Expediente N° S-010-2021/C.A.R.D.A.

CS BEAVER S.A.C.
(en adelante, **"El CONTRATISTA", o "DEMANDANTE"**)

vs

MINISTERIO DE SALUD
(en adelante, **"ENTIDAD", o "DEMANDADA")**

LAUDO

Tribunal Arbitral:

EDUARDO ADOLFO SOLIS TAFUR
Presidente del Tribunal Arbitral

RAÚL LEONID SALAZAR RIVERA
Árbitro

LUIS PUGLIANINI GUERRA
Árbitro

Secretaria Arbitral

María Fernanda Santillana Cristóbal

Lima, 25 de enero de 2023

Glosario de Términos

EL CENTRO	Centro de Análisis y Resolución de Disputas Alternativas del Comercio.
DEMANDANTE o CONTRATISTA	CS BEAVER S.A.C
ENTIDAD o DEMANDADA	MINISTERIO DE SALUD
EL REGLAMENTO	Reglamento de Arbitraje del Centro de Análisis y Resolución de Disputas Alternativas del Comercio.
D. L. Nº 1071	Decreto Legislativo que norma el arbitraje
LCE	Decreto Legislativo N° 30225, modificado por el Decreto Legislativo N° 1341 y Decreto Legislativo N° 1444
RLCE	Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, modificado por el Decreto Supremo N° 056-2017-EF y Decreto Supremo N° 344-2018-EF
OC–GI N° 0000560	Orden de Compra – Guía de Internamiento N° 000560, de fecha 19 de junio de 2020.

Índice:

Glosario de Términos 2

I. MARCO INTRODUCTORIO: 5

1. IDENTIFICACIÓN DE LAS PARTES....5

A) Parte Demandante: 5

B) Parte Demandada:....5

II. ANTECEDENTE Y CONVENIO ARBITRAL:....6

III. NORMAS APLICABLES AL ARBITRAJE: 6

V. CONFORMACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL: 6

VI. RECUSACIONES:....7

VII. ACTUACIÓN ARBITRALES: 7

VIII. PUNTOS CONTROVERTIDOS:....10

IX. POSICIONES DE LAS PARTES:....12

A) Sobre la Primera Pretensión: 12

□ Posición del Demandante: 12

□ Posición de la Entidad: 18

□ Posición del Tribunal Arbitral:....21

B) Sobre la Segunda Pretensión: 31

□ Posición del Demandante: 31

□ Posición de la Entidad: 36

□ Posición del Tribunal Arbitral:....41

C) Sobre la Tercera Pretensión: 42

□ Posición del Demandante: 42

□ Posición de la Entidad: 44

□ Posición del Tribunal Arbitral:.....45

D) Sobre la Cuarta Pretensión: 46

□ Posición del Demandante: 46

□ Posición de la Entidad: 50

□ Posición del Tribunal Arbitral:.....54

E) Sobre la Quinta Pretensión: 54

□ Posición del Demandante: 54

□ Posición de la Entidad: 54

□ Posición del Tribunal Arbitral:.....55

XI. COSTOS ARBITRALES:.....55

XII. DECISIÓN:.....56

Resolución N° 20

Lima, 25 de enero de 2023

I. MARCO INTRODUCTORIO:

1. IDENTIFICACIÓN DE LAS PARTES

A) Parte Demandante:

- CS BEAVER S.A.C.
  - **Representante:**
    - Charles Andrew Sucksmith Bayly: Representante Legal
  - **Abogado:**
    - Yovani Vásquez Chacón

B) Parte Demandada:

- MINISTERIO DE SALUD - MINSA
  - **Representantes:**
    - Carlos Enrique Cosavalente Chamorro: Procurador Público
    - Ing. Alcides Gustavo Arteaga Quispe
    - Ing. Yon Willian Rodríguez Cruz
  - **Abogados:**
    - Melody Naomy Takayesu Tessey

- Ana Melisa Salazar Chávez

II. ANTECEDENTE Y CONVENIO ARBITRAL:

Con fecha 19 de junio de 2020, el Ministerio de Salud contrató a la empresa CS BEAVER SAC a través de la Orden de Compra – Guía de Internamiento N° 0000560 para el aprovisionamiento de 2,200 unidades de cilindros de oxígeno medicinal de 10m3 para los establecimientos de salud del Ministerio de Salud, por un valor total de S/ 3´740,000.00 (Tres millones setecientos cuarenta mil con 00/100 soles).

III. NORMAS APLICABLES AL ARBITRAJE:

Para el proceso arbitral, las partes se someten incondicionalmente a lo establecido en el REGLAMENTO vigente del Centro de Arbitraje CARDA DEL COMERCIO y, supletoriamente, a la Ley de Arbitraje Peruana (Decreto Legislativo N° 1071) y demás normas pertinentes.

IV. SEDE ARBITRAL:

Se estableció como lugar del arbitraje la ciudad de Lima y como sede arbitral: Calle Manuel Miota N ° 558, piso 3, distrito de Miraflores, provincia y departamento de Lima.

V. CONFORMACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL:

1. Que, CS BEAVER SAC designó como su Árbitro de parte al Raúl Leonid Salazar Rivera.

2. Por consiguiente, el Ministerio de Salud designó como Árbitro al abogado Luis Puglianini Guerra.

3. Ambos Árbitros designaron como presidente del Tribunal Arbitral, al abogado Eduardo Adolfo Solís Tafur, comunicando al CENTRO con la carta de fecha 19 de marzo de 2021. El CENTRO comunicó al abogado Eduardo Adolfo Solís Tafur su designación mediante Resolución N° 04 de fecha 23 de marzo de 2021.

4. El abogado Eduardo Adolfo Solís Tafur, cumplió con presentar su aceptación el 25 de marzo de 2021.

5. 5. La Secretaría arbitral está a cargo de la abogada María Fernanda Santillana Cristóbal, quien ha sido designado por el CENTRO.

