

Lima, 5 de mayo de 2023

**EXPEDIENTE 051-2020
LAUDO ARBITRAL DE DERECHO**

Demandante:

TRADEMEDIC S.A.C.

En adelante el **Contratista** o **Trademedic**, indistintamente.

Demandado:

MINISTERIO DE SALUD

En adelante la **Entidad** o **MINSA**, indistintamente.

Tribunal Arbitral:

Patrick Hurtado Tueros (Presidente del Tribunal Arbitral).

Nilton César Santos Orcón.

Eduardo Solís Tafur.

Secretario Arbitral:

Mario Barrón Cuenca

RESOLUCIÓN N° 36

Lima, 5 de mayo de dos mil veintitrés.-

VISTOS:

I. ANTECEDENTES

1. Con fecha 19 de marzo de 2020, se emitió la Orden de Compra 286-2020 para la adquisición de 35 ventiladores volumétricos.

2. En principio, el Convenio Arbitral en el presente caso, está regulado legalmente a través de los numerales 32.3 y 32.4 del artículo 32 y el numeral 45.1 del artículo 45, del Decreto Supremo N° 082-2019-EF, Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado (en adelante, “Ley de Contrataciones” o “LCE”, indistintamente), que establecen lo siguiente:

“32.3 **Los contratos regulados por la presente norma incluyen necesariamente y bajo responsabilidad las cláusulas referidas a:** a) Garantías, b) Anticorrupción, **c) Solución de controversias** y d) Resolución de contrato por incumplimiento, conforme a lo previsto en el reglamento.”

“32.4 **El reglamento establece el procedimiento, plazos y requisitos para el perfeccionamiento del contrato, así como los casos en que el contrato puede perfeccionarse mediante una orden de compra o servicio, no debiendo necesariamente en estos casos incorporarse las cláusulas indicadas, sin perjuicio de su aplicación legal.**”

“45.1 **Las controversias que surjan entre las partes** sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato **se resuelven, mediante conciliación o arbitraje,** según el acuerdo de las partes. En el reglamento se definen los supuestos para recurrir al arbitraje Ad Hoc. Las controversias sobre la nulidad del contrato solo pueden ser sometidas a arbitraje.”

En tal sentido, en el presente caso el contrato se habría perfeccionado a través de una orden de compra, debiendo solucionar sus controversias a través de conciliación o arbitraje. En el presente caso, se optó por lo segundo, siendo que se inició, como consecuencia de las controversias relacionadas a la anulación del contrato, conformidad del contrato, ampliación de plazo, pago e indemnización.

II. DESARROLLO DEL PROCESO

A. Actuación Preliminar del Tribunal Arbitral:

1. Al haber quedado firmes las designaciones del Presidente del Tribunal Arbitral, Patrick Hurtado Tueros, y de los árbitros de parte, Nilton Santos Orcón y Eduardo Solís Tafur, se propusieron las reglas del arbitraje, las mismas que fueron puestas en conocimiento de las partes, a través de la Resolución N°1 de fecha 12 de enero de 2021, otorgándose un plazo de cinco (5) días hábiles a las partes para que manifiesten lo conveniente a su derecho.

2. Con fecha 26 de enero de 2021, la Entidad propuso un mayor plazo para los actos postulatorios, escrito que fue puesto en conocimiento del Contratista, a través de Resolución N° 2 de fecha 28 de enero de 2021. De tal modo, mediante escrito presentado el 1 de febrero de 2021, el Contratista absuelve la propuesta de modificación de las Reglas. Con la absolución realizada, el Tribunal dispuso modificar las reglas, estableciendo un plazo de quince (15) días hábiles para la presentación de los escritos postulatorios, lo cual quedó definido, a través de la Resolución N° 3 de fecha 25 de febrero de 2021.
3. Con fecha 26 de marzo de 2021, el Contratista presentó su escrito de demanda; sin embargo, el Tribunal Arbitral, previo a la admisión del mismo, le otorgó el plazo de tres (3) días hábiles, a fin de que subsane la presentación de anexos, lo cual se determinó a través de la Resolución N° 4 de fecha 7 de abril de 2021.
4. Con fecha 15 de abril de 2021, el Contratista procedió a subsanar la demanda arbitral, admitiéndose a trámite ésta. En consecuencia, a través de Resolución N° 5 de fecha 23 de abril de 2021, se corrió traslado de dicho escrito a la Entidad para su absolución; y, de considerarlo conveniente, formule reconvencción.
5. Con fecha 10 de mayo de 2021, y dentro del plazo establecido, la Entidad contestó la demanda, negándola en todos sus extremos. Dicho escrito fue proveído mediante Resolución N° 7 de fecha 18 de mayo de 2021, y se admitió a trámite la contestación de demanda, en los términos que se expresó, teniéndose por ofrecidos los medios probatorios que se señalaron y a los autos los anexos que se acompañaron, con conocimiento de la contraria.
6. A través de escrito presentado el 6 de julio de 2021, el Contratista absolvió el escrito de contestación demanda y ofreció medios probatorios adicionales, dentro de los cuales requirió la exhibición de documentos en torno al internamiento y/o toda documentación de los ventiladores. Asimismo, ofreció una pericia técnica que determine que todos los respiradores sí funcionaban y que han sido utilizados por lo que solicitó las facilidades para su ingreso al Hospital. De tal forma, a través de Resolución N° 10 de fecha 6 de julio de 2021, el Tribunal Arbitral otorgó a la Entidad el plazo de 5 días, para que manifieste lo que considere corresponda a su derecho.
7. Con fecha 14 de julio de 2021, la Entidad requirió que los medios probatorios ofrecidos sean rechazados. Ante lo requerido, el Tribunal Arbitral corrió traslado del

escrito al Contratista, a fin de que manifieste lo que considere corresponda a su derecho, en el plazo de cinco (5) días hábiles.

8. Con fecha 26 de julio de 2021, el Contratista absuelve la oposición a los medios probatorios de la Entidad. Teniendo presente la posición de las partes, el Tribunal Arbitral, a través de Resolución N° 12 de fecha 9 de agosto de 2021, declaró infundada la oposición a la presentación de nuevos medios probatorios planteada por la Entidad, debido a que considera atendible la admisión de los mencionados medios probatorios, y en parte, porque el demandante dejó constancia de la posibilidad de presentar nuevos medios probatorios, dejando constancia que no se genera perjuicio a las partes.
9. A través de la Resolución N° 13 de fecha 2 de setiembre de 2021, el Tribunal Arbitral teniendo presente los escritos postulatorios, procedió a fijar los siguientes puntos controvertidos:

A. Puntos controvertidos de la demanda

- I. Determinar si corresponde o no que, se deje sin efecto, nulo y/o ineficaz la Carta N° 165-2020-OGA/MINSA, de fecha 08 de octubre de 2020, suscrito por el Director General de Administración del Ministerio de Salud, Manuel Jesús Ordóñez Reaño y del informe que lo sustenta; mediante el cual, la Entidad pretendería anular el contrato contenido en el Orden de Compra 286.
- II. Determinar si corresponde o no que, sin perjuicio del vicio de forma que es materia de la pretensión anterior, se declare sin efecto, nulo y/o ineficaz la Carta N° 165- 2020-OGA/MINSA, de fecha 08 de octubre de 2020 y del informe que lo sustenta; por cuanto el motivo para anular de modo indebido el Contrato contenido en el Orden de Compra N° 286, no se habría ajustado a ninguna de las causales que permiten que el Titular de la Entidad, declare su nulidad, máxime si en los hechos no habría sido efectiva tal nulidad pues la Entidad mantendría en uso y posesión de las mismas, vaciando a dicha decisión de contenido material.
- III. Determinar si corresponde o no se declare que, en el supuesto que la Entidad hubiera puesto en uso y funcionamiento los 35 ventiladores proveídos por la empresa Trademedic S.A.C., a favor del Ministerio de Salud y de su población en el Hospital de Ate, se habría dado de modo material la

conformidad a los bienes proveídos por la empresa Trademedic S.A.C., sin perjuicio del periodo de responsabilidad y garantía del producto, así como de los trabajos que se requieran conforme a ello.

- IV. Determinar si corresponde o no que, se declaren aprobadas las solicitudes de ampliación de plazo formuladas en el presente contrato por silencio positivo del Ministerio de Salud y/o, en caso de persistir la existencia de atraso alguno, se considere que este habría sido justificado ya sea por las circunstancias del mercado mundial generado por la pandemia del Covid-19 y/o por la propia indefensión de la Entidad que nunca atendió a los pedidos de solución formulados por la empresa Trademedic S.A.C., respecto de los temas pendientes antes o durante el plazo de responsabilidad y, por el contrario, pretendió declarar la nulidad del contrato de modo arbitrario.
 - V. Determinar si corresponde o no que, se ordene a la Entidad el pago a favor de TRADEMEDIC S.A.C., la suma de S/ 6,265,000.00 (seis millones doscientos sesenta y cinco Mil y 00/100 soles), por la adquisición de 35 Ventiladores Volumétricos Mecánicos Adulto/Pediátrico para la Dirección General de Gestión de Riesgo de Desastre y Defensa Nacional en Salud (Marca Maquet – Modelo Serva Air), con los respectivos intereses legales computados desde la fecha en que la Entidad dio su conformidad para su uso o inició su uso efectivo, lo que haya ocurrido primero.
 - VI. Determinar si corresponde o no que, en el supuesto caso que no se ampare alguna o todas las pretensiones anteriores y que, como consecuencia de ello no sea posible que se retribuya al Contratista, en todo o en parte el monto de S/. 6,265,000.00 (seis millones doscientos sesenta y cinco mil y 00/100 soles) que sería el valor de venta de los 35 ventiladores materia entregados por el Contratista a la Entidad, se indemnice y/o restituya al Contratista un monto igual a su valor de venta a la Entidad más los intereses legales correspondientes.
 - VII. Determinar si corresponde o no que, se efectúe expresa condena de costos y costas procesales a favor de la Entidad, incluido tantos los honorarios que se devenguen a favor del Tribunal Arbitral y de la Secretaría Arbitral, como también los gastos en los que hemos debido incurrir para nuestra propia defensa.
10. Asimismo, en la mencionada Resolución N° 13, se admitieron los medios probatorios descritos de la siguiente manera:

De la parte demandante:

- i. El mérito de los medios probatorios señalados en el acápite “VI. MEDIOS PROBATORIOS”, del escrito s/n presentado por la empresa Trademedic S.A.C., con fecha 26 de marzo de 2021, bajo la sumilla “Presenta demanda Arbitral”, así como, la exhibición que deberá realizar la Entidad, siendo estos los siguientes:
 - a. Respecto a los documentos del inventario de bienes del área Covid del Hospital de Emergencia de Ate, del Ministerio de Salud del año 2020-2021, con el cual se verificaría de la operatividad de los 35 ventiladores y, la copia de los Formatos de los Protocolos de Pruebas de los 35 ventiladores submateria, de fecha 21 de marzo de 2020.
 - b. Exhibición de los documentos internos del área Covid del Hospital de Emergencia de Ate, del Ministerio de Salud, del año 2020-2021 (de todos los meses, a partir del mes de abril de 2020), con lo cual se demostraría el uso de los 35 ventiladores entregados a la Entidad y la copia de los Formatos de los Protocolos de Pruebas de los 35 ventiladores submateria, de fecha 21 de marzo de 2020.
- Medios probatorios que fueron admitidos, para lo cual el Tribunal Arbitral concedió a la Entidad un plazo de veinte (20) días hábiles, a fin que cumpla con realizar la exhibición de los medios probatorios que se mencionaron.
- ii. El mérito de los medios probatorios señalados en el escrito s/n presentado por la empresa Trademedic S.A.C., con fecha 15 de abril de 2021, bajo la sumilla “*Subsano demanda*”.
- iii. El mérito de los medios probatorios descritos en el acápite “*PRIMER OTROSI DIGO*” del escrito s/n presentado por la empresa Trademedic S.A.C., con fecha 16 de junio de 2021, bajo la sumilla “*Absuelvo demanda/ ofrecemos medios probatorios*”. Así como la exhibición que deberá realizar la Entidad, a continuación:

- a. Exhibición de las guías de internamiento y/o toda la documentación de todos los respiradores mecánicos ingresados al Hospital de Emergencia de Ate.
- Al respecto, el Tribunal Arbitral tuvo por admitidos dichos medios probatorios. En consecuencia, otorgó un plazo de veinte (20) días hábiles a la Entidad, a fin que cumpla con efectuar la exhibición de los medios probatorios que se mencionan en el pedido de ofrecimiento de la citada prueba.

