbitraje.
33. Ante el pedido realizado por el Contratista a través del escrito de fecha 11 de julio de 2016, mediante Resolución N° 21, el Tribunal Arbitral resolvió suspender la Audiencia Especial de Ilustración programada para el 21 de julio de 2016, re programándola para el 16 de agosto del 2016 a las 12:00 m.
34. Mediante Resolución N° 22 se suspendió la Audiencia de Informes Orales.
35. Mediante Resolución N° 23 se reprogramó la Audiencia de Informes Orales para el 2 de septiembre de 2016.
36. Mediante Resolución N° 24 se suspendió y reprogramó la Audiencia de Informes Orales para el día miércoles 5 de octubre de 2016 a las 12:00 horas.
37. Del mismo modo mediante Resolución N° 26 se cambió al secretario arbitral.

Tribunal Arbitral:

Dr. Humberto Flores Arévalo

Dr. Hugo Sologuren Calmet

Abg. Daniel Triveño Daza

38. El 5 de octubre de 2016 se realizó la Audiencia De Informes Orales con asistencia de ambas partes. Mediante Resolución N° 26 emitida en dicha audiencia se designó a un nuevo Secretario Arbitral y se fijó el plazo para laudar en 30 días hábiles.

39. Mediante Resolución N° 27 se prorrogó el plazo para laudar en 30 días hábiles adicionales, de acuerdo a las facultades establecidas en el Acta de Instalación de Tribunal Arbitral.

III. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL ARBITRAL

CUESTIONES PRELIMINARES

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

1. Que el Tribunal Arbitral se constituyó de conformidad con el convenio arbitral.
2. Que en momento alguno se recusó a algún miembro del Tribunal Arbitral, o se impugnó o reclamó contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación.
3. Que DIPROINSA SRL presentó su demanda dentro de los plazos dispuestos.
4. Que EL MINSA fue debidamente emplazado con la demanda; y presentó su contestación de demanda y reconvenición dentro de los plazos establecidos.
5. Que las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como la facultad de presentar alegatos o solicitar el uso de la palabra para informar oralmente ante el Tribunal Arbitral.
6. Que de conformidad con las reglas establecidas en el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral, las partes han tenido la oportunidad suficiente de plantear el recurso de reconsideración contra cualquier resolución distinta al laudo emitida en el presente proceso arbitral, que se hubiere dictado con inobservancia o infracción de una regla contenida en el Acta de Instalación, una norma de la Ley, del Reglamento o del Decreto Legislativo N° 1071, habiéndose producido la renuncia al derecho a objetar conforme lo señala la misma Acta de Instalación.
7. Que, el Tribunal Arbitral ha procedido a laudar dentro de los plazos aceptados por las partes.

MATERIA CONTROVERTIDA

En el presente caso, corresponde a este Tribunal Arbitral determinar las materias controvertidas de acuerdo con lo establecido en la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos.

Tribunal Arbitral:
Dr. Humberto Flores Arévalo
Dr. Hugo Sologuren Calmet
Abg. Daniel Triveño Daza

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

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

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

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

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

POSICIONES DE LAS PARTES

POSICIÓN DE LA DEMANDANTE

La demandante en su escrito de demanda señala lo siguiente:

En relación a la solicitud de ampliación de plazo de 15 días adicionales, la contratista atribuye el retraso al evento de fuerza mayor consistente en las protestas de estudiantes chinos contra el decreto de China que impedía la libre

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

Laudo Arbitral de Derecho

Tribunal Arbitral:

Dr. Humberto Flores Arévalo

Dr. Hugo Sologuren Calmet

Abg. Daniel Triveño Daza

elección de candidatos electorales, siendo que por dichos hechos se retrasó el envío de todas las mercaderías procedentes a todas las partes del mundo vía marítima, aérea, seguridad portuaria y otras instituciones gubernamentales. El contratista señala que es por ello que se retrasó el envío de la mercadería a ser entregada al MINSA.

Asimismo, el contratista manifiesta que, al enterarse del acontecimiento, un representante de su empresa viajó a la ciudad de Shenzehen, provincia de Guang Dong, de la República popular de China, habiendo tenido el deber de cuidado ante una contingencia que escapaba de su absoluta responsabilidad.

Consecuentemente, la contratista solicita el pago de los gastos generales debidamente acreditados de acuerdo al artículo 175 del reglamento, para lo cual presenta Opiniones del OSCE.

Asimismo, señala la contratista que debido a que ha sustentado su solicitud de ampliación de plazo con pruebas, corresponde declarar la nulidad del Oficio N° 2685-2014-OL/MINSA que deniega su solicitud de ampliación de plazo. La demandante sustentó la nulidad del Oficio N° 2685-2014-OL/MINSA afirmando que el mismo no se encontraba debidamente motivado y que la firma de quien suscribe dicho documento no correspondería al funcionario acreditado.

Del mismo modo, señala que debido a que ha sustentado su solicitud de ampliación de plazo no corresponde la imposición de penalidades y por el contrario corresponde el pago del monto retenido.

POSICIÓN DE LA DEMANDADA

La Entidad en su escrito de contestación de demanda señala lo siguiente:

En mérito al Contrato N° 108-2015-MINSA celebrado entre las partes con fecha 04 de febrero de 2015, el bien objeto del contrato fueron cinco [05] fumigadoras generadoras de niebla térmica y quinientos diez [510] fumigadoras en general — termo nebulizador de cañón largo, para las actividades de control vectorial de Chikunguya, bienes que fueron requeridos por mi representada con el objeto de atender la emergencia sanitaria declarada mediante Decreto Supremo N° 026-2014-SA, y ante el riesgo elevado del ingreso de la fiebre Chikunguya y la afectación de la continuidad de los servicios de la salud que brindan los establecimientos de salud del Ministerio de Salud, del Instituto de Gestión de los Servicios de Salud, de los Gobiernos Regionales e Instituto Nacional de Enfermedades Neoplásicas.

Así, debe tenerse presente que la Dirección Técnica Normativa del OSCE, mediante Opinión N° 048- 2014/DTN, se ha pronunciado señalando que para el caso de contratos derivados de una exoneración por causal de emergencia o desabastecimiento inminente, dada la naturaleza estrictamente temporal de los supuestos (como es el presente caso), no puede aplicarse figura alguna que directa o indirectamente suponga la extensión del plazo de dichos contratos. De la misma manera, el artículo 136 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, señala que "en el caso de las contrataciones exoneradas por causales de situación de desabastecimiento y situación de emergencia no serán aplicables las contrataciones complementarias."

En el presente caso, el objeto de la contratación se generó de la emergencia sanitaria declarada mediante Decreto Supremo N° 026-2014-SA, atendiendo a que a

Tribunal Arbitral:

Dr. Humberto Flores Arévalo

Dr. Hugo Sologuren Calmet

Abg. Daniel Triveño Daza

que la Organización Mundial de la Salud emitió la alerta epidemiológica al recibir la confirmación de dos casos de fiebre chikunguya en la isla Saint Martin, ubicada en el Mar del Caribe, ante lo cual el Ministerio de Salud aprobó el Plan Nacional de Preparación y Respuesta frente a la Fiebre de Chikunguya Perú 2014 (mediante Resolución Ministerial N° 427-2014/MINSA) y ante el riesgo de la transmisión autóctona del virus Chikunguya (CHIKV) declaró alerta verde a todos los establecimientos de salud a nivel nacional (mediante Resolución Ministerial N° 695-2014/MINSA). Estando a lo expuesto, nos encontramos ante un caso de contratación por causal de emergencia, para lo cual se celebró el proceso de exoneración N° 0209-2014-MINSA que derivó en la contratación de la demandante, motivo por el cual, atendiendo a las características y necesidad del servicios y conforme a lo dispuesto en la Opinión de OSCE N° 048- 2014/DTN, no procede la extensión de plazos, motivo por el cual la solicitud del demandante fue desestimada conforme se advierte del Oficio N° 2685-2014-OL-OGA/MINSA notificado al demandante con fecha 17 de diciembre de 2014.

Conforme a los fundamentos expuestos precedentemente y al haberse declarado improcedente el pedido de ampliación de plazo efectuada por la demandante, mi representada cumplió con aplicar las penalidades correspondientes por mora en la ejecución del contrato en estricto cumplimiento de lo establecido en el artículo 165° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, norma que establece que en caso de retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la Entidad aplicará al contratista una penalidad por cada día de atraso.

Debe tenerse presente que corresponde a la Entidad verificar si el contratista se ha retrasado injustificadamente en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato o no, debiendo resolver las solicitudes de ampliación de plazo que se hubieran presentado. En ese sentido, advirtiéndose que en el presente caso mi representada resolvió declarando improcedente los pedidos de ampliación del plazo contractual correspondía la aplicación de la penalidad por mora, deduciéndose el monto correspondiente de los pagos a cuenta, del pago final, en la liquidación final, o de ser necesario del monto resultante de la ejecución de las garantías de fiel cumplimiento o por el monto diferencial de propuesta, según corresponda.

En ese sentido, la pretensión descrita referida a que se deje sin efecto la aplicación de penalidades deducidas resulta totalmente improcedente.