VI. RECUSACIONES:

6. En el presente arbitraje ninguna de las partes planteó recusación contra el presente Tribunal Arbitral.

VII. ACTUACIÓN ARBITRALES:

7. En la **Resolución N° 01** de fecha 05 de febrero de 2021, se dio a conocer la solicitud de arbitraje planteada por el CONTRATISTA, en consecuencia, se le otorgó el plazo de (5) días hábiles a la ENTIDAD para que proceda a contestarla. Asimismo, se precisó en esta resolución el Reglamento Procesal Arbitral.

8. Con la **Resolución N° 02** de fecha 22 de febrero de 2021, la ENTIDAD presentó su contestación a la solicitud de arbitraje planteada por la CONTRATISTA. Asimismo, se comunicó a los abogados Raúl Salazar Rivera y Luis Puglianini Guerra sus designaciones como Árbitros efectuadas por las partes, para que manifiesten su aceptación al cargo.

9. Que, mediante la **Resolución N° 03** de fecha 15 de marzo de 2021, los abogados designados por las partes confirmaron su designación y se les otorgó el plazo de (5) días hábiles para el nombramiento conjunto del tercer Árbitro.

10. En la **Resolución N° 04** de fecha 23 de marzo de 2021, se estableció el nombramiento como Presidente del Tribunal Arbitral al abogado Eduardo Adolfo Solís Tafur, y se le otorgó el plazo de (3) días hábiles para que manifieste su aceptación al cargo.

11. En la **Resolución N° 05** de fecha 30 de mayo de 2022, se confirmó la aceptación del abogado Eduardo Adolfo Solís Tafur, al cargo de Presidente de Tribunal, por otro lado, se le otorgó el plazo de (5) días hábiles a las partes para que manifiesten su propuesta de modificación a las reglas aplicables.

12. Con la **Resolución N° 06** de fecha 30 de marzo de 2021, se le otorgó al CONTRATISTA el plazo de (3) días para que se pronuncie sobre la modificación a las reglas del proceso arbitral presentando por la ENTIDAD.

13. Posteriormente, el Tribunal Arbitral con **Resolución N° 07** de fecha 12 de mayo de 2021, fijó las reglas procesales del presente proceso y se le otorgó al CONTRATISTA el plazo de (20) días hábiles para la presentación de la demanda arbitral, por otro lado, se facultó al DEMANDADO acreditar el registro del presente proceso arbitral ante el SEACE del OSCE, dándosele un plazo de (10) días hábiles.

14. En la **Resolución N° 08** de fecha 12 de mayo de 2021, el Tribunal Arbitral otorgó a ambas partes un plazo de (15) días hábiles, para que acrediten los pagos de honorarios arbitrales.

15. En la **Resolución N° 09** de fecha 1 de agosto de 2021, se dió por presentada la demanda arbitral, la cual se corrió traslado a la ENTIDAD para que dentro del plazo de (20) días hábiles cumpla con contestarla, acorde a su derecho. Además, se acreditó el pago de honorarios correspondientes al CONTRATISTA y, se le otorgó a la ENTIDAD el plazo de (15) días hábiles para que cancele los honorarios de los arbitros. Por último, se le otorgó nuevamente al DEMANDADO un plazo de (5) días hábiles a fin de que cumpla con registrar los datos completos del Tribunal Arbitral.

16. Mediante **Resolución N° 10** de fecha 04 de octubre de 2021, se dio cuenta el apersonamiento y la contestación de la demanda arbitral por parte de la ENTIDAD y se autorizó al CONTRATISTA a realizar el pago correspondiente a la Entidad, en vía de subrogación.

17. En **Resolución N° 11** de fecha 26 de octubre de 2021, el Tribunal Arbitral dio por cumplido el pago en subrogación por parte del CONTRATISTA.

18. En la **Resolución N° 12** de fecha 03 de diciembre de 2021, se citó a ambas partes a la Audiencia de Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos, Ilustración de Hechos y Admisión de Medios Probatorios para el 14 de enero de 2022 a las 15:30 horas.

19. Asimismo, mediante escrito de fecha 13 de enero de 2022, la ENTIDAD solicitó la reprogramación de audiencia, en consecuencia, con la finalidad de no dilatar el proceso, a través de la **Resolución N° 13** de fecha 04 de febrero de 2022, otorgó a las partes un plazo de (5) días hábiles para que cumplan con proponer sus puntos controvertidos.

20. En la **Resolución N° 14** de fecha 25 de febrero de 2022, el Tribunal Arbitral procedió a fijar los puntos controvertidos y se citó a las partes a una Audiencia de Ilustración de Hechos y Actuación de Medios Probatorios para el día 08 de abril de 2022, a horas 03:30 p.m. por la plataforma zoom.

21. Por **Resolución N° 15** de fecha 13 de abril de 2022, se precisa a las partes que la Audiencia se llevará a cabo virtualmente el día 27 de mayo de 2022 a las 11:00 am

22. Mediante **Resolución N° 16** de fecha 23 de junio de 2022, se dio a conocer los alegatos de fecha 16 de junio de 2022, presentado por la ENTIDAD. Además, se citó a las partes a la Audiencia de Informes Orales programándose para el 08 de julio de 2022 a las 11:00 a.m. por plataforma zoom.

23. En la **Resolución N° 17** de fecha 12 de agosto de 2022, el Tribunal Arbitral otorgó al CONTRATISTA un plazo de (5) días hábiles para la acreditación del pago de las retenciones del 8% del impuesto a la renta, respecto a los recibos por honorarios de cada Árbitro del presente proceso.

24. Se da por cumplido el pago de las retenciones, asimismo mediante **Resolución N° 18** de fecha 03 de octubre de 2022, se fija el plazo de (33) días hábiles para la emisión del laudo.

25. Por Resolución **N° 19** se amplía el plazo para laudar por 30 días hábiles adicionales, al vencimiento del plazo inicial.

VIII. CUESTIONES PRELIMINARES:

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

26. Que, el Tribunal Arbitral se constituyó de conformidad con el convenio arbitral suscrito por las partes y al procedimiento establecido en la norma en contratación con el Estado.