De la parte demandada:

- i. El mérito de los medios probatorios descritos en el acápite “IV. MEDIOS PROBATORIOS”, indicados del 1 al 7 del escrito s/n presentado por el Ministerio de Salud, con fecha 10 de mayo de 2021, bajo la sumilla “*Contestación de demanda*”.
 - ii. El mérito del medio probatorio descrito en el *Otrosí Digo*, del escrito s/n presentado por el Ministerio de Salud, con fecha 03 de setiembre de 2021, bajo la sumilla “*Absuelvo medio probatorios*”.
11. Mediante Resolución N° 14 de fecha 22 de octubre de 2021, se otorgó un plazo adicional a la Entidad para que presente la exhibición de los documentos requeridos por el Contratista, y se dejaron fijados los puntos controvertidos.
12. A través de escrito presentado el 4 de noviembre de 2021, el Contratista comunicó al Tribunal que la Entidad no había dado permiso para acceder a verificar los ventiladores y/o máquinas ventiladoras, y en tal sentido, proceder a iniciar la pericia, lo cual se tuvo presente por el Tribunal Arbitral, a través de la Resolución N° 15 y se corrió traslado a la Entidad a fin de que manifieste lo que corresponda a su derecho.
13. Mediante escrito presentado el 17 de noviembre de 2021, la Entidad manifestó que no tenía obligación de permitir el acceso al hospital y que el mismo se encontraba restringido por el COVID-19. Asimismo, mediante escritos presentados por el Contratista el 10 y 26 de noviembre, se requirió el acceso al Hospital para que se verifiquen los ventiladores a través de un peritaje. De tal forma, a través de Resolución N° 16, se otorgó a las partes el plazo de cinco (5) días hábiles, a fin de

que manifiesten lo que consideren corresponda a su derecho por lo expresado por su contraria.

14. El Tribunal Arbitral, a través de la Resolución N° 17 de fecha 10 de febrero de 2022, ordenó a la Entidad permitir el acceso al Contratista al Hospital, y que cumpla con la exhibición requerida.
15. En fecha 22 de marzo de 2022, la Entidad presentó información actualizada de los ventiladores volumétricos mecánicos, lo cual se dejó constancia con la Resolución N° 21 de fecha 29 de abril de 2022.
16. A través de Resolución N° 22 de fecha 2 de junio de 2022, se programó fecha para la realización de la pericia en el hospital, para el 17 de junio de 2022, a las 10:00 am.
17. Con fecha 19 de julio de 2022, Trademedic presentó sus conclusiones sobre la base de la inspección realizada en el hospital, señalando que se apersonó al hospital a fin de inspeccionar los ventiladores, por lo que presenta sus conclusiones a la diligencia, de acuerdo a lo establecido en el Acta de Constatación Notarial, así como al Informe Técnico Pericial del estado de los equipos ventiladores entregados al MINSA, el mismo que fue emitido por el Ingeniero Carlos Palma Ramirez, adjuntando medios probatorios respectivos. En tal sentido, el Tribunal Arbitral a través de Resolución N° 24 de fecha 26 de julio de 2022, procedió a otorgar a la Entidad el plazo de quince (15) días hábiles a fin de que manifieste lo que corresponda a su derecho, el mismo que fue ampliado con Resolución N° 25 de fecha 26 de agosto de 2022, a pedido de la Entidad.
18. Con fecha 14 de setiembre de 2022, la Entidad absolvió el Dictamen Pericial, de lo cual se dejó constancia a través de la Resolución N° 26 de fecha 16 de setiembre de 2022, otorgándose a través de la misma un plazo de diez (10) días hábiles al Contratista a fin de que manifieste lo que considere corresponda a su derecho.
19. Con fecha 29 de setiembre de 2022, el Contratista absuelve las conclusiones de la Entidad al Dictamen Pericial, lo cual se dejó constancia a través de la Resolución N° 27 de fecha 29 de setiembre de 2022, procediendo además a fijarse fecha para la audiencia pericial para el 11 de octubre de 2022, fecha que sería reprogramada en múltiples oportunidades, hasta el 14 de diciembre de 2022 a las 14:00 p.m., lo cual

fue comunicado a las partes a través de Resolución N° 31 de fecha 5 de octubre de 2022.

20. De tal forma, en la fecha y hora programada, se llevó a cabo la Audiencia de Informe Pericial e Informes Orales, con la presencia de ambas partes, requiriéndose al Contratista que precise si el Dictamen Pericial primigenio estaba adjunto al escrito de fecha 19 de julio de 2022, debiendo informar ello en 3 días.
21. A través de escrito presentado el 10 de enero de 2023, el Contratista manifiesta que con su escrito presentado el 19 de julio de 2022, solo puso en conocimiento el informe con el que amplía el dictamen pericial, mas no el primigenio, procediendo a través del referido escrito presentado el 10 de enero de 2023, a presentarlo, lo cual se tuvo presente con Resolución N° 32 de fecha 17 de enero de 2023.
22. Teniendo presente lo resuelto en la Resolución N° 32 y a pedido de la Entidad, con fecha 20 de enero de 2023, a través de Resolución N° 33 de fecha 20 de enero de 2023, se otorgó a la Entidad un plazo de quince (15) días a fin de que absuelva el dictamen pericial primigenio.
23. A través de Resolución N° 34 de fecha 21 de febrero de 2023, se otorgó a las partes el plazo de cinco (5) días hábiles, a fin de que presenten sus conclusiones finales.
24. En fecha 24 febrero y 1 de marzo de 2023, la Entidad y el Contratista, respectivamente, presentaron sus conclusiones finales, de lo cual se dejó constancia a través de Resolución N° 35 de fecha 10 de marzo de 2023. Asimismo, se tuvo presente el escrito presentado por la Entidad el 28 de febrero de 2023, el mismo que era para mejor resolver. Por último, a través de la referida Resolución N° 35, se fijó el plazo para laudar en veinte (20) días hábiles prorrogables automáticamente por quince (15) días hábiles adicionales.

III. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL ÁRBITRAL

III.1.- CUESTIONES PRELIMINARES

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

- (i) Que, el Tribunal Arbitral se constituyó de conformidad con el convenio arbitral suscrito por las partes.
- (ii) Que, en ningún momento se declaró fundada recusación a algún miembro del Tribunal Arbitral, o se impugnó o reclamó contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en las Reglas Complementarias de Arbitraje adjuntas a la Resolución N° 1 de fecha 12 de enero de 2021
- (iii) Que, el Contratista presentó su demanda dentro de los plazos dispuestos y sus ampliaciones, ejerciendo plenamente su derecho de defensa.
- (iv) Que, la Entidad fue debidamente emplazada con la demanda, presentando su absolución a la misma dentro del plazo correspondiente, ejerciendo plenamente su derecho de defensa. Que, las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como tuvieron la facultad de presentar sus conclusiones finales y se les otorgó el uso de la palabra para informar ante el Tribunal Arbitral.
- (v) Que, de conformidad con las reglas establecidas para el presente arbitraje, las partes han tenido oportunidad suficiente para plantear 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 prevista para el presente arbitraje, 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.
- (vi) Que, el Tribunal Arbitral ha procedido a laudar dentro de los plazos establecidos en las reglas del proceso.

III.2.- MATERIA CONTROVERTIDA

De acuerdo con lo establecido en la Resolución N° 13 de fecha 2 de setiembre de 2021, a través de la cual se llevó a cabo la Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios, en el presente caso corresponde al Tribunal Arbitral determinar lo siguiente, en base a los puntos controvertidos fijados en el presente arbitraje.

Siendo que el presente arbitraje es uno de derecho, corresponde al Tribunal Arbitral pronunciarse respecto de cada uno de los puntos controvertidos, teniendo en cuenta el mérito de las pruebas aportadas al proceso para determinar, en base a la valoración conjunta de ellas, 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 juzgador respecto de tales hechos.

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

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

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

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

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

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

1. PRIMER, SEGUNDO, Y TERCER PUNTO CONTROVERTIDOS

Determinar si corresponde o no que, se deje sin efecto, nulo y/o ineficaz la Carta N° 165-2020-OGA/MINSA, de fecha 08 de octubre de 2020, suscrito por el Director General de Administración del Ministerio de Salud, Manuel Jesús Ordóñez Reaño y del informe que lo sustenta; mediante el cual, la Entidad pretendería anular el contrato contenido en el Orden de Compra 286.

Determinar si corresponde o no que, sin perjuicio del vicio de forma que es materia de la pretensión anterior, se declare sin efecto, nulo y/o ineficaz la Carta N° 165- 2020-OGA/MINSA, de fecha 08 de octubre de 2020 y del informe que lo sustenta; por cuanto el motivo para anular de modo indebido el Contrato contenido en el Orden de Compra N° 286, no se habría ajustado a ninguna de las causales que permiten que el Titular de la Entidad, declare su nulidad, máxime si en los hechos no habría sido efectiva tal nulidad pues la Entidad mantendría en uso y posesión de las mismas, vaciando a dicha decisión de contenido material.

Determinar si corresponde o no se declare que, en el supuesto que la Entidad hubiera puesto en uso y funcionamiento los 35 ventiladores proveídos por la empresa Trademedic S.A.C., a favor del Ministerio de Salud y de su población en el Hospital de Ate, se habría dado de modo material la conformidad a los bienes proveídos por la empresa Trademedic S.A.C., sin perjuicio del periodo de responsabilidad y garantía del producto, así como de los trabajos que se requieran conforme a ello.

Respecto a estos puntos controvertidos, este Tribunal Arbitral ve pertinente analizarlos de manera conjunta, toda vez que los mismos tienen extremos en común que deben valorarse en conjunto para su análisis.

1.1 POSICIÓN DEL CONTRATISTA

El Contratista sustenta su posición, principalmente en los siguientes fundamentos:

RESPECTO AL PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO

El contratista sostiene que la presunta nulidad efectuada por la Entidad no ha sido conforme a derecho. En primer lugar, el contratista alega que esta nulidad no ha sido declarada por la titular de la Entidad, quien culminada la primera ola del COVID-19, era la ministra Pilar Mazetti; sino que fue hecha por el Director General de Administración; por lo cual, según del demandante, dicha nulidad no revestiría la formalidad establecida en la norma de contratación pública, para ser considerada válida.

El contratista indica que, acorde la Ley de Contratación Pública, son siete los supuestos concretos en los cuales se puede declarar la nulidad de un Contrato vigente y, específicamente, señala que la nulidad solo puede ser declarada –de modo indelegable– por el Titular de la Entidad, y cita el numeral 44.2 del artículo 44° del TUO de la vigente Ley de Contrataciones del Estado:

“44.2 El Titular de la Entidad declara de oficio la nulidad de los actos del procedimiento de selección, por las mismas causales previstas en el párrafo anterior, solo hasta antes del perfeccionamiento del contrato, sin perjuicio que pueda ser declarada en la resolución recaída sobre el recurso de apelación. (...)”.

Por ello, sostienen que desconocen la nulidad del contrato.