RESPECTO DE LA EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD.

Determinar si la solicitud de inicio de arbitraje fue presentada por DIPROINSA dentro del plazo legal de 15 días o no al Ministerio de Salud, y en consecuencia, determinar si corresponde declarar fundada o no la excepción de caducidad.

POSICIÓN DE LA ENTIDAD

La Entidad fórmula excepción de caducidad señalando que mediante carta de fecha 9 de diciembre de 2014, remitida por el contratista se solicitó la ampliación del plazo de entrega de bienes relacionada con la orden de compra-guía de internamiento N° 0001249 fecha 25 de noviembre de 2014, referida al contrato.

Así, la Entidad señala que dentro del plazo de 10 días señalado en el artículo 175 del reglamento resolvió la solicitud de ampliación de plazo del contratista el cual fue notificado mediante Oficio N° 2685-2014-OL-OGA/MINSA con fecha 17 de diciembre de 2014, según la Entidad al sexto día de presentada la solicitud de ampliación.

Tribunal Arbitral:

Dr. Humberto Flores Arévalo

Dr. Hugo Sotoguren Calmet

Abg. Daniel Triveño Daza

Sin embargo, señala la Entidad que la solicitud de inicio de arbitraje del contratista fue presentada al Ministerio de Salud con fecha 10 de febrero de 2015, es decir transcurridos 37 días hábiles, los cuales exceden el plazo de 15 días hábiles señalado por el reglamento.

POSICIÓN DEL CONTRATISTA

Al respecto, el contratista señala que las aseveraciones de la Entidad son erróneas ya que mediante Oficio N° 080-2015-OL-OGA/MINSA, notificado al contratista con fecha 21 de enero de 2015, adjuntando la nota informativa N° 006-2015-OL-OGA/MINSA, la Entidad comunica su rechazo e improcedencia de la solicitud de ampliación de plazo. Así, el contratista señala que con fecha 10 de febrero de 2015, al catorceavo día de la decisión de la Entidad de desestimar la solicitud de ampliación de plazo, solicitó el inicio del proceso arbitral, es decir del dentro del plazo de caducidad.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

- 4
1. Al respecto, cabe señalar que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2004° del Código Civil "los plazos de caducidad los fija la ley, sin admitir pacto contrario".
 2. Asimismo, conforme a su artículo 2003°, la caducidad produce la extinción del derecho y la acción correspondiente, debido al transcurso del tiempo, por lo que implica la carga de ejercitar el derecho dentro del tiempo prescrito por la ley.
 3. En el presente caso, el artículo 52° de la Ley de Contrataciones del Estado (en adelante "la LCE"), norma aplicable a la controversia, establece lo siguiente:

"Artículo 52. Solución de controversias

52.1. Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato, se resuelven mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes. La conciliación debe realizarse en un centro de conciliación público o acreditado por el Ministerio de Justicia.

*52.2. **Los procedimientos de conciliación y/o arbitraje deben solicitarse en cualquier momento anterior a la fecha de culminación del contrato. Para los casos específicos en los que la materia en controversia se refiera a nulidad de contrato, resolución de contrato, ampliación de plazo contractual, recepción y conformidad de la prestación, valorizaciones o metrados, liquidación del contrato y pago, se debe iniciar el respectivo procedimiento dentro del plazo de quince (15) días hábiles conforme lo señalado en el reglamento (...)** Todos los plazos previstos son de caducidad (...)"*

5

4. Como se puede apreciar, el artículo 52º de la LCE establece dos plazos de caducidad para poder solicitar el inicio de conciliación y/o arbitraje para la solución de controversias contractuales. El primero de ellos es un plazo general, conforme al cual el procedimiento de arbitraje debe solicitarse en cualquier momento anterior a la fecha de culminación del contrato. El segundo, por el contrario, es un plazo específico de quince días hábiles, aplicable a las controversias taxativamente allí señaladas, y cuyo desarrollo ha sido delegado al Reglamento de la LCE.
5. Ambas partes han invocado la aplicación del artículo 175º del Reglamento de la LCE, que establece que "cualquier controversia relacionada con la ampliación del plazo por parte de la Entidad podrá ser sometida a conciliación y/o arbitraje dentro de los quince (15) días hábiles posteriores a la comunicación de esta decisión".
6. Ahora bien, se debe tener presente que, conforme a lo señalado en su escrito de fecha 24.07.2015, el Ministerio ha deducido "la excepción de caducidad para someter a arbitraje la controversia relacionada con la ampliación de plazo solicitada por la contratista".
7. Este colegiado estima necesario precisar que, si bien coincide con las partes respecto a que para resolver la excepción de caducidad corresponde aplicar el artículo 175º del Reglamento de la LCE, ello es así únicamente para las pretensiones expresamente relacionadas con la ampliación de plazo, esto es, todas las pretensiones planteadas a lo largo del presente proceso arbitral, con excepción de la cuarta y quinta pretensiones de la demanda, referidas a determinar si corresponde o no declarar la nulidad y/o ineficacia de la penalidad interpuesta por la Entidad y la devolución del monto de la misma.
8. En efecto, como se ha mencionado en los puntos anteriores, el artículo 52º de la LCE establece dos plazos: el general, en virtud del cual la solicitud de conciliación y/o arbitraje debe ser presentado antes de la culminación del contrato, y otro especial, aplicable a los casos específicos expresamente allí señalados, supuestos entre los que se encuentra el de las controversias referidas a la ampliación de plazo contractual, pero no las referidas a la aplicación de penalidades. Entre el listado de casos específicos, desarrollados por el Reglamento de la LCE, no se encuentra pues el de las controversias referidas a la aplicación de penalidades. Cabe precisar que las controversias sobre ampliación de plazo y penalidades si bien pueden tener algún tipo de relación, no necesariamente están vinculadas.
9. En consecuencia, para el caso de las pretensiones referidas a la ampliación de plazo corresponderá acudir al artículo 175º del Reglamento de la LCE, mientras que para el caso de las pretensiones referidas a la aplicación de penalidades se deberá tener en consideración el plazo general previsto en el artículo 52º de la LCE.
10. Hecha esta precisión, de lo expuesto por las partes durante el proceso arbitral, así como de los medios probatorios que obran en el expediente, ha quedado demostrado lo siguiente:
 - Con fecha 26.11.2014 el Consorcio recibió la Orden de Compra – Guía de Internamiento Nº 0001249 para la ADQUISICIÓN DE EQUIPOS DE FUMIGACIÓN PARA LAS ACTIVIDADES DE CONTROL

VENCTORIAL – CHIKUNGUNYA – DECRETO SUPREMO N° 026-2014-SA, por el monto total de S/. 2`445,000.00. El Contratista contaba con un plazo de quince días calendario para realizar la entrega de los bienes.

- Con fecha 09.12.2014, mediante Carta S/N, el Contratista solicita al Ministerio una ampliación de plazo de quince (15) días para la entrega de los bienes.
- El 17.12.2014, mediante la Carta N° 2685-2014-OL-OGA/MINSA, el Ministerio da respuesta a la solicitud del Contratista, comunicándole que desestima su pedido.
- El 05.01.2015, el Contratista presentó un escrito denominado "recurso de apelación", cuestionando la denegatoria de la ampliación de plazo.
- Mediante Oficio N° 080-2015-OL-OGA/MINSA, notificada al contratista el 21.01.2015 el Ministerio manifiesta que la controversia debía dirimirse por la vía arbitral.

11. Respecto de las pretensiones cuarta y quinta de la demanda, relacionadas a la aplicación de penalidades, como ya se ha expuesto los puntos anteriores, resulta aplicable el plazo general de caducidad previsto en el artículo 52° de la LCE, conforme al cual *"los procedimientos de conciliación y/o arbitraje deben solicitarse en cualquier momento anterior a la fecha de culminación del contrato"*.

12. De acuerdo a lo anterior, corresponde determinar si la solicitud de arbitraje presentada por el Contratista fue presentada antes de la culminación del Contrato. Al respecto, el artículo 42° de la LCE establece que *"los contratos de bienes y servicios culminan con la conformidad de recepción de la última prestación pactada y el pago correspondiente (...)"*.

13. En el presente caso, se tiene que la Entidad emitió su conformidad mediante Acta de Recepción y Conformidad del 23.12.2014 y Acta de Recepción y Conformidad del 26.12.2014, respectivamente.

14. Asimismo, de acuerdo a lo expuesto por ambas partes, el pago se realizó el 10.02.2015, culminando con ello el Contrato. En esta misma fecha el Contratista presentó la solicitud de arbitraje. Sin embargo, considerando que el Ministerio tiene la carga de la prueba, al haber interpuesto la excepción de caducidad, y que ambos actos – culminación del Contrato y solicitud arbitral – ocurrieron el mismo día, dicha Entidad debía acreditar fehacientemente que la solicitud arbitral se presentó indubitadamente con posterioridad al pago y consecuente culminación del Contrato, situación que en el caso materia de análisis no ha ocurrido, razón por la cual corresponde a este Tribunal Arbitral declarar infundada en este extremo la excepción de caducidad y en consecuencia declarar que la solicitud de arbitraje fue presentada antes de culminar el Contrato.