27. Que, en ningún estado del proceso las partes han reclamado contra las disposiciones del procedimiento habiendo quedado consentidas y procediéndose de acuerdo con ella.

28. El DEMANDANTE presentó su escrito de demanda dentro del plazo dispuesto y ejerció plenamente su derecho de defensa y al debido proceso.

29. La ENTIDAD presentó su escrito de contestación dentro del plazo dispuesto y ejerció plenamente su derecho de defensa y al debido proceso.

30. Las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como ejercer la facultad de presentar alegatos conforme al procedimiento establecido.

31. El Tribunal Arbitral procede a laudar dentro de los plazos aceptados por las partes, los cuales han sido establecidos en las reglas del proceso.

IX. PUNTOS CONTROVERTIDOS:

32. Como se mencionó anteriormente en la **Resolución N° 14**, el Tribunal Arbitral fijó los puntos controvertidos, siendo los siguientes:

PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde o no que se declare la validez y/o eficacia de la Orden de Compra – Guía de Internamiento Nro. 0000560 "Adquisición de Cilindros para Oxígeno Medicinal de 10m3 para establecimientos de salud del Ministerio de Salud" en virtud a la cual se dispuso la aplicación de la penalidad ascendente a S/ 303,875.00 (trescientos tres mil ochocientos setenta y cinco 00/100 soles).

SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde o no que se declare nulo y/o sin efecto legal la Carta N° 005-2021-OAOGA-MINSA, con fecha de emisión 07 de enero de 2021, notificada a nuestra representada el día 07 de enero del 2021; a través de la cual se nos informa la APLICACIÓN DE PENALIDAD por 13 días calendario de retraso de la Orden de Compra – Guía de Internamiento Nro. 0000560 "Adquisición de Cilindros para Oxígeno Medicinal de 10m3 para establecimientos de salud del Ministerio de Salud", porque la penalidad resulta inaplicable a mi representada.

TERCER PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde o no que si se reconoce la invalidez y/o ineficacia de la Orden de Compra – Guía de Internamiento Nº 0000560-2020 "Adquisición de Cilindros para Oxígeno Medicinal de 10m3 para establecimientos de salud del Ministerio de Salud, como consecuencia también se reconozca la invalidez y/o ineficacia de la penalidad aplicada mediante la Carta Nº 005-2021-OAOGA-MINSA.

CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde o no que se reconozca el pago por el flete terrestre de Houston a Detroit, toda vez que, a pedido del Ministerio, tuvo que modificarse la ruta de transporte de los productos de EE.UU. a Perú.

QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde o no que LA DEMANDADA sea condenada con el pago de costos, costas y todo gasto en general que irrogue el presente proceso arbitral.

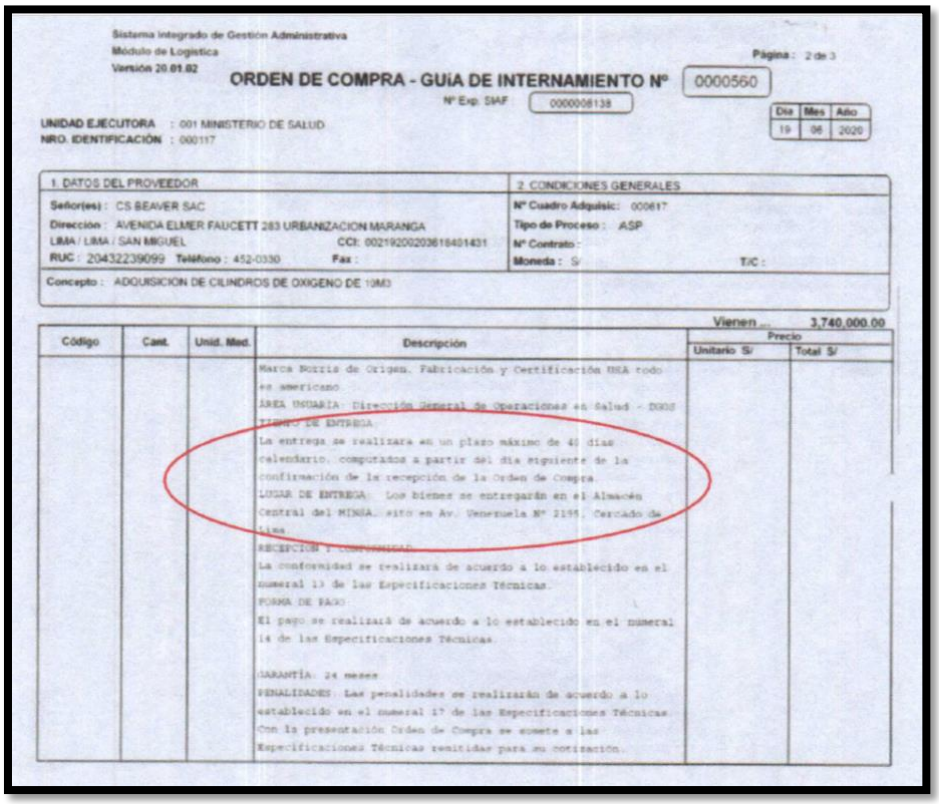
X. POSICIONES DE LAS PARTES:

A) Sobre la Primera Pretensión:

"Determinar si corresponde o no que se declare la validez y/o eficacia de la Orden de Compra – Guía de Internamiento Nro. 0000560 "Adquisición de Cilindros para Oxígeno Medicinal de 10m3 para establecimientos de salud del Ministerio de Salud" en virtud a la cual se dispuso la aplicación de la penalidad ascendente a S/ 303,875.00 (trescientos tres mil ochocientos setenta y cinco 00/100 soles)".