El demandante también señala que, inclusive, pese a que se haya querido resolver el contrato, la decisión de la Entidad de dejar sin efecto la contratación, constituye un acto administrativo, el cual, en primer lugar, debe contar con una motivación debida. En este caso, el contratista alega que la motivación es indebida, al imputarles un supuesto incumplimiento, así como pretender dejar sin efecto un contrato que ya se había ejecutado. Y, como indica la parte demandante, sería conforme al artículo 3 de la Ley 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General:

“Artículo 3.- Requisitos de validez de los actos administrativos

Son requisitos de validez de los actos administrativos:

(...)

3. Objeto o contenido. - Los actos administrativos deben expresar su respectivo objeto, de tal modo que pueda determinarse inequívocamente sus efectos jurídicos. Su contenido se ajustará a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico,

debiendo ser lícito, preciso, posible física y jurídicamente, y comprender las cuestiones surgidas de la motivación.

(...)

4. Motivación. - El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico.”

Según el contratista, la motivación que brindó el MINSA para declarar la nulidad del presente proceso fue que se había configurado lo descrito en el numeral 102.5 del artículo 102 del Reglamento de la Ley, el cual, según el demandante, ni siquiera es aplicable al caso, puesto que dicho artículo hace mención de que la nulidad puede darse, en caso que no se concrete la elección de un proveedor o la suscripción del contrato.

Para ellos, resultaba claro que el proveedor adjudicado era TRADEMEDIC, y que por ello se emitió las órdenes de compra a su nombre. Alegan que la emisión y aceptación de una orden de compra tiene los mismos efectos que un contrato.

En ese sentido, TRADEMEDIC afirma que la Entidad no cumplió con los requisitos de validez de los actos administrativos, al contener su nulidad una motivación deficiente, por lo que la decisión de la Entidad devendría, en ese supuesto, en INVÁLIDA, por lo cual no debería surtir efecto alguno.

RESPECTO AL SEGUNDO Y TERCER PUNTO CONTROVERTIDO

El Contratista señala que con fecha 21 de marzo de 2020, y en virtud de la Orden de Compra N° 286-2020, TRADEMEDIC cumplió con su obligación contractual y realizó la entrega de 35 ventiladores – equipos biomédicos, para lo cual, se suscribió el Acta de Entrega – Recepción. El acto, según el demandante, se desarrolló en la Sede del Nuevo Hospital de Lima – Este (Vitarte).

El contratista sostiene que la Entidad puso en uso inmediato los mencionados 35 ventiladores en el Nuevo Hospital de Ate, a su propio beneficio y de la población destinataria.

Para alegar ello, presentó una pericia donde, se contó, inclusive, con la presencia de un representante de la misma Entidad, así como un notario público- y en la que, según el Contratista, se demostró que cada uno de ellos sí fue usado y que cuentan con un

promedio aproximadamente de 10 mil horas de funcionamiento y más de 7,670 horas de ventilación con pacientes.

Entonces, señala el Contratista, que en los hechos no se estaría haciendo efectiva la “supuesta” nulidad, pues la Entidad habría continuado el uso y posesión de estos, por lo que habría dado de modo material conformidad a los bienes proveídos por el contratista, vaciando a dicha decisión de contenido material.

En este punto, el Contratista considera pertinente hacer mención a lo que la doctrina conoce como “Actos Propios”. Para ello, cita lo que la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de la República sostiene, en la Sentencia recaída en el Expediente de Casación N° 1722-2017- ANCASH, y señala que la teoría de los actos propios sanciona como inadmisibles toda pretensión lícita pero objetivamente contradictoria, con respecto al propio comportamiento anterior efectuado por el mismo sujeto.

Nos dice que son sus presupuestos: (i) una conducta vinculante; (ii) una pretensión contradictoria; y (iii) identidad de sujetos. Así, según el Contratista, en aplicación a este criterio, correspondería analizar si la conducta que ha tenido el MINSA, es consecuente o contradictoria, con lo que ha venido argumentando en el presente proceso.

Y es que, según Trademedic, de los hechos se puede corroborar que (i) El comportamiento del Minsa ha sido recibir los equipos ventiladores y ponerlos en uso; (ii) Resulta contradictorio que declare la nulidad del contrato, pero que no devuelva los equipos, beneficiándose de ellos gratuitamente y solicitando posteriormente la nulidad, sin perjuicio de exigir el mantenimiento de los mismos; (iii) Es el MINSA quien realiza los actos contradictorios: deja sin efecto el contrato, pero sigue usando los equipos y sigue exigiendo prestaciones propias del contrato.

Con ello, el Contratista indica que queda demostrado que la Entidad no solo no habría actuado correctamente, sino que tampoco lo estaría haciendo conforme al principio de la buena fe, que citan a continuación del Código Civil:

“Artículo 1362.- Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes”.

Para el demandante, la Entidad está teniendo un mal proceder y viola dicho principio, toda vez que la Entidad no sólo habría seguido usando los equipos, sino que, les solicitaba los mantenimientos preventivos de los mismos, desconociendo bajos sus propios actos que, ya había declarado la nulidad de la adjudicación.

Con ello, el contratista indica que el 08 de octubre de 2020, a través de la Carta N° 165-2020- OGA/MINSA, la Entidad decide declarar nulo el Contrato contenido en la Orden de Compra N° 286. Sin embargo, el demandante sostiene que, posteriormente, la Entidad siguió actuando como si el contrato siguiera vigente, solicitando mantenimientos. Para sustentar ello, presenta los siguientes correos:

De: Victor Martin Jara Rojas <vjara@heav.gob.pe>
Enviado el: lunes, 11 de enero de 2021 15:58
Para: jsanchez@trade-medic.com
CC: 'Mikel Antunez TMD' <mantunez@trade-medic.com>; avalle@trade-medic.com; Rafael Armando Carrasco Rosas <rcarrasco@heav.gob.pe>; Karim Janet Vásquez Vera <kvasquez@heav.gob.pe>; Luis Alberto Bracamonte Ferrel <lbracamonte@heav.gob.pe>
Asunto: Re: MANTENIMIENTO PREVENTIVO DE VENTILDORES MAQUET SERVO AIR - HOSP. ATE VITARTE

Estimado Juan,

Los esperamos, como ya sabes los trabajos con los ventiladores los realizamos en un ambiente no contaminado donde tenemos lo que requieres para poder realizar los mantenimientos.

En tal sentido te esperamos el día y la hora indicada para poder realizar los mantenimientos preventivos y a su vez hacerte recordar que estos ventiladores mecanicos requieren sus brazos originales para soporte de los tubos corrugados.

Saludos,

Victor Martin Jara Rojas Área de Servicios Generales

(Imagen a continuación)

ogle.com/mail/u/0/popout?ver=233og3h6h7x7&msg=%23msg-f%3A1711617477168490582&attid=0.1

De: Victor Martin Jara Rojas <vjara@heav.gob.pe>
Enviado el: viernes, 8 de enero de 2021 11:27
Para: jsanchez@trade-medic.com
CC: 'Mikel Antunez TMDC' <mantunez@trade-medic.com>; avalle@trade-medic.com; Rafael Armando Carrasco Rosas <rcarrasco@heav.gob.pe>; Karim Janet Vásquez Vera <kvasquez@heav.gob.pe>; Luis Alberto Bracamonte Ferrel <lbracamonte@heav.gob.pe>
Asunto: Re: MANTENIMIENTO PREVENTIVO DE VENTILDORES MAQUET SERVO AIR - HOSP. ATE VITARTE

Estimado Ing. Juan,

Actualmente todos los ventiladores (35) marca MAQUET modelo SERVO AIR, se encuentran fuera de la zona contaminada, por lo que, los mantenimientos preventivos los podrian realizar en un menor tiempo, de ser posible, podriamos iniciar el día de mañana sabado 09 de enero.

Quedo atento a tu cronograma de trabajo a fin de organizarnos y dar inicio con los mantenimientos preventivos 01-2021.

Saludos,

Victor Martin Jara Rojas Área de Servicios Generales
Ingeniero Biomédico Hospital Emergencia Ate Vitarte
Av. José Carlos Mariátegui N°364,
Ate Vitarte - Lima - Lima.
Teléfono: 315-6600 Anexo: 3046



Activar Windows
Ve a Configuración para activar

Con estos elementos, el contratista alega que la Entidad siguió manteniendo una postura contraria a su propia nulidad de contrato. Asimismo, señala que existe un Reporte de atención del mes de enero de 2021, posterior a la fecha de nulidad, entonces, con ello el contratista sostiene que la Entidad solo pretendía superar el pago.

REPORTE DE SERVICIO TECNICO Nº 000659

TRADEMEDIC
soluciones médicas

RUC: 20554195661

CLIENTE

NOMBRE: HOSPITAL EMERGENCIA ATE VITARTE FECHA: 13/01/21
DPTO. O SERVICIO: SERVICIO GENERAL
DIRECCION: AV. J. CARLOS MARIATEGUI - ATE
TELF: CONTACTO: J. G. MARTIN JARA RUC: _____

EQUIPO

EQUIPO ATENDIDO: VENTILADOR MECANICO MODELO: SERVO - AIR
MARCA: MAQUET CODIGO: _____
SERIAL No: _____ UBICACION: _____

TRABAJO

() CONTRATO No: _____ () INSTALACION: _____
(x) MANT PREVENTIVO () GARANTIA () FMI No: _____
() MANT. CORRECTIVO (x) EVALUACION () OTRO: _____

DESCRIPCION DEL TRABAJO

Se coordinó con el Ing. MARTIN JARA, para poder realizar el mant y verificación de los 35 ventiladores MAQUET, realizándolo correctamente de acuerdo CHECK LIST DE MANT. PREVENTIVO DE ROTINA, c/u de los Ventiladores cuenta con su hoja check list.

Con lo señalado, el Contratista concluye que, en los hechos, no se hizo efectiva tal nulidad, ya que la Entidad continuó en uso y posesión de los equipos, vaciando a dicha decisión de contenido material. Por ello, el contratista solicita que conforme a su petitorio, se declare la conformidad de la Orden de Compra señalada anteriormente.

1.2 POSICIÓN DE LA ENTIDAD

La ENTIDAD sustenta su posición, principalmente en los siguientes fundamentos:

RESPECTO AL PRIMER Y SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO

La Entidad sostiene que debe esclarecerse que, a través de la Carta No 165-2020 OGNMINSA, y conforme al análisis desarrollado en el Informe No 803-2020-UAP-OA-OGNMINSA, se dejó sin efecto la adjudicación comunicada a través de orden de compra a favor de Trademedic, la misma que es automática, en el marco de la figura que se encuentra expresamente prevista en el numeral 102.5 del artículo 102 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado:

"102.5. Cuando no llegue a concretarse la elección al proveedor o suscripción del contrato, se deja sin efecto automáticamente la adjudicación efectuada, debiendo la Entidad continuar con las acciones que correspondan."

Así, en relación a ello, la Entidad cita lo establecido en el numeral 137.1 del artículo 137 del Reglamento: *"El contrato se perfecciona con la suscripción del documento que lo contiene, salvo en los contratos derivados de procedimientos de Subasta Inversa Electrónica y Adjudicación Simplificada para bienes y servicios en general, en los que el contrato se puede perfeccionar con la recepción de la orden de compra o de servicios, conforme a lo previsto en los documentos del procedimiento de selección, siempre que el monto del valor estimado no supere los Cien Mil con 00/100 Soles (S/ 100 000,00)",* en cuyo texto se basa para afirmar que, en el caso de la contratación directa, no es viable que el contrato se perfeccione con la recepción de la orden de compra, por lo que, sería necesario suscribir el contrato para culminar con la regularización correspondiente, de acuerdo con el artículo 102 del mismo cuerpo legal. Situación que, según la parte demandada, no se cumplió en el presente caso.

Para la Entidad, resulta evidente que solo procedió a dejar sin efecto la adjudicación de la Orden de Servicio y no aplicó el procedimiento de nulidad previsto en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, porque alega que no existe contrato, manifestando que por ello el titular de la Entidad no era quien tenía esa facultad. También hace hincapié en que, la anulación de la orden de compra efectuada luego de haberse dejado sin efecto la adjudicación, consiste en un mero trámite de administración interna relacionado con el sistema presupuestal, sin que dicho acto constituya por sí mismo una nulidad contractual; puesto que plantean que el contrato en el procedimiento de contratación directa, no se perfecciona con la recepción de la orden de compra, sino con la suscripción del documento que lo contiene, lo cual no se llevó a cabo.