15. Ahora bien, respecto de las pretensiones vinculadas a la ampliación de plazo, corresponde señalar que el artículo 175° del RLCE establece que cualquier controversia relacionada con la ampliación del plazo por parte de

la Entidad podrá ser sometida a conciliación y/o arbitraje dentro de los quince (15) días **hábiles posteriores a la comunicación de esta decisión.**

16. Respecto de este punto, el Tribunal Arbitral manifiesta que no comparte el argumento expuesto por el Contratista en cuanto a que el plazo de caducidad de quince (15) días hábiles para someter este tipo de controversias a arbitraje debe computarse desde el 22.01.2015, esto es, desde el día siguiente de la notificación del Oficio N° 080-2015-OL-OGA/MINSA, ocurrida el 21.01.2015.
17. Como se ha mencionado en los puntos precedentes, el artículo 175° del Reglamento de la LCE establece que cualquier controversia relacionada con la ampliación del plazo por parte de la Entidad podrá ser sometida a conciliación y/o arbitraje dentro de los quince (15) días **hábiles posteriores a la comunicación de esta decisión**
18. Cuando la norma expresa "posteriores a esta decisión" se refiere claramente a la respuesta que la Entidad otorga respecto de la solicitud de ampliación de plazo del Contratista. Si éste se encuentra inconforme total o parcialmente con dicha decisión, podrá someter las controversias a conciliación y/o arbitraje. Nótese que la decisión de la Entidad es única. No existe la posibilidad legal de reconsiderarla o de emitir una nueva decisión modificando la anterior.
19. Como no puede ser de otra manera, al ser una controversia de carácter contractual, únicamente se podrá solicitar conciliación y/o arbitraje. La normativa de contrataciones del Estado no prevé mecanismo distinto de cuestionamiento de decisión de la Entidad.
20. No cabría, pues, dada la naturaleza de la relación, cuestionar dicha decisión mediante los recursos administrativos pues estos son aplicables únicamente en el marco de un procedimiento administrativo en el que la Entidad actúe en ejercicio de sus funciones administrativas, lo que, a todas luces, no ocurre en el presente caso.
21. Entender que el Oficio N° 080-2015-OL-OGA/MINSA, notificado al contratista el 21.01.2015 representa la decisión de la entidad a la solicitud de ampliación de plazo significaría desnaturalizar lo dispuesto en el artículo 175° del Reglamento de la LCE.
22. La comunicación en base a la cual debe computarse el plazo de quince (15) días hábiles es, conforme hemos expuesto, la Carta N° 2685-2014-OL-OGA/MINSA, mediante la cual el Ministerio informa al Contratista su rechazo a la solicitud de ampliación de plazo.
23. En tal sentido, la solicitud de arbitraje fue presentada el 10.02.2015, tras haber superado largamente el plazo de quince días con los que se contaba para someter a arbitraje este tipo de controversias, razón por la cual la excepción de caducidad debe declararse fundada en este extremo.

RESPECTO DE LA DEMANDA.

PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si procede la ampliación de plazo de entrega de bienes, solicitada mediante carta de fecha 9 de diciembre de 2014.

La contratista señala que solicitud de ampliación de plazo de 15 días adicionales debido a fuerza mayor ya que existieron protestas de estudiantes chinos contra el decreto de China que impedía la libre elección de candidatos electorales, siendo que por dichos hechos se retrasó el envío de todas las mercaderías procedentes de China a todas las partes del mundo vía marítima aérea, seguridad portuaria y otras instituciones gubernamentales en dicha ciudad. Es por ello que el contratista señala que se retrasó la tensión a pedido del MINSA.

Asimismo el contratista señala que al enterarse del acontecimiento un representante viajó a la ciudad de Shenzhen provincia de Guang Dong de la República popular de China habiendo tenido el deber de cuidado ante una contingencia que escapaba a su absoluta responsabilidad.

Por su parte La Entidad señala que el objeto del contrato fueron cinco fumigadoras generadoras de niebla térmica y 510 fumigadoras en general termo nebulizadores de cañón largo con el objeto de atender la emergencia sanitaria declarada mediante Decreto Supremo N° 026-2014, y ante el riesgo de ingreso de la fiebre Chikungunya y la afectación de la continuidad de los servicios de la salud que brindan los establecimientos del Ministerio de Salud, del Instituto de Gestión de Servicios de Salud, Gobiernos Regionales y el Instituto Nacional de Enfermedades Neoplásicas.

Así la Entidad señala que los contratos derivados de una exoneración por causal de emergencia o desabastecimiento inminente, dada la naturaleza estrictamente temporal de los supuestos, no pueden aplicarse la figura alguna que directa o indirectamente suponga la extensión del plazo de dichos contratos.

Asimismo la Entidad señala que el artículo 136 del reglamento señala que en el caso de las contrataciones exoneradas por causal en situación de desabastecimiento y situación de emergencia no serán aplicables a las contrataciones complementarias.

En tal sentido la posición de la Entidad es que no procede la extensión de plazos en los contratos de emergencia, por lo que la solicitud fue desestimada de ampliación de plazo.

Sin perjuicio de lo señalado por la Entidad, la cláusula undécima del contrato materia de litis se establece lo siguiente:

"CLÁUSULA UNDÉCIMA: CAUSAL DE CASO FORTUITO O FUERZA MAYOR.

El contratista no será responsable por retrasos debidos a hechos de caso fortuito o de fuerza mayor, no pudiendo la Entidad, hacer valer la garantía de fiel cumplimiento, mientras subsista el hecho involucrado."

Laudo Arbitral de Derecho

Tribunal Arbitral:

Dr. Humberto Flores Arévalo

Dr. Hugo Sologuren Calmet

Abg. Daniel Triveño Daza

Por tanto, existe dentro del contrato suscrito por las partes una causal mediante la cual ambas partes establecen que no existirá responsabilidad del contratista por eventos de caso fortuito o fuerza mayor.

Ahora bien, a decir de este Colegiado claramente una circunstancia de caso fortuito o fuerza mayor, es un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, tales como fenómenos contratantes y que no pudieran ser evitados, tales como guerra, incendios, explosiones, disturbios, actos de sabotaje, etc. que imposibiliten continuar la ejecución normal del contrato como consecuencia de los situaciones descritas.

En tal sentido, cabe preguntarse si los disturbios que generaron la ampliación de plazo califican o no como una situación de caso fortuito o fuerza mayor? Consecuentemente, este Colegiado debe determinar si se ha acreditado una situación que genere un caso fortuito o fuerza mayor.

Así pues, la Contratista busca probar la ocurrencia de los disturbios generados para sustentar su solicitud de ampliación de plazo en pruebas documentales tales como periódicos originales en el idioma chino, información periodística de Wikipedia dejando constancia las protestas ocurridas en Hong Kong y diversas fuentes periodísticas en idioma castellano que hacen referencia las protestas realizadas; así como el manifiesto del operador logístico contratado.

Al respecto, mediante Resolución N° 04 este Colegiado otorgó al demandante un plazo a fin de que traduzcan los medios probatorios consistentes en periódicos originales de una ciudad de Hong Kong ofrecidos en el punto 8 del acápite VI de la demanda, debiendo ser realizado por Traductor público juramentado.

En relación a ello, el contratista señala mediante escrito de fecha 4 de septiembre de 2015, que los honorarios del traductor público juramentado eran excesivos y no disponía de la cantidad ni tiempo que demanda la traducción por lo que adjunto los medios probatorios de diversas fuentes periodísticas en el idioma castellano que acreditan y hace referencia a las protestas ocurridas en la ciudad de Hong Kong, las cuales serían la causal de ampliación de plazo.

Al respecto, mediante Resolución N° 06 el tribunal resolvió tener por ofrecido el medio probatorio consistente en periódicos originales, y se declaró infundada la tacha formulada por la Entidad contra el documento consignado con el numeral 9 del escrito de demanda.

Es importante que la actividad probatoria respecto del supuesto alegado (disturbios) sea debidamente acreditado; conforme está claramente establecido en la normativa y jurisprudencia. Tanto la normativa como la doctrina vigente refieren que aquello que se alega debe ser debidamente acreditado toda vez que lo que se pretende es demostrar que efectivamente la ocurrencia de un hecho; en otros términos, no basta con señalar que ocurrió un caso fortuito o fuerza mayor, sino que se debe acreditar los mismos de manera indubitable.

Como señala el profesor Canelo, *"Con la prueba se persigue la justificación de la verdad de los hechos controvertidos en un juicio, por los medios que autoriza y reconoce por eficaces la ley"*

Esto responde al denominado por la doctrina como Onus Probandi, (o carga de la prueba) que es una expresión latina del principio jurídico que señala quién está obligado a probar un determinado hecho ante los tribunales. El fundamento del

Laudo Arbitral de Derecho

Tribunal Arbitral:

Dr. Humberto Flores Arévalo

Dr. Hugo Sologuren Calmet

Abg. Daniel Triveño Daza

Onus Probandi, radica en un viejo aforismo de derecho que expresa que *"lo normal se presume, lo anormal se prueba"*.