- **Posición del Demandante:**

33. El DEMANDANTE indica que el plazo de entrega de los bienes era de 40 días calendario, computados a partir de la confirmación de la recepción de la orden de compra, debiéndose efectuar la entrega de los bienes en el Almacén Central del MINSA, ubicado en Av. Venezuela N° 2195, Cercado de Lima, como se detalla a continuación:



Sistema Integrado de Gestión Administrativa
Módulo de Logística
Versión 20.01.02

Página : 2 de 3

ORDEN DE COMPRA - GUIA DE INTERNAMIENTO Nº 0000560

Nº Exp. SIAF 0000008138

UNIDAD EJECUTORA : 001 MINISTERIO DE SALUD
NRO. IDENTIFICACIÓN : 000117

Día	Mes	Año
19	06	2020

1. DATOS DEL PROVEEDOR

Señor(es) : CS BEAVER SAC
Dirección : AVENIDA ELMER FAUCETT 283 URBANIZACION MARANGA
LIMA / LIMA / SAN MIGUEL CCI: 00219200203618401431
RUC : 20432239099 Teléfono : 452-0330 Fax :

2. CONDICIONES GENERALES

Nº Cuadro Adquisic: 000617
Tipo de Proceso : ASP
Nº Contrato :
Moneda : S/ T/C :

Concepto : ADQUISICION DE CILINDROS DE OXIGENO DE 10M3

Vienen ... 3,740,000.00

Código	Cant.	Unid. Med.	Descripción	Precio Unitario S/	Precio Total S/
			Marca Norris de Origen, Fabricación y Certificación NSA todo es americano ÁREA USUARIA: Dirección General de Operaciones en Salud - DGOS PLAZO DE ENTREGA: La entrega se realizara en un plazo máximo de 40 días calendario, computados a partir del día siguiente de la confirmación de la recepción de la Orden de Compra. LUGAR DE ENTREGA: Los bienes se entregarán en el Almacén Central del MINSA, sito en Av. Venezuela Nº 2195, Cercado de Lima RECEPCIÓN Y CONFORMIDAD: La conformidad se realizara de acuerdo a lo establecido en el numeral 13 de las Especificaciones Técnicas. FORMA DE PAGO: El pago se realizará de acuerdo a lo establecido en el numeral 14 de las Especificaciones Técnicas. GARANTÍA: 24 meses PENALIDADES: Las penalidades se realizarán de acuerdo a lo establecido en el numeral 17 de las Especificaciones Técnicas. Con la presentación Orden de Compra se somete a las Especificaciones Técnicas remitidas para su cotización.		

34. El DEMANDANTE indica que, el plazo de entrega de los cilindros de oxígeno era del 22 de junio (fecha de confirmación de la recepción de la OC N 0000560) hasta el 30 de julio de 2020, fecha en que vencía el plazo de entrega conforme a la orden de compra (máximo de 40 días calendarios), y que la entrega de los bienes se realizó conforme lo señalado anteriormente, siendo la última entrega el 12 de agosto de 2020, cumpliendo con la totalidad de la entrega de las 2,200 unidades de cilindros de oxígeno de 10m3, marca Norris.

35. El DEMANDANTE manifiesta que, el aprovisionamiento de los cilindros de oxígeno que se realizó a favor de la ENTIDAD, se empleó en el contexto mundial de la gran demanda de oxígeno medicinal a fin de atender las graves consecuencias en la salud generadas por el COVID-19, por lo que, frente a la escasa oferta a nivel mundial, el CONTRATISTA importó los cilindros de oxígeno de EE.UU.

36. El DEMANDANTE indica que tenía prevista la importación del producto por vía marítima hasta el puerto de El Callao - Lima, siendo el periodo de tránsito vía marítima de 17 días (contenedor), teniendo como fecha máxima de llegada de los productos antes del 30 julio de 2020 (fecha límite del plazo de entrega).

37. El DEMANDANTE precisa que, por intermedio del Sr. Daniel Calderón Acapana (Jefe de la Unidad de Adquisiciones y Programación-MINSA), con el fin de atender el pedido urgente solicitado por la ENTIDAD, para la entrega oportuna de los lotes de los cilindros de oxígeno, a pedido de la ENTIDAD, tuvo que modificar la ruta de transporte de los productos de EE.UU a Perú, teniendo que trasladar el producto de Houston -Texas (lugar de fabricación) hasta Detroit - Michigan, para que sean enviados por la aerolínea Delta Airlines (vuelos humanitarios), por la necesidad que estaba atravesando el país por el Estado de Emergencia a causa de la Pandemia.

38. El DEMANDANTE hace referencia que, por las circunstancias y coyuntura que se vivía a nivel mundial, el 30 de julio de 2020 mediante correo electrónico dirigido al Sr. Daniel Calderón Acapana (Jefe de la Unidad de Adquisiciones y Programación), justificó el atraso de la

entrega de los productos, y consecuentemente solicitó una ampliación de plazo, en relación con lo señalado en el párrafo precedente. Además, considerando que por motivos de fuerza mayor el fabricante Norris Cylinder Company en EE. UU, tuvo inconvenientes en su línea de producción, debido a las normativas americanas de restricciones emitidas para la prevención de la propagación del COVID-19, siendo una de ellas, la insuficiencia de personal (conductores) para el traslado de los contenedores, esto debido a las limitaciones de transporte interno en los EE.UU.

39. El DEMANDANTE expresa que, la ENTIDAD mediante Carta N° 131-2020-OGA/MINSA de fecha 12 de agosto de 2020, declara improcedente la solicitud de ampliación de plazo, en virtud de no estar configurada y sustentada documentalmente la causal invocada, señalando que no se acredito de modo objetivo y sustentado que día habría culminado el hecho generador de atraso o paralización, por ello no correspondía que se amplie el plazo de entrega de los bienes.

40. Por consiguiente, el DEMANDANTE señala que, bajo la causal de atrasos y/o paralizaciones no imputables, en este caso, por un plazo de trece (13) días calendario respectivamente, de acuerdo con lo establecido en el artículo 158 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, que señala los supuestos y procedimientos a seguir para la solicitud de ampliación de plazo, conforme a lo siguiente:

> ***"Articulo l58. Ampliación del plazo contractual***
>
> *I58. 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 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.*
>
> *158.5 Las ampliaciones de plazo en contratos de bienes o para la prestación de servicios en general y consultoría en general dan lugar al pago de los gastos generales debidamente acreditados. En el caso de la consultoría de obras. se paga al contratista el gasto general y el costo directo, este último debidamente acreditado, además de la utilidad"*

41. El DEMANDANTE manifiesta que, se llega a aclarar que la normativa de contrataciones del Estado prevé la posibilidad que el CONTRATISTA pueda solicitar la ampliación del plazo ofertado, por atrasos y/o paralizaciones no imputables a este, es decir, ante una situación y/o circunstancia ajena a la voluntad de este, la cual genera una modificación del plazo contractual.