RESPECTO AL TERCER PUNTO CONTROVERTIDO

Con relación al Tercer Punto Controvertido, referido a que, por el uso de los ventiladores se otorgó conformidad de modo material, la Entidad indica que, según el Reglamento, la conformidad es otorgada por el área usuaria, quien verifica la calidad, cantidad y cumplimiento de las condiciones contractuales; situación que alegan no se configuró, toda vez que los bienes entregados fueron observados, por no haber cumplido con el íntegro de la prestación por parte de Trademedic, ya que manifiestan que no contaban con conformidad, y citan la Nota Informativa N° 020-2020-HSLR-HDC-UFDNS-DIGERD/MINSA.

Asimismo, sostienen que es de notarse que la prestación a cargo de la empresa es de ejecución única, por lo cual, debió cumplir de forma cabal y dentro del plazo pactado, con todas las prestaciones establecidas.

1.3 POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

Determinar si corresponde o no que, se deje sin efecto, nulo y/o ineficaz la Carta N° 165-2020-OGA/MINSA, de fecha 08 de octubre de 2020, suscrito por el Director General de Administración del Ministerio de Salud, Manuel Jesús Ordóñez Reaño y del informe que lo sustenta; mediante el cual, la Entidad pretendería anular el contrato contenido en el Orden de Compra 286.

Determinar si corresponde o no que, sin perjuicio del vicio de forma que es materia de la pretensión anterior, se declare sin efecto, nulo y/o ineficaz la Carta

N° 165- 2020-OGA/MINSA, de fecha 08 de octubre de 2020 y del informe que lo sustenta; por cuanto el motivo para anular de modo indebido el Contrato contenido en el Orden de Compra N° 286, no se habría ajustado a ninguna de las causales que permiten que el Titular de la Entidad, declare su nulidad, máxime si en los hechos no habría sido efectiva tal nulidad pues la Entidad mantendría en uso y posesión de las mismas, vaciando a dicha decisión de contenido material.

Determinar si corresponde o no se declare que, en el supuesto que la Entidad hubiera puesto en uso y funcionamiento los 35 ventiladores proveídos por la empresa Trademedic S.A.C., a favor del Ministerio de Salud y de su población en el Hospital de Ate, se habría dado de modo material la conformidad a los bienes proveídos por la empresa Trademedic S.A.C., sin perjuicio del periodo de responsabilidad y garantía del producto, así como de los trabajos que se requieran conforme a ello.

Conforme a lo establecido en las Reglas Complementarias de Arbitraje de fecha 12 de enero de 2021, puesto en conocimiento de las partes con la Resolución N° 1 de la misma fecha, se estableció que la normatividad aplicable será la nacional. Teniendo en consideración que el presente arbitraje se instaló de conformidad a la Orden de Compra N° 000286-2020 de fecha 19 de marzo de 2020, son de aplicación las siguientes normas: el Decreto Supremo N° 082-2019-EF, que aprobó el Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado (en adelante Ley de Contrataciones o LCE, indistintamente); y el Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 344-2018-EF, modificado por el **Decreto Supremo N° 377-2019-EF**, (en adelante, “RLCE o Reglamento” indistintamente). Asimismo, la aplicación del Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje, resultará de manera supletoria y siempre que no se oponga a lo establecido en la Ley y el Reglamento.

Así pues, es preciso tener presente que es un hecho no controvertido que los bienes entregados por Trademedic al MINSA han sido utilizados, ello se ha evidenciado con **i)** los reportes de servicio técnico realizados en mayo de 2020 y enero de 2021; **ii)** a través del Informe N° 150 – 2021-OEA/HEAV, que detalla que a través de oficio N° 093.2020-DUPAS/MINSA, del 29 de mayo de 2020, el viceministro dispuso el uso de los ventiladores entregados por Trademedic; **iii)** con la ampliación del Dictamen Pericial de

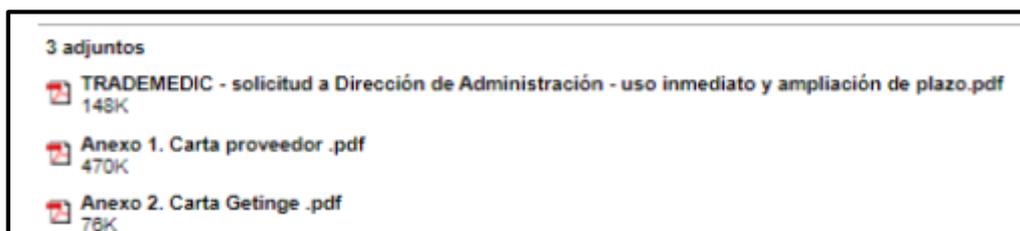
Oficio ofrecido por Trademedic de fecha 30 de junio de 2022, donde se detallan las horas de funcionamiento y horas ventiladas.

Adicionalmente, es preciso mencionar que el Contratista, previo a la fecha en la que el MINSA presentó la Carta N° 165-2020-OGA/MINSA, de fecha 8 de octubre de 2020, con la que deja sin efecto la adjudicación: **a)** solicitó ampliación de plazo para cumplir con los accesorios, **b)** estuvo dispuesto a brindar la asistencia técnica; y, **c)** cumplió con presentar algunos accesorios faltantes, y **d)** ofreció en agosto de 2020 los accesorios faltantes que no eran indispensables para que los ventiladores funcionen, tal como se ha evidenciado y se ha dejado constancia en los documentos señalados en el párrafo anterior.

En torno a la ampliación de plazo requerida por Trademedic, se evidencia que la misma se dirigió el 28 de abril de 2020 a la Oficina General de Administración, la misma que, con Carta N° 165-2020-OGA/MINSA, de fecha 8 de octubre de 2020, dejó sin efecto la Orden de Compra. El requerimiento de ampliación se aprecia a continuación:



(...)



Cabe mencionar que, en el archivo adjunto, solicitud a Dirección de Administración – uso inmediato y ampliación de plazo, se hace mención de que se ha optado por cumplir

con brazos de soporte de los ventiladores de fabricación nacional, porque los del fabricante MAQUET no podrán ser atendidos.

Conforme se mencionó, el cumplimiento de parte de los accesorios también se realizó por parte de Trademedic, previo a que se deje sin efecto la Orden de Servicio que se emitió, conforme se advierte del siguiente correo.

Subject: Entrega ventiladores MINSA
Date: Tuesday, 19 May 2020 at 19:35:56 Eastern Daylight Time
From: Mikel Antunez TMDC
To: IRENE SUAREZ QUIROZ
CC: MONICA GIULIANA MEZA GARCIA, JUAN LUIS HERRERA CHEJO, WILDOR JULIO FERREL ZEBALLOS, 'Jim Tulio, Romero Lloclla', GLORIA ELIZABETH GUTIERREZ NUÑEZ
BCC: Marco Antonio Martinez Zamora, Betty Avila Rojo
Attachments: Minsa entrega ventiladores 19.05.20.pdf

Estimada Lic. Irene Suárez

Directora de administración – Ministerio de Salud

Por medio de la presente, cumplimos con remitirle por medio electrónico la carta que se adjunta, en la cual damos cuenta de la culminación en la instalación de los 35 brazos de soporte para igual número de ventiladores MAQUET proveídos a su institución, la que se explica por sí misma.

Solicitamos a su parte, por favor adoptar los pasos necesarios para formalizar el respectivo contrato en los términos proveídos y, conforme a ello, se proceda al pago correspondiente, para lo cual quedamos a su disposición.

Atentamente,

Mikel Antúnez
Gerente General
E: mantunez@trade-medic.com
T: +51 775 1116

Asimismo, el contratista demandante solicitó medidas para reducir el requerimiento y que se pueda atender todo de la forma más rápida posible, conforme lo ha mencionado la propia entidad en el numeral 1.6 de su escrito de contestación de demanda:

1.6. Mediante Carta S/N de fecha 24 de marzo de 2020, la empresa solicitó la rebaja de accesorios los cuales no es posible entregar por razones de fuerza mayor, detallando los accesorios con cuya entrega cumplió a dicha fecha, y señalando que los ventiladores se encuentran aptos para su normal funcionamiento. Asimismo,

De otro lado, se advierte de los reportes del mes de julio, que se procedió a capacitar al personal, conforme se aprecia a continuación:

(Imágenes a continuación)

TRADEMEDIC
soluciones médicas

RUC: 20554195661

CLIENTE
NOMBRE: Hospital ATE VITARTE FECHA: 11/07/2020
DPTO. O SERVICIO: UCI - UCIN UTR - EMERGENCIA
DIRECCION: ATE - VITARTE
TELF: CONTACTO: LIC. NELLA TRUJILLO RUC:

EQUIPO
EQUIPO ATENDIDO: VENTILADOR MODELO: SERVO AIR
MARCA: MAQUET CODIGO:
SERIAL No: UBICACION:

TRABAJO
 CONTRATO No: INSTALACION:
 MANT PREVENTIVO GARANTIA FMI No:
 MANT. CORRECTIVO EVALUACION OTRO: CAPACITACION USUARIO - TECNICO

DESCRIPCION DEL TRABAJO
SE REALIZA CAPACITACION AL PERSONAL USUARIO DEL HOSPITAL
COMPRENDIDO ENTRE UTR - EMERGENCIA - UCI - UCIN - BIOMEDICO
INGENIERIA, TERAPIA RESPIRATORIA, ENTRE LOS DIAS
MARTES 07, MIÉRCOLES 08, JUEVES 09, VIERNES 10
SABADO 11 Julio.
CAPACITACION DE VENTILADORES DONDE SE HABLO DE C/U de
SUS COMPONENTES, INTERFASE DE USUARIO - USO Y MANEJO

RUC: 20554195661

CLIENTE
NOMBRE: Hospital ATE VITARTE FECHA: 20/07/2020
DPTO. O SERVICIO:
DIRECCION:
TELF: CONTACTO: Lic. Nella Trujillo RUC:

EQUIPO
EQUIPO ATENDIDO: Ventilador Mecanico MODELO: Servo Air
MARCA: Maquet CODIGO:
SERIAL No: UBICACION: 3er Piso

TRABAJO
 CONTRATO No: INSTALACION:
 MANT PREVENTIVO GARANTIA FMI No:
 MANT. CORRECTIVO EVALUACION OTRO:

DESCRIPCION DEL TRABAJO
Se realizo las capacitaciones del manejo del Ventilador
Mecanico del modelo Servo Air, el día 15-07, 16-07, 17-07
al departamento de emergencia y hoy 20-07, se realizo
Capacitación al departamento de Ucin.

RUC: 20554195661

CLIENTE

NOMBRE: Hospital ATE VITARTE FECHA: 24/07/2020
DPTO. O SERVICIO: UCI
DIRECCION: ATE VITARTE
TELF: _____ CONTACTO: Lic. Nella Trujillo RUC: _____

EQUIPO

EQUIPO ATENDIDO: Ventiladores MODELO: SERVO AIR
MARCA: MAQUET CODIGO: _____
SERIAL No: VARIOS UBICACION: _____
Ing. Juan Sanchez / Ing. Anthony Valle.

TRABAJO

() CONTRATO No: _____ () INSTALACION: _____
() MANT PREVENTIVO () GARANTIA () FMI No: _____
() MANT. CORRECTIVO () EVALUACION (x) OTRO: CAPACITACIONES

DESCRIPCION DEL TRABAJO

Se realizó capacitaciones de usuario al personal de UCI los sigtes días:

<u>Lunes 20-07-2020</u>	<u>Miércoles 22-07-2020</u>
<u>Martes 21-07-2020</u>	<u>Jueves 24-07-2020</u>

En la cual participa personal de UCI panilla ANEXA de capacitaciones.