Por tanto, quien invoca algo que rompe el estado de normalidad, debe probarlo (affirmanti incumbit probatio); es por ello que a quien afirma, incumbe la prueba.

Básicamente, lo que se quiere decir con este aforismo es que la carga o el trabajo de probar un enunciado debe recaer en aquel que rompe el estado de normalidad.

La Corte Suprema se ha manifestado al respecto señalando que: "El derecho a probar, tiene por finalidad producir en la mente del juzgador el convencimiento, sobre la existencia o inexistencia de los hechos afirmados por las partes"²; en ese mismo sentido y siguiendo a nuestro Corte Suprema, también ha pronunciado lo siguiente: *"El contenido esencial del derecho a probar consiste en el derecho de todo sujeto procesal legitimado para intervenir en la actividad probatoria a que se admitan, actúen y valoren debidamente los medios probatorios aportados al proceso para acreditar los hechos que configuran su pretensión, o su defensa"*³.

En el mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia de la República ha señalado que: *"La carga de la prueba constituye un medio de gravamen sobre quien alega un hecho, de manera que su incumplimiento determina la absolución de la contraria. Las pruebas deben ser estudiadas en sus elementos comunes, en sus conexiones directas o indirectas. Ninguna prueba deberá ser tomada en forma aislada, tampoco en forma exclusiva, sino en su conjunto, por cuanto que solo teniendo la visión integral de los medios probatorios se puede sacar conclusiones en busca de la verdad que es el fin del proceso"*⁴.

En igual sentido debemos tener presente el siguiente pronunciamiento de nuestra Corte Suprema, el cual señala que:

*"La carga de la prueba le corresponde a quien afirma los hechos que configuran su pretensión o a quien los contradice alegando hechos nuevos, en ese sentido, para que se ampare la demanda el demandante debe acreditar sus peticiones, de no suceder así se declarara infundada"*⁵.

Consecuentemente es claro que es el contratista quien tiene que probar los hechos que pudieron haber generado una causal de caso fortuito o fuerza mayor, los cuales sustentaría un la solicitud de ampliación de plazo.

A decir de este Colegiado, los documentos presentados no crean convicción en el juzgador para determinar que efectivamente se produjeron en la ciudad de Hong Kong disturbios y/o atentados que afectaron específicamente el cumplimiento, dentro del plazo, de ejecución contractual. Ninguno de los documentos presentados, que buscan acreditar la existencia de la causal de caso fortuito o fuerza mayor, presentados por el contratista, son específicos. Más aún, cuando se lo contratista para que, traduzcan los documentos denominados recortes periodísticos de la fuente, es decir de donde ocurrieron los hechos alegados.

² CAS. N° 261-99-Ica, El Peruano, 31-08-1999, p. 3387

³ CAS. N° 261-99-Ica, El Peruano, 31-08-1999, p. 3387

⁴ Exp.: 99-23263, 5ta Sala Civil de Lima, 06/12/01 (LEDESMA NARVAEZ, Marianella, Jurisprudencia Actual, Lima, 2005, T. 6 p. 451).

⁵ CAS. N° 342-2002-Arequipa, publicada el 01-09-2003; Jurisprudencia Procesal Civil. Tomo II, 2003; p. 165.

Ahora bien, en relación al manifiesto del operador logístico, este Colegiado debe indicar que dicha persona fue contratada por el demandante, razón por la cual su manifestación carece de valor probatorio.

Sin perjuicio de ello, este Colegiado debe indicar que los medios probatorios presentados no generan convicción, también, por el hecho de que ninguno de ellos se acredita específicamente que el supuesto caso fortuito o fuerza mayor haya afectado directamente la compra o salida de los bienes materia contrato.

Este Tribunal llega a la conclusión que el demandante no ha cumplido con acreditar el supuesto de caso fortuito y/o fuerza mayor toda vez que cumple con señalar la existencia del mismo, mas no acredita efectivamente lo alegado.

Por lo tanto, al no haberse probado la ocurrencia de hecho generador que sirve de sustento para la ampliación de plazo solicitada, no corresponde amparar dicha solicitud. Con lo cual su pretensión deviene en INFUNDADA.

SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO

Como consecuencia del punto 1., determinar si corresponde reconocer y ordenar al Ministerio de Salud a favor de DIPROINSA los gastos generales derivados de la ampliación de plazo solicitada.

El contratista señala que debiendo pararse su solicitud de ampliación de plazo corresponde el pago de mayores gastos generales variables a su favor.

Al respecto este colegiado debe señalar que el artículo 175 del reglamento señala que las ampliaciones de plazo de contratos de bienes o para la prestación de servicios darán lugar al pago de los gastos generales debidamente acreditados.

Sin embargo, del análisis de primer punto controvertido este colegiado llegó a la conclusión de que no corresponde amparar la ampliación de plazo solicitada por el contratista mediante carta de fecha 9 de diciembre de 2014, puesto que no ha podido probar a lo largo del proceso el supuesto que alega, es decir no ha probado fehacientemente ante este tribunal que se ha generado un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor que sustente la demora de la entrega de los bienes materia contrato. Con lo cual su pretensión deviene en INFUNDADA.

TERCER PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si el Oficio N° 2685-2014-OL/MINSA de fecha 16 de diciembre de 2014 es nulo y/o ineficaz, y como consecuencia no se debe aplicar el monto retenido por concepto de retención por pagar y otros por la suma de S/.317.850.00 Nuevos Soles.

En cuanto a la solicitud de nulidad e ineficacia del Oficio N° 2685-2014-OL/MINSA es innegable que las personas naturales y jurídicas manifiestan su voluntad mediante actos jurídicos, mientras que las Entidades públicas lo hacen vía actos administrativos, ambos con diversos requisitos de validez.

Así pues, la Ley 27444 – Ley de Procedimiento Administrativo General, señala en su artículo 3 que son 5 los requisitos de validez de todo acto administrativo:

Competencia, Objeto o Contenido, Finalidad Pública, Motivación y Procedimiento Regular. La ausencia de cualquiera de estos requisitos general la nulidad de dicho acto.

En el presente caso, la controversia gira en torno a que existe una relación de falta de motivación como parte de los elementos que configuran la validez del acto administrativo, con lo cual, de acreditarse, correspondería declarar su nulidad e ineficacia.

Sin embargo, al no haberse demostrado que corresponde la ampliación de plazo solicitada por el contratista, no se puede determinarse la nulidad y/o ineficacia del Oficio N° 2685-2014-OL/MINSA de fecha 16 de diciembre de 2014, puesto que contiene sustentación lógico jurídica.

Sin perjuicio de ello, es pertinente señalar que la contratista variando su posición establecida en la demanda, respecto del presente punto controvertido analizado, en la audiencia de Informes Orales sustentó la nulidad del Oficio N° 2685-2014-OL/MINSA debido a que el mismo no se encontraba debidamente motivado y que la firma de quien suscribe dicho documento no correspondería al funcionario acreditado. Para lo cual, presentó, incluso en la citada audiencia de Informes Orales, la ficha RENIEC de dicho funcionario.

Al respecto este colegiado debe indicar que el documento denominado Oficio N° 2685-2014-OL/MINSA nunca fue materia de tacha u posición, por consiguiente la expedición del Oficio N° 2685-2014-OL/MINSA de fecha 16 de diciembre de 2014, contiene una motivación adecuada, esto es en la motivación jurídica del acto administrativo, conforme al ordenamiento jurídico; por lo que NO resulta amparable la pretensión formulada por la demandante.

CUARTO Y QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si la penalidad interpuesta por el Ministerio de Salud es nula y/o ineficacia.

Como consecuencia del punto 3., determinar si corresponde ordenar pagar al Ministerio de Salud a favor de la suma ascendente a S/.317.850.00 Nuevos Soles retenidos por la Entidad.

Este colegiado considera conveniente analizar el cuarto y quinto punto controvertido de manera conjunta pues guardan una relación intrínseca.

En relación a los presentes puntos controvertidos, la contratista solicita se declare la nulidad y/o ineficacia de la penalidad interpuesta por la Entidad por la supuesta falta de cumplimiento al retraso de lo establecido en el Contrato, solicitando el pago de la suma retenida.

Respecto de la penalidad por mora, el artículo 165º del RLCE establece lo siguiente:

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

En caso de retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la Entidad le aplicará al contratista

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

Como se puede observar, la aplicación por mora se presenta ante el retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del Contrato.

Sobre el particular, este Tribunal Arbitral no comparte lo expresado en las opiniones emitidas por el OSCE que obran en el expediente arbitral respecto a que un retraso se considerará como injustificado únicamente cuando, en el marco de un procedimiento de ampliación de plazo, la Entidad lo considere como tal, o cuando, no habiendo iniciado el procedimiento, el Contratista excede el plazo para la ejecución del Contrato.