42. El DEMANDANTE recalca que, tal como ha sido señalado por la Dirección Técnico Normativa del OSCE, el "contratista debía sustentar las causas que originaban su solicitud, así como la justificación del plazo solicitado, en atención a las circunstancias particulares vinculadas con el objeto de la contratación". Y que la Dirección Técnico Normativa del OSCE ha opinado que para determinar si se configura la mencionada causal, esta puede sustentarse sobre la base de la configuración de un "caso fortuito o fuerza mayor", manifestando que:

> *"(...)*
> *Al respecto, es necesario precisar que un hecho o evento extraordinario se configura cuando, tal como lo indica la misma palabra, sucede algo fuera de lo ordinario, es decir, fuera del orden natural o común de las cosas.*
> *Asimismo, un hecho o evento es imprevisible cuando supera o excede la aptitud razonable de previsión del deudor en la relación obligatoria, puesto que el deudor tiene el deber de prever lo normalmente previsible no así lo imprevisible.*
>
> *Por su parte, el que un hecho o evento sea irresistible significa que el deudor no tiene posibilidad de evitarlo, es decir, no puede impedir, par más que lo desee o intente, su acaecimiento.*
> *De esto manera, se advierte que la configuración de un "caso fortuito o fuerza mayor" exime de responsabilidad a las partes, específicamente, a la parte que se ve imposibilitada de ejecutar las prestaciones a su cargo (...)".*

43. El DEMANDANTE menciona que, trasladó a la ENTIDAD la solicitud de justificación de ampliación de plazo argumentando los acontecimientos mundiales debido al COVID-19 y la gran repercusión que los mercados vienen sufriendo, en relación a la demanda de oxígeno medicinal a fin de atender las graves consecuencias en la salud generadas por la COVID-19.

44. El DEMANDANTE subraya que, considerando que estos acontecimientos son de conocimiento público mundial, generadas por la Pandemia, la solicitud de ampliación de plazo estuvo debidamente justificada, ya que para nadie es ajena la información que la logística de muchos laboratorios y fábricas estuvieron alteradas por la situación de pandemia, así como también la logística de transporte (por todos los medios y procesos aduaneros).

45. Por tanto, el DEMANDANTE manifiesta que no hubiera tenido ningún inconveniente en mantener su plazo inicial, a fin de salvaguardar cualquier atraso que se pudiera generar en la entrega del producto a favor de la ENTIDAD, sin embargo, en un acto de desprendimiento, buena fe y compromiso con la salud de todos los peruanos, es que aceptaron a solicitud de la ENTIDAD, el cambio de ruta para traer los productos al Perú, situación que la Entidad siempre prometió reconocer los mayores gastos en que íbamos a incurrir. En tal sentido, el CONTRATISTA convino con la ENTIDAD asumir esta modificación con la finalidad privilegiar el interés púbico nacional.

46. El DEMANDANTE expresa que, la Carta N° 131 -2020-OGA/MINSA emitida por la ENTIDAD, se ha basado en consideraciones subjetivas, más que en la apreciación objetiva de lo señalado en la solicitud de justificación de la ampliación de plazo, así como lo dispuesto en el artículo 158 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. Y que la ENTIDAD al expedir la referida carta, ha carecido de la debida motivación que debe sustentar todas las decisiones de la administración trente a los administrados.

47. El DEMANDANTE señala que la motivación de las decisiones de la administración se relaciona con la importancia de la argumentación jurídica, la misma que, es imprescindible para un correcto desarrollo de decisión a adoptarse no solo en el ámbito judicial sino también en el ámbito administrativo y que busca garantizar y proteger los derechos fundamentales de los particulares, siendo un tema que apunta entrelazar la argumentación jurídica con el Estado constitucional y el estado de derecho, pilar sustancial que, en la actualidad, se exige.

48. Asimismo, el DEMANDANTE recalca que, el requerimiento de motivación de los actos y resoluciones administrativas implica imponer una limitación al poder público, en tanto, se le obliga a apegarse al principio de legalidad, reconocido en el artículo 11 de la Constitución Política y a la necesidad de invocar un criterio razonable en la toma de sus decisiones. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional ha sostenido que: "En cuanto a la motivación de los actos administrativos se debe entender como la fundamentación que deben dar las autoridades

del contenido del acto que emiten, tomando en cuenta los motivos de hecho y de derecho, y el fin que se pretende con la decisión. En reiterada jurisprudencia, este tribunal ha manifestado que la motivación de los actos administrativos es una exigencia del principio constitucional del debido proceso así como del derecho de defensa e implica una referencia a hechos y fundamentos de derecho, de manera que el administrado conozca los motivos por los cuales ha de ser sancionado o por los cuales se le deniega una gestión que afecta sus intereses o incluso sus derechos subjetivos" (resolución número 07924-99 de las 17:48 del 13 de octubre de 1999)."

49. EL DEMANDANTE menciona que, la respuesta a la solitud de ampliación de plazo por la ENTIDAD adolece de un error y defecto significativo, el carecer de una apreciación objetiva y lógica de los hechos objetivos al negar lo que era evidente y de notoriedad mundial, y consecuentemente, actuando de modo simplista, declara improcedente su solicitud de justificación y consecuente ampliación de plazo, bajo un criterio de negación frente a hechos que no justifican ni motivan la decisión adoptada por la ENTIDAD.