Asimismo, con fecha 31 de agosto de 2020, el MINSA recibió la Carta S/N de Trademedic, donde se manifiesta que se encuentra en aptitud para hacer entrega, a sola aceptación de la Entidad, de accesorios faltantes, tal como se advierte a continuación:

En esa línea, conforme hemos explicado en sendas reuniones de trabajo sostenidas con su parte, en las que se ha explicado las coordinaciones efectuadas con el fabricante, así como las actuales necesidades del servicio, en el actual contexto de pandemia, nos encontramos en aptitud de hacerles entrega, a su aceptación, de los siguientes accesorios:

ITEM	CARACTERISTICAS	SOLUCION PLANTEADA	
		ENTREGADO	
C01	Cuatro (04) juegos completos de circuito de paciente adulto que permitan instalar el sistema de humidificación activa	18 unidades	Se entregarían el saldo de 122 circuitos de paciente adulto descartables, dado los peligros actuales de usar accesorios reusables

C03	Cien (100) juegos completos de circuito de paciente adulto descartables que permitan instalar el sistema de humidificación activa	800 circuitos	Se procedería a la entrega de los 2,700 circuitos simples pendientes (a fin de completar 100 juegos por cada ventilador entregado)
C05	Dos pulmones de prueba Adulto	35	Se entregarían los 35 restantes
C09	Brazo soporte de circuito de paciente de la misma marca del equipo y brazo soporte para el humidificador	Se entregaron los brazos soportes del humidificador. Faltan los de circuitos de paciente	Se entregarían 35 brazos nuevos originales de fábrica
C10	Mascarillas para ventilación no invasiva adulto en dos tamaños como mínimo o descartables de cada tamaño que incluyan arnés.		Se entregarían 2 juegos por cada equipo (70 unidades en total) y la diferencia en Mascaras full (Total face) para ventilación no invasiva de diferentes tamaños.
C14	Sensores de flujo, si la tecnología es de hilo caliente o sensores de flujo si la tecnología es por diferencial de presión (proximal) o sensores de flujo si la tecnología es ultrasónica o similar		Se le entregarían 35 cassettes expiratorios

A través del mencionado documento, también propone accesorios adicionales, conforme se advierte a continuación:

Asimismo, considerando que parte de los accesorios resultaría incluso contraproducente para el debido funcionamiento de los mencionados 35 equipos actualmente en uso en las condiciones y pandemia actuales, nos comprometeríamos, con la aceptación de su Entidad a aportar las siguientes mejoras, que no han sido parte de la mencionada orden de compra 286-2020 pero cuya entrega constituiría una notable ventaja o mejora para su Institución, tanto a nivel cualitativo, como cuantitativo (costos de su implementación), conforme se detalla a continuación:

MEJORAS A FAVOR DE SU INSTITUCIÓN	CANTD
Software de terapia de alto flujo (Pendiente por solicitar a fábrica)	35
Mejoramiento de versión de software de 2.1 a 4.0	35
Filtro de entrada de aire	6
Canula de alto flujo	35

Es pertinente mencionar, que de la Nota Informativa N° 020-2020-HSLR-UFNDNS-DIGER /MINSA, de fecha 1 de abril de 2020, se aprecia que hubieron accesorios que no fueron ofrecidos por el Contratista, los cuales son los señalados a continuación:

(Imágenes a continuación)

C	ACCESORIOS	
C01	CUATRO (04) JUEGOS COMPLETOS DE CIRCUITO PACIENTE ADULTO REUSABLE QUE PERMITAN INSTALAR EL SISTEMA DE HUMIDIFICACIÓN ACTIVA	18 CIRCUITOS PARA LOS 35 EQUIPOS FALTAN 122 CIRCUITOS
C02	CUATRO (04) JUEGOS COMPLETOS DE CIRCUITO PACIENTE PEDIÁTRICO REUSABLE QUE PERMITAN INSTALAR EL SISTEMA DE HUMIDIFICACIÓN ACTIVA	15 CIRCUITOS PARA LOS 35 EQUIPOS FALTAN 125 CIRCUITOS
C03	CIEN (100) JUEGOS COMPLETOS DE CIRCUITO PACIENTE ADULTO DESCARTABLES QUE PERMITAN INSTALAR EL SISTEMA DE HUMIDIFICACIÓN ACTIVA	800 CIRCUITOS PARA LOS 35 EQUIPOS NO PERMITEN ARMAR EL SISTEMA DE HUMIDIFICACIÓN ACTIVA NO CORRESPONDE A LO SOLICITADO

C04	CIEN (100) JUEGOS COMPLETOS DE CIRCUITO PACIENTE PEDIÁTRICO DESCARTABLES QUE PERMITAN INSTALAR EL SISTEMA DE HUMIDIFICACIÓN ACTIVA	NINGUNO ENTREGADO NO CUMPLE
C05	DOS (02) PULMON DE PRUEBA ADULTO	NINGUNO ENTREGADO NO CUMPLE
C06	DOS (02) PULMON DE PRUEBA PEDIÁTRICO	NINGUNO ENTREGADO NO CUMPLE
C07	CUATRO (04) JUEGOS COMPLETOS PARA HUMIDIFICACIÓN ADULTOS (SENSOR DE TEMPERATURA, SENSOR DE HILO CALIENTE, CABLES CONECTOR DE HILO CALIENTE, ADAPTADOR DE SENSOR DE TEMPERATURA, CÁMARA HUMIDIFICADORA, GUÍA METÁLICA)	SOLO 01 JUEGO ENTREGADO FALTAN 03 JUEGOS MÁS POR EQUIPO NO CUMPLE

C08	CUATRO (04) JUEGOS COMPLETOS PARA HUMIDIFICACIÓN PEDIÁTRICOS (SENSOR DE TEMPERATURA, SENSOR DE HILO CALIENTE, CABLES CONECTOR DE HILO CALIENTE, ADAPTADOR DE SENSOR DE TEMPERATURA, CÁMARA HUMIDIFICADORA, GUÍA METÁLICA)	NINGUN JUEGO ENTREGADO NO CUMPLE
C09	BRAZO SOPORTE DE CIRCUITO PACIENTE DE LA MISMA MARCA DEL EQUIPO Y BRAZO O SOPORTE PARA HUMIDIFICADOR	FALTA BRAZOS DE SOPORTE DE CIRCUITO
C10	CUATRO (04) MASCARILLAS REUSABLES PARA VENTILACIÓN NO INVASIVA ADULTO EN DOS TAMAÑOS, COMO MÍNIMO, O CINCUENTA (50) DESCARTABLES DE CADA TAMAÑO, INCLUYE ARNES DE SUJECCIÓN.	NINGUNO ENTREGADO NO CUMPLE
C11	CUATRO (04) MASCARILLAS REUSABLES PARA VENTILACIÓN NO INVASIVA PEDIÁTRICO EN DOS TAMAÑOS, COMO MÍNIMO, O CINCUENTA (50) DESCARTABLES DE CADA TAMAÑO, INCLUYE ARNES DE SUJECCIÓN.	NINGUNO ENTREGADO NO CUMPLE

C12	CUATRO (04) SISTEMAS COMPLETOS REUSABLES PARA VENTILACIÓN NO INVASIVA CPAP (PRONASALES) EN DOS TAMAÑOS, COMO MÍNIMO, O CINCUENTA (50) DESCARTABLES DE CADA TAMAÑO.	NINGUNO ENTREGADO NO CUMPLE
C13	MANGUERA DE AIRE MEDICINAL (SI EL EQUIPO LO REQUIERE) Y OXÍGENO	SOLO OXIGENO SI CUMPLE
C14	TREINTA Y SEIS (36) SENSORES DE FLUJO, SI LA TECNOLOGÍA ES DE HILO CALIENTE O VEINTICUATRO (24) SENSORES DE FLUJO, SI LA TECNOLOGÍA ES POR DIFERENCIA DE PRESIÓN (PROXIMAL) O CUATRO (04) SENSORES DE FLUJO, SI LA TECNOLOGÍA ES ULTRASONICA O SIMILAR.	SOLO 01 SENSOR ULTRASONICO FALTAN 03 MÁS POR EQUIPO, NO CUMPLE
C15	SEIS (06) VALVULAS EXHALATORIAS CON DIAFRAGMA ADICIONAL, SI LA TECNOLOGÍA DEL FABRICANTE LO REQUIERE	NO REQUIERE
C16	SEIS (06) VALVULAS INSPIRATORIAS, SI LA TECNOLOGÍA DEL FABRICANTE LO REQUIERE.	NO REQUIERE
C17	UN (01) COCHE DE TRANSPORTE PARA EQUIPO DE LA MISMA MARCA DEL EQUIPO.	SI CUMPLE
C18	UN (01) ESTABILIZADOR DE VOLTAJE DE ESTADO SÓLIDO CON LINEA A TIERRA, VARIACIÓN DE VOLTAJE DE SALIDA MENOR O IGUAL A +/- 3% Y POTENCIA SUPERIOR EN 25% O MÁS DE LA POTENCIA NOMINAL DEL EQUIPO (SI EL RANGO DEL VOLTAJE DE ALIMENTACIÓN ACEPTADO POR EL EQUIPO OFERTADO ES DE 100 A 240 VAC O RANGO MÁS AMPLIO, NO SERÁ NECESARIO LA INCLUSIÓN DE ESTE ESTABILIZADOR).	NO REQUIERE

No obstante lo señalado previamente, se advierte que incluso luego de que se dejó sin efecto la adjudicación de la Orden de Servicio N° 286-2020, se aprecia con el reporte de servicio técnico del mes de enero de 2021, que Trademedic brindó el mantenimiento respectivo a las máquinas:

TRADEMEDIC	
soluciones médicas	
RUC: 20554195661	
CLIENTE	
NOMBRE: HOSPITAL EMERGENCIA ATE VITORTE	FECHA: 13/01/21
DPTO. O SERVICIO: SERVICIO GENERAL	
DIRECCION: AV. J. CARLOS MARIATEGUI - ATE	
TELF: _____	CONTACTO: ING. MARTIN JARA RUC: _____
EQUIPO	
EQUIPO ATENDIDO: Ventilador Mecánico	MODELO: SERVO - AIR
MARCA: MAQUET	CODIGO: _____
SERIAL No: _____	UBICACION: _____
TRABAJO	
<input type="checkbox"/> CONTRATO No: _____	<input type="checkbox"/> INSTALACION: _____
<input checked="" type="checkbox"/> MANT PREVENTIVO	<input type="checkbox"/> GARANTIA
<input type="checkbox"/> MANT. CORRECTIVO	<input checked="" type="checkbox"/> EVALUACION
<input type="checkbox"/> OTRO: _____	
DESCRIPCION DEL TRABAJO	
Se coordinó con el Ing. MARTIN JARA, para poder realizar el mant y verificación de los 35 ventiladores MAQUET, realizándolo correctamente de acuerdo CHECK LIST DE MANT. PREVENTIVO DE ROTINA, C/U de los Ventiladores cuenta con su hoja check list.	

En ese sentido, habiéndose realizado tanto un análisis como recuento de los hechos y de las acciones tomadas por parte de la Entidad al usar los equipos, y de Trademedic a fin de cumplir con sus obligaciones previo a que la Entidad proceda a dejar sin efecto la adjudicación realizada con la Orden de Servicio N° 00286-2020, se advierte que el Contratista cumplió tanto con la entrega de los componentes, como con las características técnicas y requerimiento de energía; y, que en cuanto a los accesorios faltantes, se requirió a la entidad que acepte algunos, que incluso no fueron aceptados, previo a que se deje sin efecto la adjudicación de la Orden de Servicio.