A criterio de este Colegiado el artículo 165º del RLCE no distingue ni precisa situación especial dentro de la cual corresponda única y exclusivamente declararse un retraso como justificado o injustificado. Las opiniones del OSCE, en este sentido, se alejan del principio jurídico que exige que "no se debe distinguir donde la ley no lo hace". Si la intención hubiese sido que un retraso se considerará como injustificado únicamente en los dos supuestos antes señalados, lo hubiese hecho claramente, tal como sucedió en el anteproyecto del Reglamento de la vigente LCE, cuyo artículo 136º resulta claro:

"Artículo 136.- Penalidad por mora en la ejecución de la prestación

*En caso de retraso injustificado del contratista en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la Entidad le aplica automáticamente una penalidad por mora, conforme a la forma de cálculo de la misma establecida en los documentos del procedimiento de selección. Solo se entiende justificado el retraso cuando se haya otorgado al contratista la ampliación de plazo correspondiente. **El retraso se considera injustificado cuando la Entidad resuelva no otorgar la ampliación de plazo solicitada o cuando no hubiera sido debidamente solicitado.***

En este sentido, este Tribunal Arbitral se pronunciará respecto de la cuarta y quinta pretensión de la demanda.

En la cláusula undécima del Contrato se establece lo siguiente:

"CLÁUSULA UNDÉCIMA: CAUSAL DE CASO FORTUITO O FUERZA MAYOR.

El contratista no será responsable por retrasos debidos a hechos de caso fortuito o de fuerza mayor, no pudiendo la Entidad, hacer valer la garantía de fiel cumplimiento, mientras subsista el hecho involucrado."

Laudo Arbitral de Derecho

Tribunal Arbitral:

Dr. Humberto Flores Arévalo

Dr. Hugo Sofoguren Calmet

Abg. Daniel Triveño Daza

Por tanto, existe dentro del Contrato una causal mediante la cual ambas partes establecen que no existirá responsabilidad del contratista por eventos de caso fortuito o fuerza mayor.

Ahora bien, a decir de este Colegiado claramente una circunstancia de caso fortuito o fuerza mayor, es un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, como fenómenos naturales y que no pudieran ser evitados, tales como guerra, incendios, explosiones, disturbios, actos de sabotaje, etc. que imposibiliten continuar la ejecución normal del contrato como consecuencia de los situaciones descritas.

En tal sentido, cabe preguntarse si los disturbios que generaron la ampliación de plazo califican o no como una situación de caso fortuito o fuerza mayor. Consecuentemente, este Colegiado debe determinar si se ha acreditado una situación que genere un caso fortuito o fuerza mayor.

Así pues, la Contratista busca probar la ocurrencia de los disturbios generados para sustentar su solicitud de ampliación de plazo en pruebas documentales tales como periódicos originales en el idioma chino, información periodística de Wikipedia dejando constancia las protestas ocurridas en Hong Kong y diversas fuentes periodísticas en idioma castellano que hacen referencia las protestas realizadas; así como el manifiesto del operador logístico contratado.

Al respecto, mediante Resolución N° 04 este Colegiado otorgó al demandante un plazo a fin de que traduzcan los medios probatorios consistentes en periódicos originales de una ciudad de Hong Kong ofrecidos en el punto 8 del acápite VI de la demanda, debiendo ser realizado por Traductor público juramentado.

En relación a ello, el contratista señaló mediante escrito de fecha 4 de septiembre de 2015, que los honorarios del traductor público juramentado eran excesivos y no disponía de la cantidad ni tiempo que demanda la traducción por lo que adjunto los medios probatorios de diversas fuentes periodísticas en el idioma castellano que acreditan y hace referencia a las protestas ocurridas en la ciudad de Hong Kong, las cuales serían la causal de ampliación de plazo.

Al respecto, mediante Resolución N° 06 el tribunal resolvió tener por ofrecido el medio probatorio consistente en periódicos originales, y se declaró infundada la tacha formulada por la Entidad contra el documento consignado con el numeral 9 del escrito de demanda.

Es importante que la actividad probatoria respecto del supuesto alegado (disturbios) sea debidamente acreditado; conforme está claramente establecido en la normativa y jurisprudencia. Tanto la normativa como la doctrina vigente refieren que aquello que se alega debe ser debidamente acreditado toda vez que lo que se pretende es demostrar que efectivamente la ocurrencia de un hecho; en otros términos, no basta con señalar que ocurrió un caso fortuito o fuerza mayor, sino que se debe acreditar los mismos de manera indubitable.

Como señala el profesor Canelo, *"Con la prueba se persigue la justificación de la verdad de los hechos controvertidos en un juicio, por los medios que autoriza y reconoce por eficaces la ley"*

Esto responde al denominado por la doctrina como Onus Probandi, (o carga de la prueba) que es una expresión latina del principio jurídico que señala quién está obligado a probar un determinado hecho ante los tribunales. El fundamento del

Laudo Arbitral de Derecho

Tribunal Arbitral:

Dr. Humberto Flores Arévalo

Dr. Hugo Sologuren Calmet

Abg. Daniel Triveño Daza

Onus Probandi, radica en un viejo aforismo de derecho que expresa que *"lo normal se presume, lo anormal se prueba"*.

Por tanto, quien invoca algo que rompe el estado de normalidad, debe probarlo (affirmanti incumbit probatio); es por ello que a quien afirma, incumbe la prueba.

Básicamente, lo que se quiere decir con este aforismo es que la carga o el trabajo de probar un enunciado debe recaer en aquel que rompe el estado de normalidad.

La Corte Suprema se ha manifestado al respecto señalando que: "El derecho a probar, tiene por finalidad producir en la mente del juzgador el convencimiento, sobre la existencia o inexistencia de los hechos afirmados por las partes"⁶; en ese mismo sentido y siguiendo a nuestro Corte Suprema, también ha pronunciado lo siguiente: *"El contenido esencial del derecho a probar consiste en el derecho de todo sujeto procesal legitimado para intervenir en la actividad probatoria a que se admitan, actúen y valoren debidamente los medios probatorios aportados al proceso para acreditar los hechos que configuran su pretensión, o su defensa"*⁷.

En el mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia de la República ha señalado que: *"La carga de la prueba constituye un medio de gravamen sobre quien alega un hecho, de manera que su incumplimiento determina la absolución de la contraria. Las pruebas deben ser estudiadas en sus elementos comunes, en sus conexiones directas o indirectas. Ninguna prueba deberá ser tomada en forma aislada, tampoco en forma exclusiva, sino en su conjunto, por cuanto que solo teniendo la visión integral de los medios probatorios se puede sacar conclusiones en busca de la verdad que es el fin del proceso"*⁸.

En igual sentido debemos tener presente el siguiente pronunciamiento de nuestra Corte Suprema, el cual señala que:

*"La carga de la prueba le corresponde a quien afirma los hechos que configuran su pretensión o a quien los contradice alegando hechos nuevos, en ese sentido, para que se ampare la demanda el demandante debe acreditar sus peticiones, de no suceder así se declarara infundada"*⁹.

Consecuentemente es claro que es el contratista quien tiene que probar los hechos que pudieron haber generado una causal de caso fortuito o fuerza mayor, los cuales sustentarían la solicitud de ampliación de plazo.

A decir de este Colegiado, los documentos presentados no crean convicción en el juzgador para determinar que efectivamente se produjeron en la ciudad de Hong Kong disturbios y/o atentados que afectaron específicamente el cumplimiento, dentro del plazo de ejecución contractual. Ninguno de los documentos presentados, que buscan acreditar la existencia de la causal de caso fortuito o fuerza mayor, presentados por el contratista, son específicos al respecto. Más aún, cuando se otorgó al contratista un plazo para que, traduzcan los documentos denominados recortes periodísticos de la misma fuente, es decir de donde ocurrieron los hechos alegados.

⁶ CAS. N° 261-99-Ica, El Peruano, 31-08-1999, p. 3387

⁷ CAS. N° 261-99-Ica, El Peruano, 31-08-1999, p. 3387

⁸ Exp.: 99-23263, 5ta Sala Civil de Lima, 06/12/01 (LEDESMA NARVAEZ, Marianeila, Jurisprudencia Actual, Lima, 2005, T. 6 p. 461).

⁹ CAS. N° 342-2002-Arequipa, publicada el 01-09-2003; Jurisprudencia Procesal Civil. Tomo II, 2003; p. 165.

Ahora bien, obran en el expediente dos constancias emitidas respectivamente por las empresas Longray Shenzhen Technology CO .LTD (fabricante de los bienes) y Wangpai International Logistics (HK) Limited (encargada del transporte de los bienes) en las que se declara que las protestas de estudiantes chinos en la ciudad de Hong Kong ha retrasado el envío de los bienes.

Sin embargo, este Colegiado debe indicar que los medios probatorios presentados no generan convicción, por el hecho de que ninguno de ellos acredita específicamente que el supuesto caso fortuito o fuerza mayor haya afectado directamente la compra o salida de los bienes materia contrato. Ni mucho menos señala el plazo de inicio y término del evento, aspecto esencial para determinar el tiempo durante el cual se configuraría el supuesto de fuerza mayor que impidió al contratista entregar los bienes en el plazo pactado.

Este Tribunal llega a la conclusión que el demandante no ha cumplido con acreditar el supuesto de caso fortuito y/o fuerza mayor toda vez que cumple con señalar la existencia del mismo, mas no acredita efectivamente lo alegado.