50. El DEMANDANTE señala que, advirtiéndose del análisis procedimental, contenido y alcance de la decisión adoptada por la Entidad, que la misma adolece de la debida motivación y sustentación (Carta N 131-2020-OGA/MINSA), ya que no tomo en consideración todos los elementos objetivos presentados para la aprobación de la justificación y consecuente ampliación de plazo, así como los hechos y circunstancias señaladas precedentemente, además de no haber remitido los documentos que motivaron dicha respuesta, inobservando el principio de debida motivación y de legalidad.

51. En consecuencia, el DEMANDANTE solicita que se reconozca el supuesto atraso de la entrega de los bienes en el contexto de la Orden de Compra, y que no es una causal imputable a CS BEAVER S.A.C., sino que deviene por las modificaciones acordadas con la ENTIDAD sumadas a las causales de fuerza mayor de orden mundial, como lo es por la Pandemia por el COVID-19.

- **Posición de la Entidad:**

52. La ENTIDAD respecto a la pretensión planteada, expresa que el DEMANDANTE manifiesta que la Orden de Compra se emitió señalando como plazo de entrega de los bienes el de 40 días calendarios computados a partir de la recepción de la Orden de Compra, indicando así que el plazo de entrega comprendía desde el 22 de mayo 2020 (fecha de confirmación de la recepción de la orden de compra) hasta el 30 de julio de 2020 y que la última entrega de los bienes se realizó el 12 de agosto de 2020, cumpliendo con la totalidad de 2200 unidades de cilindros de oxígeno de 10m3 marca Norris.

53. Asimismo, la ENTIDAD manifiesta que el DEMANDANTE indica que la provisión de los equipos se realizó en el contexto mundial de la gran demanda de oxígeno medicinal a fin de atender, las graves consecuencias en la salud generadas por el COVID-19 y que, por la escasa oferta, importó los equipos de EEUU.

54. Adicionalmente, la ENTIDAD refiere que el DEMANDANTE señala que tenían prevista la importación del producto vía marítima de 17 días, teniendo como fecha máxima la llegada de los productos antes del 30 de julio de 2020.

55. De otro lado, la ENTIDAD recalca que el DEMANDANTE menciona:

"Ante lo señalado, por intermedio del Sr. Daniel Calderón Acapana (Jefe de la Unidad de Adquisiciones y Programación – MINSA) con el fin de atender el pedido urgente solicitado por la Entidad, para la entrega oportuna de los lotes de los cilindros de oxígeno a pedido del Ministerio, se tuvo que modificar la ruta de transporte de los productos de EEUU a Perú teniendo que trasladar el producto de Houston – Texas (lugar de fabricación) hasta Detroit – Michigan, para que sean enviados por la aerolínea Delta Airlines (vuelos humanitarios), por la necesidad que estaba atravesando el país por el Estado de Emergencia a causa de la pandemia"

56. Así también la ENTIDAD menciona que el DEMANDANTE señala que con fecha 30 de julio de 2020, mediante correo electrónico dirigido al entonces Jefe de la Unidad de Adquisiciones y Programación, la empresa justificó el atraso de la entrega de los productos y solicitó una ampliación

de plazo, en atención a ello, además de los inconvenientes en la línea de producción del fabricante Norris Cyllinder Company.

57. Continúa indicando la ENTIDAD que el DEMANDANTE manifiesta que mediante Carta N°131-2020-OGA/MINSA de fecha 12-08-2020 declara improcedente su solicitud de ampliación de plazo, en virtud de no estar configurada y sustentada documentalmente la causal invocada, señalando que no se acreditó de modo objetivo y sustentado que día habría culminado el hecho generador del atraso o paralización. Así, agrega que el supuesto atraso de la entrega de los bienes no es una causal imputable a ellos, sino que deviene por las modificaciones acordadas con la Entidad, sumadas a las causales de fuerza mayor de orden mundial por el COVID-19.

58. La ENTIDAD precisa que tal como fluye del Informe N° 949-2020-UAP-OA-OGA/MINSA, durante el proceso de regularización de la contratación directa, la empresa no cumplió con presentar la documentación para acreditar el requisito de calificación referido a: (i) Experiencia del postor en la especialidad, y (ii) Capacidad técnica y profesional; asimismo no obra documentación que acredita el desarrollo de la indagación de mercado en estricto cumplimiento de los principios de transparencia, igualdad de trato y competencia. En atención a lo cual se habrían identificado incumplimientos normativos, así como la trasgresión de los principios de transparencia, igualdad de trato y competencia, por lo cual no correspondería la regularización de la contratación directa de acuerdo al procedimiento previsto en el artículo 100° del Reglamento.

59. La ENTIDAD indica que, dicha evaluación y al contenido del Informe Técnico N° 1046-2020-UAP-OA-OGA/MINSA, la ENTIDAD, a través de la Carta N°206-2020-OGA/MINSA, procedió a dejar sin efecto la mencionada contratación.

60. La ENTIDAD subraya que, el Reglamento, en su artículo 102° establece que el cumplimiento de los requisitos previstos para las contrataciones directas, es responsabilidad del Titular de la ENTIDAD y de los funcionarios que intervengan en la decisión y ejecución. En el marco de dicha disposición, es necesario indicar y respecto del cumplimiento de

los requisitos, el mismo artículo, en su numeral 102.5, señala: "Cuando no llegue a concretarse la elección del proveedor o suscripción del contrato, se deja sin efecto automáticamente la adjudicación efectuada, debiendo la Entidad continuar con las acciones que correspondan". Es en ese sentido que lo actuado por la Entidad se enmarca en lo establecido expresamente por la normativa aplicable.

61. La ENTIDAD apunta que al haberse dejado sin efecto la orden de compra, no correspondía llevar a cabo la regularización de la contratación directa, según lo señala la normativa, por lo cual no existe un registro de procedimiento de selección ni contrato en el SEACE.

62. En consecuencia, la ENTIDAD manifiesta que, de acuerdo a lo expuesto, la acción adoptada por la Entidad de dejar sin efecto la contratación efectuada a través de la Orden de Compra N°0000560, se realizó en el marco de las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado; por lo cual la pretensión de declarar la validez y/o ineficacia de la Orden de Compra – Guía de Internamiento N°0000560, no deberá ser amparada.