Se aprecia que antes de la emisión de la Carta N° 165-2020-OGA/MINSA, de fecha 8 de octubre de 2020, se cumplió con la finalidad pública de los componentes (ventiladores requeridos), pues los mismos fueron utilizados; y, además se puso a

disposición de la Entidad accesorios faltantes, sin que la Entidad proceda a aceptar los mismos, solo procediendo a dejar sin efecto la Orden de Servicio.

Teniendo presente lo manifestado, de acuerdo con el numeral 6.4 del artículo 6 del Decreto de Urgencia N° 025-2020, se dispuso que la formalización de los contratos se realizaría en treinta (30) días calendarios:

*“Dispóngase que **para las contrataciones de bienes y servicios que realicen las entidades en el marco del literal b) del artículo 27 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 082-2019-EF, y artículo 100 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF, para alcanzar el objetivo del presente Decreto de Urgencia, la regularización se efectúa en un plazo máximo de treinta (30) días hábiles, cuyo inicio se computa de acuerdo a lo previsto en dicho Reglamento.”***
(Resaltado agregado)

De tal forma se aprecia que el numeral 27.2 del artículo 27 de la LCE, establece que se puede contratar directamente cuando "*Ante una situación de emergencia derivada de (...) una emergencia sanitaria declarada por el ente rector del sistema nacional de salud*". Siendo que la mencionada situación de emergencia también se establece en el literal b.4) del artículo 100 del RLCE

Se advierte que, si bien en el presente caso no se efectuó la formalización dentro del plazo correspondiente, se aprecia que los equipos requeridos sí cumplían con las condiciones necesarias para ser utilizados, tan es así que la propia Entidad los utilizó, para lo cual se procedió a realizar las capacitaciones correspondientes por parte de Trademedic, cumpliéndose con ello la finalidad pública de los bienes requeridos. Asimismo, se aprecia que si bien existían accesorios faltantes que no condicionaban el funcionamiento de los ventiladores, siempre existió disposición por parte de Trademedic por hacer que el requerimiento se cumpla, tanto por reducciones del requerimiento o por la presentación de los mismos accesorios, que no fueron aceptados por la Entidad, pese a que ya venía utilizando los mismos.

En tal sentido, para el Tribunal Arbitral la consecuencia de la secuencia de hechos y acciones realizada por las partes conduce a que la Orden de Servicio N° 286-2020 debió

formalizarse en un Contrato. No obstante, ello, que en el presente caso solo se cuente con una orden de servicio no es óbice para que el Tribunal Arbitral no cuente con competencia para resolver las controversias generadas, dado que las controversias se derivan de la Orden de Servicio que se adjudicó en el marco normativo de las contrataciones públicas, el mismo que dispone en el literal f) del numeral 226.2 del artículo 226 del RLCE que:

“Artículo 226. Convenio arbitral

(...)

226.2. En los siguientes supuestos, el arbitraje es iniciado ante cualquier institución arbitral:

(...)

*f) **Cuando se trate de controversias que se desprenden de órdenes de compra** o de servicios derivadas del Acuerdo Marco, siempre que no se haya incorporado un convenio arbitral en las mismas.” (Resaltado agregado)*

De tal forma, se advierte que impera el marco normativo y los hechos, para considerar que la presente controversia ocupa a la jurisdicción arbitral, conforme lo ha sostenido Trademedic a lo largo de todo el proceso arbitral.

Asimismo, en el caso materia de autos, este tribunal arbitral advierte que, se ha procedido a dejar sin efecto la adjudicación de la Orden de Servicio, sin haberlo realizado por intermedio del Titular de la Entidad, conforme lo establece el numeral 44.2 del artículo 44 de la LCE:

*“44.2 **El Titular de la Entidad** declara de oficio la nulidad de los actos del procedimiento de selección, por las mismas causales previstas en el párrafo anterior, solo hasta antes del perfeccionamiento del contrato, sin perjuicio que pueda ser declarada en la resolución recaída sobre el recurso de apelación. La misma facultad la tiene el Titular de la Central de Compras Públicas-Perú Compras, en los procedimientos de implementación o extensión de la vigencia de los Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco.”*

Y, conforme se ha desarrollado en el presente arbitraje, quien dejó sin efecto la adjudicación de la Orden de Servicio N° 286-2020, fue el Director General de Administración, Manuel Jesús Ordóñez Reaño, y no la Ministra de Salud que ejercía el cargo en aquel entonces

En tal sentido, como se dejó sin efecto la adjudicación de la Orden de Servicio, sin que se haya realizado de conformidad al numeral 44.2 del artículo 44 de la Ley de Contrataciones del Estado, a través de la Ministra de Salud; ello, deriva en que la Carta N° 165-2020-OGA/MINSA de fecha 8 de octubre de 2020, que viene a ser un acto dictado por la Administración, devenga en inválida, al no haber cumplido con los requisitos de validez de los actos administrativos, determinado en el artículo 3 del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones del Estado, Ley 27444, que dispone:

“Artículo 3.- Requisitos de validez de los actos administrativos

Son requisitos de validez de los actos administrativos:

(...)

*2. Objeto o contenido.- Los actos administrativos deben expresar su respectivo objeto, de tal modo que pueda determinarse inequívocamente sus efectos jurídicos. **Su contenido se ajustará a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico**, debiendo ser lícito, preciso, posible física y jurídicamente, y comprender las cuestiones surgidas de la motivación.*

(...)

*4. Motivación.- El acto administrativo debe estar debidamente **motivado** en proporción al contenido y **conforme al ordenamiento jurídico**.*

(...)” (Resaltado agregado)

En tal sentido se declara **FUNDADA** la primera pretensión de la demanda, correspondiendo declarar nula la Carta N° 165-2020-OGA/MINSA, de fecha 08 de octubre de 2020, suscrita por el Director General de Administración del Ministerio de Salud, Manuel Jesús Ordóñez Reaño y del informe que lo sustenta, mediante el cual, la Entidad anuló la Orden de Compra 286.

Teniendo presente que la segunda pretensión de la demanda es una pretensión alternativa a la primera pretensión de la demanda, **CARECE DE OBJETO** pronunciarse respecto a la misma.

De otro lado, respecto al análisis del tercer punto controvertido, en torno a que se habría dado una conformidad material de los productos entregados, se advierte que, efectivamente los componentes entregados fueron utilizados prolongadamente por la Entidad, conforme se determinó en la Ampliación del Dictamen Pericial actuado en

autos, lo cual determina en los hechos y considerando la propia conducta de la Entidad demandada, que en efecto hubo una conformidad de los bienes entregados, habiendo existido oportunidad para que acepte los accesorios faltantes y poder utilizarlos.

En tal sentido, considerando tales antecedentes, corresponde que la Entidad proceda a entregar la conformidad pertinente al Contratista, luego de efectuada la entrega de los accesorios pendientes, o que se pueda determinar el costo de dichos accesorios y se deduzca el mismo; correspondiendo en ese sentido, se declare **FUNDADA EN PARTE** la tercera pretensión de la demanda, en tanto corresponde que la Entidad entregue la conformidad al Contratista; pero, luego que el Contratista proceda a entregar a la Entidad los accesorios ofrecidos en la Carta remitida al MINSA con fecha 31 de agosto de 2020, como los faltantes indicados por el MINSA en la Nota Informativa N° 020-2020-HSLR-UFNDNS-DIGER /MINSA, de fecha 1 de abril de 2020, o que se pueda determinar el costo de los accesorios que no se pudieron entregar y se deduzca el mismo; ello, en virtud a que la Entidad, al haber puesto en uso y funcionamiento los 35 ventiladores proveídos por la empresa Trademedic S.A.C., a favor del MINSA y de la población en el Hospital de Ate, ha dado de modo material en los hechos y con su actuar, la conformidad a los bienes proveídos por Trademedic, sin perjuicio del periodo de responsabilidad y garantía del producto, así como de los trabajos que se requieran conforme a ello.

2. CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO

Que se declaren aprobadas nuestras solicitudes de ampliación de plazo formuladas en el presente contrato por silencio positivo de la Entidad y/o, en caso de persistir la existencia de atraso alguno, se considere que este es justificado ya sea por las circunstancias del mercado mundial generado por la pandemia del COVID19 y/o por la propia indefensión de la entidad que nunca atendió nuestros pedidos de solución de los temas pendientes antes o durante el plazo de responsabilidad y, por el contrario, pretendió declarar la nulidad del contrato de modo arbitrario.

2.1 POSICIÓN DEL CONTRATISTA

El Contratista sustenta su posición principalmente en los siguientes fundamentos:

El Contratista precisa que si bien hubo algunos -muy específicos- accesorios entregados que no fueron parte de su cotización, ello no condicionó el uso de los equipos ni su puesta en funcionamiento o cumplimiento de la finalidad pública.

Pese a ello, solicitaron sendas ampliaciones de plazo, todas las cuales fueron aprobadas mediante silencio positivo. Para el Contratista, una interpretación es que dichas ampliaciones de plazo eran innecesarias, pues al haberse puesto en funcionamiento los equipos, quedaba claro que se trataba de hechos que podían ser tratados dentro del plazo de responsabilidad. Asimismo, para el Contratista, la otra interpretación es que correspondía excluir su entrega, deduciendo obviamente su costo, como incluso lo solicitaron en más de una ocasión; pero este segundo sentido, se desdice por los propios actos de la Entidad, que aún hoy sigue en uso de los bienes, sin pretender hacer pago alguno.

Además, precisa que el único accesorio que se condicionó para el uso de los equipos, fueron los brazos para soporte de tubo corrugados de los ventiladores volumétricos; ello, en una cantidad de 35, al igual que el número de bienes recibidos por la Entidad. Lo que fue entregado oportunamente, dentro del mencionado plazo ampliado.

De igual manera, consideran necesario resaltar que, desde un inicio, el área usuaria del MINSA dispuso la utilización de los referidos respiradores submateria ubicados e instalados en el Hospital de Emergencia de Ate y que, pese a haber cumplido con la entrega de los 35 ventiladores con sus accesorios suficientes para su funcionamiento, la Entidad, no ha cumplido con cancelar lo correspondiente; ello, al menos, no ha demostrado tener el ánimo suficiente para dicha obligación.

Para el Contratista, muestra de ello son los constantes requerimientos y coordinaciones entre las partes, a fin que se perfeccione el contrato – Orden de Compra, a razón del cumplimiento de su parte; empero, sólo encontraron evasivas, como es el caso de la Carta N°203-2020-DG-HEAV, de fecha 23 de setiembre de 2020, con el cual indicaron que su carta de requerimiento “(...) *deberá ser dirigida a la Oficina General de Administración del MINSA, ya que fue la Entidad que realizó la compra (...)*”.

Es decir, no negaron que se debía pagar, simplemente indicaron que se debía tramitar el pago ante otra área, pese a su expresa obligación de remisión interna, establecida en el TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General.

2.2 POSICIÓN DE LA ENTIDAD

La Entidad ampara su posición, principalmente sobre la base de los siguientes argumentos:

La Entidad indica que, de la información obrante en el expediente, no se aprecia solicitudes de ampliación de plazo presentadas por la empresa; por lo tanto, no se puede emitir opinión respecto a hechos que no se encuentran acreditados por el Contratista.

No obstante, ello, es menester reiterar que, habiendo culminado el plazo de ejecución pactado el 24 de marzo de 2020, sin que se cumpliera con la entrega total de los bienes contratados, resulta evidente el atraso en la ejecución, el mismo que dio lugar a que se dejara sin efecto la adjudicación.

2.3 POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

Que se declaren aprobadas nuestras solicitudes de ampliación de plazo formuladas en el presente contrato por silencio positivo de la Entidad y/o, en caso de persistir la existencia de atraso alguno, se considere que este es justificado ya sea por las circunstancias del mercado mundial generado por la pandemia del COVID19 y/o por la propia indefensión de la entidad que nunca atendió nuestros pedidos de solución de los temas pendientes antes o durante el plazo de responsabilidad y, por el contrario, pretendió declarar la nulidad del contrato de modo arbitrario.