Por lo tanto, al no haber acreditado que el retraso en la ejecución de la prestación fue un retraso justificado, no corresponde dejar sin efecto la aplicación de penalidades impuestas por la Entidad, razón por la cual no corresponde declarar INFUNDADAS la cuarta y quinta pretensión de la demanda.

DE LA AMPLIACIÓN DE PRETENSIÓN

Determinar si corresponde o no que se reembolsen los gastos adicionales incurridos para dar cumplimiento al contrato o, en su defecto se indemnice por el monto de US\$ 50.000 dólares americanos por los daños y perjuicios causados a efectos de cumplir con la prestación, en mérito del actuar de la Entidad.

La *Responsabilidad Civil*, así como todas las fuentes de las obligaciones, pueden tener dos orígenes inmediatos: contractual o extracontractual. Si bien es cierto que las fuentes de las obligaciones en ambos casos son diferentes, de realidades diversas y de perspectivas diversas, no es menos cierto que la teoría de la responsabilidad es una sola y que la finalidad en ambos casos es obtener la reparación económica de los daños que han sido efectivamente causados por un agente determinado.

Los elementos que configuran tanto la responsabilidad extracontractual como la responsabilidad contractual, tienen rasgos similares, tomando en cuenta que ambas figuras de responsabilidad civil suponen la búsqueda de la reparación de los daños irrogados en razón de una conducta inadecuada o ilícita que produce este efecto dañoso. Así pues, los elementos que configuran la responsabilidad son: (i) la imputabilidad; (ii) la ilicitud o antijuricidad; (iii) el factor de atribución; (iv) el nexo causal; y (v) el daño.

Sin perjuicio de lo antes indicado, mientras que la responsabilidad contractual supone el solo incumplimiento de un pacto preexistente y contenido en un contrato, convenio o acuerdo para que opere, en el supuesto de la responsabilidad civil extracontractual sólo será necesaria la generación del daño con dolo o culpa para lograr el reconocimiento del resarcimiento.

Tribunal Arbitral:

Dr. Humberto Flores Arévalo

Dr. Hugo Sologuren Calmet

Abg. Daniel Triveño Daza

En relación al elemento (i), esto es "la imputabilidad", el mismo está referido a la capacidad de un determinado sujeto, persona natural o jurídica, de poder ser responsable o imputable del daño que ocasione; es decir, en este elemento se toma en cuenta la capacidad de la persona (jurídica en este caso) de poder responder ante el daño que se le imputa y por el que se pretende que responda, puesto que, independientemente de que causare o no un daño, si es que dicha persona por su capacidad no le es atribuible el resarcimiento, entonces no merece que se prosiga con el análisis de los demás elementos antes indicados.

Cabe preguntarnos, en este caso, ¿La Entidad presenta una condición por la cual, según lo establecido en el Código Civil, pueda ser considerada como una persona jurídica incapaz?; la respuesta es no, es decir, no hay ninguna causal por la que, en el supuesto de haberse configurado un daño, el mismo no pueda imputársele a la Entidad; por lo que, el primer elemento configurativo de la *Responsabilidad Civil* se cumple.

En relación al elemento signado con el punto (ii), esto es la licitud o antijuricidad, Lizardo Taboada¹⁰ señala lo siguiente:

"Modernamente existe acuerdo en que la antijuricidad, o mejor dicho, que una conducta es antijurídica no sólo cuando contraviene un norma prohibitiva, sino también cuando la conducta viola el sistema jurídico en su totalidad, en el sentido de afectar los valores o principios sobre los cuales ha sido construido el sistema jurídico (...)"

Entonces, el comportamiento dañoso generador de responsabilidad civil constituye un hecho antijurídico, entendiendo este último concepto como la contravención del ordenamiento jurídico que lesiona sin causa justificada la esfera jurídica ajena (o también denominado antijuricidad). Sin embargo, como se puede advertir la Entidad actuó en el ejercicio regular de un derecho, el de ejecución contractual. Asimismo, se ha determinado en el análisis del cuarto punto controvertido, que la Contratista no acreditó el supuesto que alegaba para justificar una ampliación de plazo, razón por la cual no se cumple el segundo supuesto, consecuentemente; no corresponde amparar la presente pretensión, la misma que debe ser declarada INFUNDADA.

SIXTO PUNTO CONTROVERTIDO
PUNTO CONTROVERTIDO COMÚN

"Determinar a quién corresponde el pago de los costos y costas del presente expediente arbitral."

Sobre el punto controvertido común, cabe indicar que el artículo 70° del Decreto Legislativo N° 1071, Ley de Arbitraje, establece 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"

¹⁰ TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. *Elementos de la Responsabilidad Civil*. Editora Jurídica Grijley. 2ª Ed., p32.

Laudo Arbitral de Derecho

Tribunal Arbitral:

Dr. Humberto Flores Arévalo

Dr. Hugo Sologuren Calmet

Abg. Daniel Triveño Daza

para su defensa en el arbitraje; f) Los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales”.

En ese sentido, este Tribunal Arbitral procederá a emitir un único pronunciamiento respecto a los costos que han derivado por las actuaciones efectuadas en el presente arbitraje.

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

Es el caso que en el convenio arbitral contenido en el Contrato, las partes no han establecido pacto alguno acerca de los costos del proceso arbitral; por lo que, corresponde que el Tribunal Arbitral se pronuncie sobre este tema de manera discrecional y apelando a su debida prudencia.

En tal sentido, considerando el resultado del arbitraje, el cual desde el punto de vista de este Tribunal Arbitral no puede afirmarse que existe una “parte perdedora”, pues se generó entre las partes una incertidumbre jurídica, así pues, corresponde disponer que cada de una de ellas asuma los costos del presente arbitraje; en consecuencia, cada parte debe asumir el pago de la mitad de los gastos arbitrales decretados en este arbitraje (entiéndase los honorarios del Tribunal Arbitral y de la Secretaría Arbitral); así como de todos los gastos en que incurrieron o debieron de incurrir como consecuencia del presente arbitraje.

En el caso de los honorarios arbitrales se verifica que cada parte asumió el pago de los honorarios arbitrales y honorarios periciales.

En tal sentido, declárese INFUNDADO el sexto punto controvertido derivado de la sexta pretensión de la demanda; y en tal sentido DISPÓNGASE que tanto el Contratista así como la Entidad, asuman en partes iguales, los gastos arbitrales, generados por la tramitación del presente proceso arbitral conforme a las precisiones indicadas en la parte considerativa del presente laudo arbitral.

DECISIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL:

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

PRIMERO.- DECLÁRASE FUNDADA EN PARTE la excepción de caducidad deducida por la Entidad.

SEGUNDO.- DECLÁRASE IMPROCEDENTE el primer punto controvertido, derivado de la primera pretensión principal, de acuerdo a los considerandos señalados en el presente laudo.

Laudo Arbitral de Derecho

Tribunal Arbitral:

Dr. Humberto Flores Arévalo

Dr. Hugo Sologuren Calmet

Abg. Daniel Triveño Daza

TERCERO.- DECLÁRASE IMPROCEDENTE el segundo punto controvertido, derivado de la segunda pretensión principal, de acuerdo a los considerandos señalados en el presente laudo.

CUARTO.- DECLÁRASE IMPROCEDENTE el tercer punto controvertido, derivado de la tercera pretensión principal, de acuerdo a los considerandos señalados en el presente laudo.

QUINTO.- DECLÁRASE INFUNDADO el cuarto punto controvertido, derivado de la cuarta pretensión principal, de acuerdo a los considerandos señalados en el presente laudo.

SEXTO.- DECLÁRASE INFUNDADO el quinto punto controvertido, derivado de la quinta pretensión principal, de acuerdo a los considerandos señalados en el presente laudo.

SÉTIMO.- DECLÁRASE IMPROCEDENTE la ampliación de pretensión, de acuerdo a los considerandos señalados en el presente laudo.

OCTAVO.- DECLÁRASE INFUNDADO el sexto punto controvertido derivado de la sexta pretensión de la demanda; y en tal sentido **DISPÓNGASE** que tanto el Contratista así como la Entidad, asuman en partes iguales, los gastos arbitrales, generados por la tramitación del presente proceso arbitral conforme a las precisiones indicadas en la parte considerativa del presente laudo arbitral.

NOVENO.- REMÍTASE copia del presente laudo al OSCE

Notifíquese a las partes.-

HUMBERTO FLORES ARÉVALO
Presidente del Tribunal Arbitral

HUGO SOLOGUREN CALMET
Árbitro

VOTO SINGULAR DEL ÁRBITRO DANIEL TRIVEÑO DAZA

En este acto, el árbitro Daniel Triveño Daza pasa a analizar y emitir pronunciamiento disidente respecto de los puntos controvertidos determinados en la Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos del 01 de octubre de 2015, dejando expresa constancia de que comparte el criterio asumido por el Tribunal Arbitral respecto del sexto punto controvertido y la pretensión acumulada.

RESPECTO DE LA EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD.

Determinar si la solicitud de inicio de arbitraje fue presentada por DIPROINSA dentro del plazo legal de 15 días o no al Ministerio de Salud, y en consecuencia, determinar si corresponde declarar fundada o no la excepción de caducidad.