- **Posición del Tribunal Arbitral:**

63. Con respecto a este punto es importante precisar que en el presente caso la relación contractual entre ambas partes se dio mediante el proceso de selección de Contratación Directa[1], que según el artículo 27° de la LCE y en el literal b.4 del artículo 100° del RLCE se dan en el siguiente supuesto:

> **Artículo 27. Contrataciones directas**
> **27.1** Excepcionalmente, las Entidades pueden contratar directamente con un determinado proveedor en los siguientes supuestos:
>
> a) ….

[1] **TÍTULO V: MÉTODOS DE CONTRATACIÓN: CAPÍTULO I: DISPOSICIONES GENERALES APLICABLES A LOS PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN:**
Artículo 53. Procedimientos de selección
53.1. Para la contratación de bienes, servicios en general, consultorías u obras, la Entidad utiliza, según corresponda, los siguientes procedimientos de selección:
a) …
b) ….
g) Contratación Directa.

b) Ante una situación de emergencia derivada de acontecimientos catastróficos, situaciones que afecten la defensa o seguridad nacional, situaciones que supongan el grave peligro de que ocurra alguno de los supuestos anteriores, o de una emergencia sanitaria declarada por el ente rector del sistema nacional de salud.

Artículo 100. Condiciones para el empleo de la Contratación Directa

La Entidad puede contratar directamente con un proveedor solo cuando se configure alguno de los supuestos del artículo 27° de la Ley bajo las condiciones que a continuación se indican:
a) …
b) Situación de Emergencia:

La situación de emergencia se configura por alguno de los siguientes supuestos:

b.4) Emergencias sanitarias, que son aquellas declaradas por el ente rector del sistema nacional de salud conforme a la ley de la materia.

En dichas situaciones, la Entidad contrata de manera inmediata los bienes, servicios en general, consultorías u obras estrictamente necesarios, tanto para prevenir los efectos del evento próximo a producirse, **como para atender los requerimientos generados como consecuencia directa del evento producido**, sin sujetarse a los requisitos formales de la presente norma**. Como máximo, dentro del plazo de diez (10) días hábiles siguientes de efectuada la entrega del bien, o la primera entrega en el caso de suministros** o del inicio de la prestación del servicio, o del inicio de la ejecución de la obra, **la Entidad regulariza aquella documentación referida a las actuaciones preparatorias, el informe o los informes que contienen el sustento técnico legal de la Contratación Directa, la resolución o acuerdo que la aprueba, así como el contrato y sus requisitos, que a la fecha de la contratación no haya sido elaborada, aprobada o suscrita, según corresponda**; debiendo en el mismo plazo registrar y publicar en el SEACE los informes y la resolución o acuerdos antes mencionados.

64. El procedimiento para este tipo de procesos de selección se encuentra en el artículo 102° del RLCE en donde se indica que:

Artículo 102. Procedimiento para las contrataciones directas

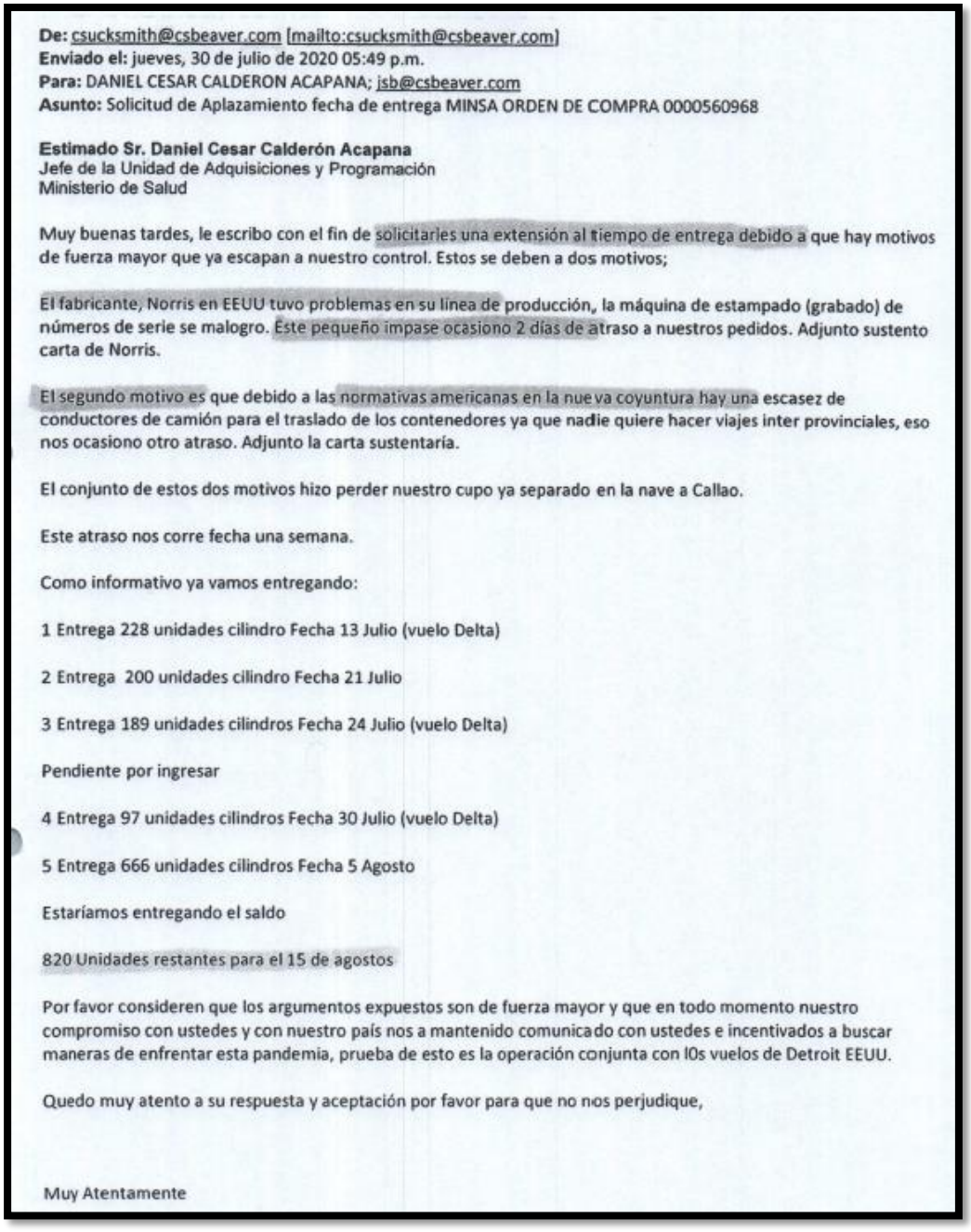
> **102.1.** Una vez aprobada la Contratación Directa, la Entidad la efectúa mediante acciones inmediatas, requiriéndose invitar a un solo proveedor, cuya oferta cumpla con las características y condiciones establecidas en las bases, las cuales contienen como mínimo lo indicado en los literales a), b), e), f), l) y o) del numeral 48.1 del artículo 48. La oferta puede ser obtenida por cualquier medio de comunicación.
> (…)
> **102.4.** El cumplimiento de los requisitos previstos para las contrataciones directas, en la Ley y el Reglamento, es responsabilidad del Titular de la Entidad y de los funcionarios que intervengan en la decisión y ejecución.