Al respecto, se advierte que la LCE prevé la posibilidad de realizar modificaciones al Contrato, entre ellas, las ampliaciones de plazo, conforme se desprende del artículo 34 de la LCE, que establece lo siguiente a continuación:

“Artículo 34. Modificaciones al contrato

34.1 El contrato puede modificarse en los supuestos contemplados en la Ley y el reglamento, por orden de la Entidad o a solicitud del contratista, para alcanzar la finalidad del contrato de manera oportuna y eficiente. En este último caso la modificación debe ser aprobada por la Entidad. Dichas modificaciones no deben afectar el equilibrio económico financiero del contrato; en caso contrario, la parte

beneficiada debe compensar económicamente a la parte perjudicada para restablecer dicho equilibrio, en atención al principio de equidad.

34.2 **El contrato puede ser modificado en los siguientes supuestos:** i) ejecución de prestaciones adicionales, ii) reducción de prestaciones, iii) **autorización de ampliaciones de plazo**, y (iv) otros contemplados en la Ley y el reglamento.

(...)

34.9 El contratista **puede solicitar la ampliación del plazo pactado por atrasos y paralizaciones ajenas a su voluntad** debidamente comprobados y que modifiquen el plazo contractual de acuerdo a lo que establezca el reglamento.”

Del mismo modo, se advierte que el procedimiento para la modificación del contrato, a través de ampliaciones de plazo, también ha sido desarrollado en el RLCE, el mismo que dispone que, ante un atraso o paralización no imputable al Contratista, procede que este solicite:

“Artículo 158. Ampliación del plazo contractual

158.1. Procede la ampliación del plazo en los siguientes casos:

a) Cuando se aprueba el adicional, siempre y cuando afecte el plazo. En este caso, el contratista amplía el plazo de las garantías que hubiere otorgado.

b) **Por atrasos y/o paralizaciones no imputables al contratista.**

158.2. El contratista **solicita la ampliación dentro de los siete (7) días hábiles siguientes** a la notificación de la aprobación del adicional o de finalizado el **hecho generador del atraso o paralización.**

158.3. **La Entidad resuelve dicha solicitud** y notifica su decisión al contratista **en el plazo de diez (10) días hábiles**, computado desde el día siguiente de su presentación. De no existir pronunciamiento expreso, se tiene por aprobada la solicitud del contratista, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad.

158.4. En virtud de la ampliación otorgada, la Entidad amplía el plazo de los contratos directamente vinculados al contrato principal.”

De los autos se advierte que el Contratista, en el anexo adjunto a su escrito de fecha 16 de junio de 2021, adjuntó el correo remitido a la Ingeniera Irene Suarez, al correo electrónico lsuarez@minsa.gob.pe, en fecha 28 de abril de 2020, requirió una ampliación de plazo.

De tal forma, a través del correo referido, requiere la ampliación de plazo con Carta S/N de fecha 28 de abril de 2020, con la que comunica que por motivo del Covid-19, no se podrán atender los requerimientos con los brazos de soporte del fabricante MAQUET, por lo que se ha optado con entregar unos de fabricación nacional elaborados por la empresa ACER MEDIC, quien podrá entregar los mismos el 2 de mayo de 2020.

Lamentablemente, dadas las actuales condiciones de mercado, tales brazos de soporte no podrán ser atendidos en el corto plazo por el fabricante de los equipos MAQUET, por lo que se ha optado por ordenar su fabricación en el mercado nacional, labor encomendada a la empresa ACER MEDIC.

Dicha empresa, dadas las necesarias condiciones extremas en las cuales se viene llevando las medidas de aislamiento social en el territorio nacional, ha tenido problemas no sólo para contar con el personal propio de su línea de producción, sino también con la de sus proveedores de insumos, motivo que ha generado un mayor tiempo en la elaboración de los mencionados accesorios. No obstante, nos podrá hacer entrega de 20 brazos de soporte, para este próximo jueves 30 de abril de 2020, y los 15 brazos restantes para el viernes 01 de mayo de 2020; motivo por el cual nos encontraremos en aptitud para llevar a cabo su instalación para el día sábado 2 de mayo de los corrientes.

En tal sentido, solicita que se le otorguen treinta y nueve (39) días calendarios, contados desde el 25 de marzo de 2020, a fin de que pueda proceder a entregar accesorios, conforme se aprecia a continuación:

En tal sentido, solicitamos se nos conceda una ampliación de plazo por treinta y nueve (39) días calendario, contados desde el 25 de marzo de 2020 hasta el 02 de mayo de 2020 inclusive, por tratarse de una causa no imputable a TRADEMEDIC S.A.C., tal como lo establece el literal b) del artículo 158° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, conforme al cual procede la ampliación de plazo **"Por atrasos y/o paralizaciones no imputables al contratista"**.

La Entidad manifiesta que, no recibió la referida ampliación de plazo; sin embargo, se aprecia que sí fue remitida a un correo electrónico institucional del MINSA, conforme se aprecia del anexo adjunto al escrito del Contratista de fecha 16 de junio de 2021 no advirtiéndose que el Reglamento establezca un canal específico para dicho procedimiento.

A su vez, se advierte que la ampliación de plazo remitida el 28 de abril de 2020, se funda en una evento que supone paralizaciones y/o atrasos no imputables al Contratista, como lo es el Covid-19, por lo que está motivado en una causal procedente; asimismo, la

ampliación de plazo fue solicitada al siguiente día que el proveedor de Trademedic confirmó que podía fabricar los accesorios de los brazos de soporte, cumpliéndose con solicitar dentro del plazo de los 7 días siguientes al hecho generador; en tal sentido, dicho requerimiento debió ser atendido en 10 días hábiles conforme lo dispone el RLCE en el numeral 158.3 del artículo 158, siendo que dicho requerimiento de ampliación debió ser atendido en el plazo correspondiente; no obstante, al no emitirse respuesta, se entiende que el plazo requerido se concedió conforme lo dispone el citado numeral 158.3. que prevé el silencio positivo.

En tal sentido, corresponde declarar aprobada la solicitud de ampliación de plazo requerida el 28 de abril de 2020, por 39 días calendario, contados a partir del 24 de marzo de 2020, por silencio positivo de la Entidad, debiéndose declarar **FUNDADA** la cuarta pretensión de la demanda.

3. QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO

Que, tratándose de bienes que continúan en uso y posesión de la Entidad a su propio favor y de su población destinataria y, teniendo en cuenta además las pretensiones anteriores, se ordene a la Entidad el pago a favor de TRADEMEDIC SAC la suma de S/.6,265.000.00 (Seis Millones Doscientos Sesenta y Cinco Mil Soles), por la Adquisición de 35 Ventiladores Volumétricos Mecánicos Adulto / Pediátrico para la Dirección General de Gestión de Riesgo de Desastre y Defensa Nacional en Salud (Marca Maquet – Modelo Servo Air), con los respectivos intereses legales computados desde la fecha en que la Entidad dio conformidad para su uso o inició su uso efectivo, lo que haya ocurrido primero.

3.1 POSICIÓN DEL CONTRATISTA

El Contratista sustenta su posición principalmente en los siguientes fundamentos:

El Contratista comienza precisando que una de las características principales de los contratos sujetos a la normativa de contrataciones del Estado, es que estos involucran prestaciones recíprocas. En ese sentido, si bien es obligación del proveedor ejecutar las prestaciones pactadas a favor de la Entidad, es también obligación de la Entidad cumplir con las obligaciones que ha asumido; entre éstas, el pago de la respectiva contraprestación al contratista.

Por ello, señalan que su obligación era proveer los 35 ventiladores volumétricos Mecánicos Adulto / Pediátrico y la obligación de la Entidad hacer el pago de S/.6,265.000.00 (Seis Millones Doscientos Sesenta y Cinco Mil Soles). Al respecto, precisa que si bien en los contratos celebrados bajo el ámbito de la normativa de contrataciones del Estado, prima el interés público, ello no afecta el hecho que, desde la perspectiva del Contratista, el interés en participar en una contratación estatal sea el de obtener una retribución económica (tal y como es el pago) a cambio de las prestaciones que ejecute.

El Contratista precisa que, la normativa de contrataciones del Estado, reconoce que los proveedores son agentes de mercado que colaboran con las Entidades, al satisfacer sus necesidades de abastecimiento de bienes, servicios y obras, para el adecuado cumplimiento de sus funciones; no obstante, dicha colaboración implica el pago del precio de mercado de la prestación, el mismo que debe incluir todos los costos necesarios para su ejecución.

Para el Contratista, la Opinión N° 007-2017/DTN del OSCE reconoce que el pago por la prestación brindada debe pagarse en todos los supuestos, dentro del ámbito contractual, como es este caso y aún en el hipotético y negado caso que el Tribunal considerara correcta la decisión de la Entidad de dejar sin efecto la contratación, pues un hecho es claro, el Contratista afirma que la Entidad no puede verse beneficiada gratuitamente a expensas suya.

3.2 POSICIÓN DE LA ENTIDAD

La Entidad ampara su posición, sobre la base de los siguientes argumentos:

La Entidad indica que, en relación con el uso actual de los equipos, no se encuentran en uso, estando en custodia en las instalaciones del Hospital Emergencia Ate Vitarte, cuyo recojo corresponde al Contratista, puesto que al ser notificados con las Cartas N° 163 y 165- 2020-OGNMINSAs, que dejaban sin efecto la adjudicación, debió proceder con su retiro, dado que no existe vínculo contractual en mérito al cual deban mantenerse dichos bienes en las instalaciones hospitalarias.

Asimismo, la Entidad indica que, en dicho informe, se señala que mediante Oficio N° 894-DG-2020- OENHEAV, el Hospital Emergencia Ate Vitarte, solicitó a la Dirección de Operaciones en Salud del Ministerio de Salud, determine el proceder respecto a los treinta y cinco (35) ventiladores mecánicos de marca Maquet puestos en calidad de custodia, de donde se desprende que los equipos entregados por la empresa se encuentran actualmente bajo la custodia del Hospital Emergencia Ate Vitarte.

3.3 POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

Que, tratándose de bienes que continúan en uso y posesión de la Entidad a su propio favor y de su población destinataria y, teniendo en cuenta además las pretensiones anteriores, se ordene a la Entidad el pago a favor de TRADEMEDIC SAC la suma de S/.6,265.000.00 (Seis Millones Doscientos Sesenta y Cinco Mil Soles), por la Adquisición de 35 Ventiladores Volumétricos Mecánicos Adulto / Pediátrico para la Dirección General de Gestión de Riesgo de Desastre y Defensa Nacional en Salud (Marca Maquet – Modelo Servo Air), con los respectivos intereses legales computados desde la fecha en que la Entidad dio conformidad para su uso o inició su uso efectivo, lo que haya ocurrido primero.

Sobre el particular se aprecia que en el numeral 39.1 del artículo 39 de la LCE, se ha establecido que los pagos corresponderán, luego de ejecutada la respectiva prestación, tal como se aprecia a continuación:

“Artículo 39. Pago

39.1 El pago se realiza después de ejecutada la respectiva prestación, pudiendo contemplarse pagos a cuenta. Excepcionalmente, el pago puede realizarse en su integridad por adelantado cuando, este sea condición de mercado para la entrega de los bienes o la prestación de los servicios, previo otorgamiento de la garantía, cuando corresponda, conforme se establece en el reglamento.”