1. Al respecto, cabe señalar que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2004º del Código Civil "los plazos de caducidad los fija la ley, sin admitir pacto contrario".
2. Asimismo, conforme a su artículo 2003º, la caducidad produce la extinción del derecho y la acción correspondiente, debido al transcurso del tiempo, por lo que implica la carga de ejercitar el derecho dentro del tiempo prescrito por la ley.
3. En el presente caso, el artículo 52º de la Ley de Contrataciones del Estado (en adelante "la LCE"), norma aplicable a la controversia, establece lo siguiente:

"Artículo 52. Solución de controversias

52.1. Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato, se resuelven mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes. La conciliación debe realizarse en un centro de conciliación público o acreditado por el Ministerio de Justicia.

52.2. Los procedimientos de conciliación y/o arbitraje deben solicitarse en cualquier momento anterior a la fecha de culminación del contrato. Para los casos específicos en los que la materia en controversia se refiera a nulidad de contrato, resolución de contrato, ampliación de plazo contractual, recepción y conformidad de la prestación, valorizaciones o metrados, liquidación del contrato y pago, se debe iniciar el respectivo procedimiento dentro del plazo de quince (15) días hábiles conforme lo señalado en el reglamento (...) Todos los plazos previstos son de caducidad (...)"

4. Como se puede apreciar, el artículo 52º de la LCE establece dos plazos de caducidad para poder solicitar el inicio de conciliación y/o arbitraje para la solución de controversias contractuales. El primero de ellos es un plazo general, conforme al cual el procedimiento de arbitraje debe solicitarse en cualquier momento anterior a la fecha de culminación del contrato. El segundo, por el contrario, es un plazo específico de quince (15) días hábiles,

aplicable a las controversias taxativamente allí señaladas, y cuyo desarrollo ha sido delegado al Reglamento de la LCE.

5. Ambas partes han invocado la aplicación del artículo 175º del Reglamento de la LCE, que establece que "cualquier controversia relacionada con la ampliación del plazo por parte de la Entidad podrá ser sometida a conciliación y/o arbitraje dentro de los quince (15) días hábiles posteriores a la comunicación de esta decisión".
6. Ahora bien, se debe tener presente que, conforme a lo señalado en su escrito de fecha 24.07.2015, el Ministerio ha deducido "la excepción de caducidad para someter a arbitraje la controversia relacionada con la ampliación de plazo solicitada por la contratista".
7. Este árbitro estima necesario precisar que, si bien coincide con las partes respecto de que para resolver la excepción de caducidad corresponde aplicar el artículo 175º del Reglamento de la LCE, ello es así únicamente para las pretensiones expresamente relacionadas con la ampliación de plazo, esto es, todas las pretensiones planteadas a lo largo del presente proceso arbitral, con excepción de la cuarta y quinta pretensiones de la demanda, referidas a determinar si corresponde o no declarar la nulidad y/o ineficacia de la penalidad interpuesta por la Entidad y la devolución del monto de la misma.
8. En efecto, como se ha mencionado en los puntos anteriores, el artículo 52º de la LCE establece dos plazos: el general, en virtud del cual la solicitud de conciliación y/o arbitraje debe ser presentado antes de la culminación del contrato, y otro especial, aplicable a los casos específicos expresamente allí señalados, supuestos entre los que se encuentra el de las controversias referidas a la ampliación de plazo contractual, pero no las referidas a la aplicación de penalidades. Entre el listado de casos específicos, desarrollados por el Reglamento de la LCE, no se encuentra pues el de las controversias referidas a la aplicación de penalidades. Cabe precisar que las controversias sobre ampliación de plazo y penalidades si bien pueden tener algún tipo de relación, no necesariamente están vinculadas.
9. En consecuencia, para el caso de las pretensiones referidas a la ampliación de plazo corresponderá acudir al artículo 175º del Reglamento de la LCE, mientras que para el caso de las pretensiones referidas a la aplicación de penalidades se deberá tener en consideración el plazo general previsto en el artículo 52º de la LCE.
10. Hecha esta precisión, de lo expuesto por las partes durante el proceso arbitral, así como de los medios probatorios que obran en el expediente, ha quedado demostrado lo siguiente:
 - Con fecha 26.11.2014 el Consorcio recibió la Orden de Compra – Guía de Internamiento Nº 0001249 para la ADQUISICIÓN DE EQUIPOS DE FUMIGACIÓN PARA LAS ACTIVIDADES DE CONTROL VENCITORIAL – CHIKUNGUNYA – DECRETO SUPREMO Nº 026-2014-SA, por el monto total de S/. 2`445,000.00. El Contratista contaba con un plazo de quince días calendario para realizar la entrega de los bienes.
 - Con fecha 09.12.2014, mediante Carta S/N, el Contratista solicita al Ministerio una ampliación de plazo de quince (15) días para la entrega de los bienes.

- El 17.12.2014, mediante la Carta N° 2685-2014-OL-OGA/MINSA, el Ministerio da respuesta a la solicitud del Contratista, comunicándole que desestima su pedido.
 - El 05.01.2015, el Contratista presentó un escrito denominado "recurso de apelación", cuestionando la denegatoria de la ampliación de plazo.
 - Mediante Oficio N° 080-2015-OL-OGA/MINSA, notificada al contratista el 21.01.2015 el Ministerio manifiesta que la controversia debía dirimirse por la vía arbitral.
11. Respecto de las pretensiones cuarta y quinta de la demanda, relacionadas a la nulidad y/o ineficacia de la penalidad interpuesta y su devolución, como ya se ha expuesto los puntos anteriores, resulta aplicable el plazo general de caducidad previsto en el artículo 52° de la LCE, conforme al cual *"los procedimientos de conciliación y/o arbitraje deben solicitarse en cualquier momento anterior a la fecha de culminación del contrato"*.
 12. De acuerdo a lo anterior, corresponde determinar si la solicitud de arbitraje presentada por el Contratista fue presentada antes de la culminación del Contrato. Al respecto, el artículo 42° de la LCE establece que *"los contratos de bienes y servicios culminan con la conformidad de recepción de la última prestación pactada y el pago correspondiente (...)"*.
 13. En el presente caso, se tiene que la Entidad emitió su conformidad mediante Acta de Recepción y Conformidad del 23.12.2014 y Acta de Recepción y Conformidad del 26.12.2014, respectivamente.
 14. Asimismo, de acuerdo a lo expuesto por ambas partes, el pago se realizó el 10.02.2015, culminando con ello el Contrato. En esta misma fecha el Contratista presentó la solicitud de arbitraje. Sin embargo, considerando que el Ministerio tiene la carga de la prueba, al haber interpuesto ella la excepción de caducidad, y que ambos actos – culminación del Contrato y solicitud arbitral – ocurrieron el mismo día, dicha Entidad debía acreditar fehacientemente que la solicitud arbitral se presentó indubitablemente con posterioridad al pago y consecuente culminación del Contrato, situación que en el caso materia de análisis no ha ocurrido, razón por la cual corresponde declarar infundada en este extremo la excepción de caducidad y en consecuencia declarar que la solicitud de arbitraje, respecto de las pretensiones cuarta y quinta, fue presentada antes de culminar el Contrato.
 15. Ahora bien, respecto de las pretensiones vinculadas a la ampliación de plazo, corresponde señalar que el artículo 175° del Reglamento de la LCE establece que cualquier controversia relacionada con la ampliación del plazo por parte de la Entidad podrá ser sometida a conciliación y/o arbitraje dentro de los quince (15) días **hábiles posteriores a la comunicación de esta decisión.**
 16. Respecto de este punto, este árbitro no comparte el argumento expuesto por el Contratista en cuanto a que el plazo de caducidad de quince (15) días hábiles para someter este tipo de controversias a arbitraje debe computarse desde el 22.01.2015, esto es, desde el día siguiente de la notificación del Oficio N° 080-2015-OL-OGA/MINSA, ocurrida el 21.01.2015.

17. Como se ha mencionado en los puntos precedentes, el artículo 175º del Reglamento de la LCE establece que cualquier controversia relacionada con la ampliación del plazo por parte de la Entidad podrá ser sometida a conciliación y/o arbitraje dentro de los quince (15) días **hábiles posteriores a la comunicación de esta decisión**
18. Cuando la norma expresa "posteriores a esta decisión" se refiere claramente a la respuesta que la Entidad otorga a la solicitud de ampliación de plazo presentada por el Contratista en el marco del procedimiento señalado en el artículo 175º del Reglamento de la LCE. Si el Contratista se encuentra total o parcialmente inconforme con la decisión de la Entidad, podrá someter las controversias a conciliación y/o arbitraje. Nótese que la decisión de la Entidad de ampliar o no el plazo es el acto final del procedimiento antes referido. Por lo tanto, el inicio del plazo de caducidad de quince (15) días al que se refiere la norma debe contarse desde el día siguiente de dicho hecho. Este es, entonces, el evento que da inicio al plazo de caducidad antes referido, el mismo que no puede ser variado, modificado o extendido por las partes.
19. Asimismo, no existe la posibilidad legal de reconsiderar la decisión de la Entidad o de emitir una nueva decisión modificando la anterior.
20. Como no puede ser de otra manera, al ser una controversia de carácter contractual, únicamente se podrá solicitar conciliación y/o arbitraje. La normativa de contrataciones del Estado no prevé mecanismo distinto de cuestionamiento de decisión de la Entidad.
21. No cabría, pues, dada la naturaleza de la relación, cuestionar dicha decisión mediante recursos administrativos, pues estos son aplicables únicamente en el marco de un procedimiento administrativo en el que la Entidad actúe en ejercicio de sus funciones administrativas, lo que, a todas luces, no ocurre en el presente caso, ya que nos encontramos frente a controversias de naturaleza contractual. En tal sentido, la interposición de nuevas solicitudes o recursos por parte del Contratista, y la respuesta que a ésta otorgue la Entidad, no desnaturalizan el evento que normativamente se ha señalado como de inicio del plazo de caducidad.
22. Entender que el Oficio N° 080-2015-OL-OGA/MINSA, notificado al contratista el 21.01.2015 representa la decisión de la entidad a la solicitud de ampliación de plazo significaría desnaturalizar el plazo de caducidad dispuesto en el artículo 175º del Reglamento de la LCE, extendiéndolo indefinidamente, situación que no resulta admisible.
23. La comunicación en base a la cual debe computarse el plazo de quince (15) días hábiles es, conforme hemos expuesto, la Carta N° 2685-2014-OL-OGA/MINSA, mediante la cual el Ministerio informa al Contratista su rechazo a la solicitud de ampliación de plazo.
24. En tal sentido, respecto de las pretensiones primera, segunda, tercera y sexta de la demanda, así como de la pretensión acumulada, la solicitud de arbitraje fue presentada el 10.02.2015, tras haber superado largamente el plazo de quince días con los que se contaba para someter a arbitraje este tipo de controversias, razón por la cual la excepción de caducidad debe declararse fundada en este extremo.

PRIMERA PRETENSIÓN:

Solicitamos que el Tribunal Arbitral nos conceda la Ampliación de plazo de entrega de bienes, la cual fuera solicitada mediante carta S/N de fecha 09 de Diciembre del 2014 para la orden de compra N° 1249.

SEGUNDA PRETENSIÓN:

Que, a consecuencia de ello, se reconozca y ordene pagar al contratista por parte de la Entidad los Gastos Generales, derivados de la Ampliación de Plazo solicitada.

TERCERA PRETENSIÓN:

Que se determine si corresponde o no declarar la nulidad y/o ineficacia del Oficio N° 2685-2014-OL/MINSA de fecha 16 de diciembre del 2014, que fuera recepcionada por el CONTRATISTA el 17 de Diciembre del 2014, mediante el cual la Entidad desestimó indebidamente la Ampliación de Plazo de entrega solicitada por causal de fuerza mayor.

DE LA AMPLIACIÓN DE PRETENSIÓN:

Determinar si corresponde o no que se reembolsen los gastos adicionales incurridos para dar cumplimiento al contrato o, en su defecto se indemnice por el monto de US\$ 50.000 dólares americanos por los daños y perjuicios causados a efectos de cumplir con la prestación, en mérito del actuar de la Entidad.

25. Conforme a lo expuesto en los puntos precedentes, corresponde declarar fundada la excepción de caducidad respecto de estas pretensiones, en la medida que la solicitud de arbitraje fue presentada el 10 de febrero de 2015, esto es, con posterioridad al vencimiento del plazo de quince (15) días hábiles de notificada la Carta N° 2685-2014-OL-OGA/MINSA, por la que el Ministerio deniega la solicitud de ampliación de plazo del Contratista.

CUARTO Y QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si la penalidad interpuesta por el Ministerio de Salud es nula y/o ineficaz.

Como consecuencia del punto 3., determinar si corresponde ordenar pagar al Ministerio de Salud a favor de la suma ascendente a S/.317.850.00 Nuevos Soles retenidos por la Entidad.

26. Respecto de la penalidad por mora, el artículo 165° del RLCE establece lo siguiente:

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

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

27. Como se puede observar, la penalidad por mora se presenta ante el retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del Contrato.
28. Sobre el particular, este árbitro no comparte lo expresado en las opiniones emitidas por el OSCE que obran en el expediente arbitral respecto a que un retraso se considerará como injustificado únicamente cuando, en el marco de un procedimiento de ampliación de plazo, la Entidad lo considere como tal o cuando, no habiendo iniciado el procedimiento, el Contratista excede el plazo para la ejecución del Contrato.
29. A criterio de este árbitro el artículo 165º del RLCE no distingue ni precisa situación especial dentro de la cual corresponda únicamente declararse un retraso como justificado o injustificado. Las opiniones del OSCE, en este sentido, se alejan del principio jurídico que exige que "no se debe distinguir donde la ley no lo hace". Si la intención hubiese sido que un retraso se considerará como injustificado únicamente en los dos supuestos antes señalados, lo hubiese hecho claramente, tal como sucedió en el anteproyecto del Reglamento de la vigente LCE, cuyo artículo 136º resulta claro:

"Artículo 136.- Penalidad por mora en la ejecución de la prestación

En caso de retraso injustificado del contratista en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la Entidad le aplica automáticamente una penalidad por mora, conforme a la forma de cálculo de la misma establecida en los documentos del procedimiento de selección. Solo se entiende justificado el retraso cuando se haya otorgado al contratista la ampliación de plazo correspondiente. **El retraso se considera injustificado cuando la Entidad resuelva no otorgar la ampliación de plazo solicitada o cuando no hubiera sido debidamente solicitado**".

30. En este sentido, este árbitro se pronunciará respecto de si corresponde declarar nula y/o ineficaz la penalidad aplicada.
31. Previamente, resulta importante precisar que constituye un principio general de todo proceso el de la carga de la prueba. Dicha norma elemental de lógica jurídica en materia de probanza se encuentra recogida en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 196º del Código Procesal Civil, norma que establece literalmente lo siguiente:

"Artículo 196.- Carga de la prueba.- 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".

32. Que, los medios probatorios deben tener por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes y producir certeza en el juzgador respecto a los puntos controvertidos.
33. En el expediente arbitral obran una serie de documentos referidos a noticias que dan cuenta de una huelga de estudiantes ocurrida en la ciudad de Hong

Kong, China – lugar desde donde se importaban los bienes contratados – ocurrida entre setiembre y diciembre de 2014.

34. Sin embargo, en ninguna de estas noticias se señala expresa y detalladamente que el funcionamiento portuario haya estado bloqueado, impidiendo así la importación de los bienes materia del Contrato. Es decir, no resultan idóneos para acreditar lo expuesto por el Contratista respecto de la existencia del evento que califica de fuerza mayor y que, refiere, generó el retraso en la entrega de los bienes dentro del plazo contractual.
35. Asimismo, obran en el expediente dos constancias emitidas respectivamente por las empresas Longray Shenzhen Technology CO .LTD (fabricante de los bienes) y Wangpai International Logistics (HK) Limited (encargada del transporte de los bienes) en las que se declara que las protestas de estudiantes chinos en la ciudad de Hong Kong ha retrasado el envío de los bienes.
36. Sin embargo, se debe indicar que, a criterio de éste árbitro, las referidas constancias no generan convicción, por el hecho de que ninguno de ellos acredita específicamente que el supuesto caso de fuerza mayor haya afectado directamente la compra o salida de los bienes materia contrato. Ni mucho menos señala el plazo de inicio y término del evento, aspecto esencial para determinar el tiempo durante el cual se configuraría el retraso justificado del Contratista en la entrega de los bienes en el plazo pactado.
37. En tal sentido, éste árbitro llega a la conclusión de que el demandante no ha cumplido con acreditar el supuesto de caso fortuito y/o fuerza mayor, razón por la cual, no habiendo demostrado que el retraso en la ejecución de bienes es un retraso justificado, no corresponde dejar sin efecto la aplicación de penalidades ni ordenar su devolución, debiendo declarar infundadas las pretensiones cuarta y quinta de la demanda.

Estando a las consideraciones expuestas, dentro del plazo correspondiente, este árbitro **RESUELVE:**

PRIMERO.- DECLÁRASE FUNDADA EN PARTE la excepción de caducidad deducida por la Entidad.

SEGUNDO.- DECLÁRASE IMPROCEDENTE el primer punto controvertido, derivado de la primera pretensión principal, de acuerdo a los considerandos señalados en el presente laudo.

TERCERO.- DECLÁRASE IMPROCEDENTE el segundo punto controvertido, derivado de la segunda pretensión principal, de acuerdo a los considerandos señalados en el presente laudo.

CUARTO.- DECLÁRASE IMPROCEDENTE el tercer punto controvertido, derivado de la tercera pretensión principal, de acuerdo a los considerandos señalados en el presente laudo.

QUINTO.- DECLÁRASE INFUNDADO el cuarto punto controvertido, derivado de la cuarta pretensión principal, de acuerdo a los considerandos señalados en el presente laudo.

SEXTO.- DECLÁRASE INFUNDADO el quinto punto controvertido, derivado de la quinta pretensión principal, de acuerdo a los considerandos señalados en el presente laudo.



DANIEL TRIVEÑO DAZA
Árbitro