A su vez, en el numeral 171.1 del artículo 171 del RLCE, se ha establecido que la Entidad debe pagar las contraprestaciones pactadas a favor del contratista, dentro de los quince (15) días calendario de la conformidad, conforme se advierte a continuación:

“Artículo 171. Del pago

171.1. La Entidad paga las contraprestaciones pactadas a favor del contratista dentro de los quince (15) días calendario siguientes a la conformidad de los bienes, servicios en general y consultorías, siempre que se verifiquen las condiciones establecidas en el contrato para ello”

De tal forma y atendiendo al análisis realizado al Primer, Segundo y Tercer Punto Controvertido, a través del cual se determinó el uso del MINSa de los ventiladores, corresponde que dicha entidad entregue la conformidad al Contratista luego de la entrega de los accesorios restantes o que se pueda determinar el costo de los accesorios que no se pudieron entregar y se reduzca el mismo; por lo que corresponde, luego de que se otorgue la conformidad una vez entregados tanto los accesorios ofrecidos por el Contratista en la Carta remitida al MINSa con fecha 31 de agosto de 2020, como los accesorios faltantes indicados por el MINSa en la Nota Informativa N° 020-2020-HSLR-UFNDNS-DIGER /MINSa, de fecha 1 de abril de 2020, o se deduzca su costo, que se proceda a realizar el pago a favor de Trademedic de la suma de S/.6'265.000.00 (Seis Millones Doscientos Sesenta y Cinco Mil con 00/100 Soles), por la Adquisición de 35 Ventiladores Volumétricos Mecánicos Adulto / Pediátrico para la Dirección General de Gestión de Riesgo de Desastre y Defensa Nacional en Salud (Marca Maquet – Modelo Servo Air), o el monto que corresponda, de haber operado una deducción por los accesorios.

En cuanto a los intereses legales requeridos por el Contratista, se advierte que la LCE, establece en el numeral 39.3 del artículo 39 que, ante el retraso en el pago por parte de la Entidad corresponden

“Artículo 39. Pago

(...)

39.3 En caso de retraso en el pago por parte de la Entidad, salvo que se deba a caso fortuito o fuerza mayor, esta reconoce al contratista los intereses legales correspondientes, debiendo repetir contra los responsables de la demora injustificada. Igual derecho corresponde a la Entidad en caso sea la acreedora.”

En tal sentido corresponderán los intereses legales, de acuerdo con el análisis desarrollado en el presente caso, luego de los quince (15) días, desde que se otorgue la conformidad.

Por lo que se declara **FUNDADA EN PARTE** la quinta pretensión de la demanda, correspondiendo ordenar a la Entidad el pago a favor de Trademedic de la suma de S/.6'265.000.00 (Seis Millones Doscientos Sesenta y Cinco Mil con 00/100 Soles), o el monto que corresponda, de haber operado una deducción por los accesorios, por la Adquisición de 35 Ventiladores Volumétricos Mecánicos Adulto / Pediátrico, para la Dirección General de Gestión de Riesgo de Desastre y Defensa Nacional en Salud (Marca Maquet – Modelo Servo Air); ello, luego que se otorgue la conformidad mencionada previamente, debiendo pagarse intereses legales, luego de los quince (15) días, desde que se otorgue la conformidad, en caso de incumplimiento de pago.

4. SEXTO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no que, en el supuesto caso que no se ampare alguna o todas las pretensiones anteriores y que, como consecuencia de ello no sea posible que se retribuya al Contratista, en todo o en parte el monto de S/. 6,265,000.00 (seis millones doscientos sesenta y cinco mil y 00/100 soles) que sería el valor de venta de los 35 ventiladores materia entregados por el Contratista a la Entidad, se indemnice y/o restituya al Contratista un monto igual a su valor de venta a la Entidad más los intereses legales correspondientes.

4.1 POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

Teniendo presente que se han amparado las pretensiones analizadas previamente, corresponde declarar NO HA LUGAR la sexta pretensión de la demanda arbitral subordinada a las cuatro pretensiones de la demanda arbitral; en consecuencia, no corresponde retribuir al Contratista por dicha causa, en todo o en parte, el monto de S/. 6,265,000.00, o se indemnice y/o restituya al Contratista un monto igual a su valor de venta a la Entidad más los intereses legales correspondientes.

5. SEPTIMO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no que, se efectúe expresa condena de costos y costas procesales a favor de la Entidad, incluido tantos los honorarios que se devenguen a favor del Tribunal Arbitral y de la Secretaría Arbitral, como también los gastos en los que hemos debido incurrir para nuestra propia defensa.

5.1 POSICIÓN DEL CONTRATISTA

El Contratista menciona que toda vez que la presente controversia se ha suscitado por la decisión indebida de la Entidad de dejar sin efecto la contratación mediante una nulidad arbitraria, considera que la Entidad es quien debe asumir los costos del arbitraje.

Argumenta que como este es un caso donde la arbitrariedad y la posición abusiva de la Entidad habría quedado acreditada en todo momento, considera que se condena a ésta.

Lo anterior es solicitado por el Contratista de conformidad con lo señalado en el numeral 1 del artículo 73 del Decreto Legislativo N° 1071 – Decreto Legislativo que norma el arbitraje, el cual señala:

“Artículo 73.- Asunción o distribución de costos

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

Por ello, solicita se ordene a la Entidad que asuma la integridad de los costos y costas del presente proceso arbitral, así como los costos de su defensa, a la que alega ha debido recurrir, porque la Entidad se niega al pago pese a que usa, ha usado y sigue en uso de los equipos adquiridos, los que han cumplido su finalidad pública.

5.2 POSICIÓN DE LA ENTIDAD

La Entidad considera que conforme a lo señalado precedentemente y al no considerar procedentes las pretensiones formuladas por Trademedic, en consecuencia, no corresponde amparar esta última pretensión.

5.3 POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

El numeral 1) del artículo 72° del Decreto Legislativo N° 1071 dispone que, los Árbitros se pronunciarán en el laudo arbitral sobre los costos indicados en el Artículo 70° del citado cuerpo legal. Asimismo, el numeral 1) del Artículo 73° señala que, los Árbitros

deben tener presente, de ser el caso, lo pactado en el convenio arbitral. Además, tal norma legal establece que si el convenio arbitral no contiene pacto alguno sobre los gastos, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida; sin embargo, los Árbitros podrán distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estiman que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

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

Considerando el resultado del arbitraje que en puridad, desde el punto de vista del Tribunal Arbitral, no puede afirmarse que existe una “parte perdedora”, en vista de que ambas partes tuvieron motivos suficientes y atendibles para litigar, habida cuenta de que debían defender sus pretensiones y posiciones en la vía arbitral, atendiendo al buen comportamiento procesal de las partes y a la incertidumbre jurídica que existía entre ellas, corresponde disponer que cada de una de las partes asuma los costos del presente arbitraje. En consecuencia, cada parte debe asumir el pago de la mitad de los gastos arbitrales decretados en este arbitraje (entiéndase los honorarios del Tribunal Arbitral y de la Administración del Centro de Arbitraje); así como, los costos y costas en que incurrieron o debieron de incurrir como consecuencia del presente proceso.

Por lo que corresponde declarar **FUNDADA EN PARTE** la sexta pretensión de la Demanda, correspondiendo únicamente que la Entidad devuelva al Contratista el monto que el Contratista canceló por conceptos de gastos arbitrales del presente proceso, a cargo de su contraria.

DECISIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL:

Que, finalmente, el Tribunal Arbitral deja constancia que para la expedición de este laudo, ha analizado todos los argumentos de defensa expuestos por las partes y ha examinado cada una de las pruebas aportadas por éstas, de acuerdo a las reglas de la sana crítica y al principio de libre valoración de la prueba, y que el sentido de su Decisión es el resultado de ese análisis y de su convicción sobre la controversia, al margen de que algunas pruebas presentadas o actuadas y algunos de los argumentos esgrimidos por las partes no hayan sido expresamente citados en el presente laudo, habiendo tenido también presente durante la tramitación de todo este proceso arbitral y en la

expedición de este laudo, los principios que orientan y ordenan todo arbitraje y que fueron consignados con la Instalación del Tribunal Arbitral.

PRIMERO.- DECLARAR FUNDADA la Primera Pretensión Principal correspondiente a la demanda arbitral presentada por el Trademedic S.A.C.; en consecuencia, corresponde, **DECLARAR NULA** la Carta N° 165-2020-OGA/MINSA, de fecha 08 de octubre de 2020, suscrita por el Director General de Administración del Ministerio de Salud, Manuel Jesús Ordóñez Reaño y del informe que lo sustenta, mediante la cual, la Entidad pretendió anular la Orden de Compra 286.

SEGUNDO.- CARECE DE OBJETO pronunciarse respecto a segunda pretensión de la demanda arbitral presentada por el Trademedic S.A.C., en tanto la misma era alternativa a la primera y ésta se declaró fundada.

TERCERO.- DECLARAR FUNDADA EN PARTE la Tercera Pretensión Principal correspondiente a la demanda arbitral presentada por el Trademedic S.A.C.; en tanto corresponde que la Entidad entregue la conformidad al Contratista, una vez entregados los accesorios ofrecidos en la Carta remitida al MINSA con fecha 31 de agosto de 2020, como los faltantes indicados por el MINSA en la Nota Informativa N° 020-2020-HSLR-UFNDNS-DIGER /MINSA, de fecha 1 de abril de 2020, o se deduzca su costo; ello en virtud a que la Entidad, al haber puesto en uso y funcionamiento los 35 ventiladores proveídos por la empresa Trademedic S.A.C., a favor del MINSA y de la población en el Hospital de Ate, ha dado de modo material en los hechos y con su actuar, la conformidad a los bienes proveídos por Trademedic, sin perjuicio del periodo de responsabilidad y garantía del producto, así como de los trabajos que se requieran conforme a ello.

CUARTO. - DECLARAR FUNDADA la Cuarta Pretensión Principal correspondiente a la demanda arbitral presentada por el Trademedic S.A.C.; en consecuencia, corresponde **DECLARAR APROBADA** la solicitud de ampliación de plazo requerida el 28 de abril de 2020, por 39 días calendario, contados a partir del 24 de marzo de 2020, por silencio positivo de la Entidad.

QUINTO.- DECLARAR FUNDADA EN PARTE la Quinta Pretensión Principal correspondiente a la demanda arbitral presentada por el Trademedic S.A.C.; en consecuencia, **CORRESPONDERÁ ORDENAR** al Ministerio de Salud pagar a Trademedic S.A.C. la suma de S/.6'265.000.00 (Seis Millones Doscientos Sesenta y Cinco Mil con 00/100 Soles), por la Adquisición de 35 Ventiladores Volumétricos

Mecánicos Adulto / Pediátrico, para la Dirección General de Gestión de Riesgo de Desastre y Defensa Nacional en Salud (Marca Maquet – Modelo Servo Air), luego de que se otorgue la conformidad por parte de la entidad, una vez entregados los accesorios ofrecidos por el Contratista en la Carta remitida al MINSa con fecha 31 de agosto de 2020, como a los accesorios faltantes indicados por el MINSa en la Nota Informativa N° 020-2020-HSLR-UFNDNS-DIGER /MINSa, de fecha 1 de abril de 2020, o se deduzca su costo, debiendo pagarse intereses legales, luego de los quince (15) días, desde que se otorgue la conformidad, en caso se incumpla con el pago.

SIXTO.- CARECE DE OBJETO pronunciarse respecto a Pretensión Subordinada a las cuatro pretensiones anteriores de la demanda arbitral presentada por la empresa Trademedic S.A.C., en tanto la misma era subordinada, y se ampararon las pretensiones de la demanda.

SÉPTIMO.- DECLARAR FUNDADA EN PARTE, la Sexta Pretensión de la demanda arbitral presentada por la empresa Trademedic S.A.C.; y en consecuencia, **DISPÓNGASE** que cada una de las partes asuma los honorarios por concepto de defensa legal en los que hubiera incurrido o se hubiera comprometido a pagar; y que los gastos comunes (honorarios del Tribunal Arbitral y de la Administración del Centro de Arbitraje) sean asumidos equitativamente por cada parte, correspondiendo que la Entidad devuelva al Contratista, el monto que el Contratista canceló por conceptos de gastos arbitrales, a cargo de su contraria.

Notifíquese a las partes.



PATRICK HURTADO TUEROS

Presidente del Tribunal Arbitral



EDUARDO SOLIS TAFUR

Árbitro



NILTON SANTOS ORCON

Árbitro