65. Habiendo establecido la normativa aplicable al presente caso, se tiene que, el MINSA convocó a Contratación Directa para el suministro de 2,200 cilindros de oxígeno medicinal de $10m^3$, cuya contratación se realizó con la empresa CS Beaver SAC mediante la Orden de Compra – Guía de Internamiento N° 0000560, el día 19 de junio de 2020, cuyo plazo para la entrega del bien (2,200 cilindros de oxígeno medicinal de $10m^3$), era de 40 días calendarios, computados desde el 22 de junio de 2020 (fecha de confirmación de la OC-GI N° 0000560) hasta el 30 de julio de 2020.

66. Ahora bien, en el presente proceso arbitral, la propia parte demandante en su escrito de demanda ha indicado que la entrega total del bien (2,200 cilindros de oxígeno medicinal de $10m^3$), se completó el día 12 de agosto de 2020, es decir, con 13 días de retraso.

FECHA DE EMISION DE LA GUIA	GUIA DE REMISION	CANTIDAD	FECHA DE RECEPCIÓN/ INTERNAMIENTO
13/07/2020	0001-62697	23 Balones	14/07/2020
13/07/2020	0001-62698	23 Balones	14/07/2020
13/07/2020	0001-62700	23 balones	14/07/2020
14/07/2020	0001-62709	23 balones	14/07/2020
14/07/2020	0001-62710	23 balones	14/07/2020
13/07/2020	0001-62717	23 balones	13/07/2020
13/07/2020	0001-62718	23 balones	13/07/2020
14/07/2020	0001-62719	23 balones	14/07/2020
14/07/2020	0001-62720	23 balones	14/07/2020
14/07/2020	0001-62721	21 Balones	14/07/2020
21/07/2020	0001-62755	200 Balones	21/07/2020
27/07/2020	0001-62792	115 Balones	24/07/2020
27/07/2020	0001-62793	74 Balones	24/07/2020
7/08/2020	0001-62866	150 Balones	7/08/2020
7/08/2020	0001-62867	150 Balones	7/08/2020
7/08/2020	0001-62868	22 balones	7/08/2020
7/08/2020	0001-62869	58 balones	7/08/2020
7/08/2020	0001-62870	150 Balones	7/08/2020
7/08/2020	0001-62873	100 balones	7/08/2020
12/08/2020	0001-62893	150 Balones	12/08/2020
12/08/2020	0001-62894	150 Balones	12/08/2020
12/08/2020	0001-62895	22 balones	12/08/2020
12/08/2020	0001-62896	150 Balones	12/08/2020
12/08/2020	0001-62897	150 Balones	12/08/2020
12/08/2020	0001-62898	22 balones	12/08/2020
12/08/2020	0001-62899	150 Balones	12/08/2020
12/08/2020	0001-62900	62 balones	12/08/2020
12/08/2020	0001-62914	97 balones	12/08/2020

67. El Contratista, mediante correo electrónico del 30 de julio de 2020, solicita a la ENTIDAD una ampliación de plazo para poder entregar la totalidad del bien, justificando la demora en las siguientes causas:



De: csucksmith@csbeaver.com [mailto:csucksmith@csbeaver.com]
Enviado el: jueves, 30 de julio de 2020 05:49 p.m.
Para: DANIEL CESAR CALDERON ACAPANA; jsb@csbeaver.com
Asunto: Solicitud de Aplazamiento fecha de entrega MINSA ORDEN DE COMPRA 0000560968

Estimado Sr. Daniel Cesar Calderón Acapana
Jefe de la Unidad de Adquisiciones y Programación
Ministerio de Salud

Muy buenas tardes, le escribo con el fin de solicitarles una extensión al tiempo de entrega debido a que hay motivos de fuerza mayor que ya escapan a nuestro control. Estos se deben a dos motivos;

El fabricante, Norris en EEUU tuvo problemas en su línea de producción, la máquina de estampado (grabado) de números de serie se malogro. Este pequeño impase ocasiono 2 días de atraso a nuestros pedidos. Adjunto sustento carta de Norris.

El segundo motivo es que debido a las normativas americanas en la nueva coyuntura hay una escasez de conductores de camión para el traslado de los contenedores ya que nadie quiere hacer viajes inter provinciales, eso nos ocasiono otro atraso. Adjunto la carta sustentaría.

El conjunto de estos dos motivos hizo perder nuestro cupo ya separado en la nave a Callao.

Este atraso nos corre fecha una semana.

Como informativo ya vamos entregando:

1 Entrega 228 unidades cilindro Fecha 13 Julio (vuelo Delta)

2 Entrega 200 unidades cilindro Fecha 21 Julio

3 Entrega 189 unidades cilindros Fecha 24 Julio (vuelo Delta)

Pendiente por ingresar

4 Entrega 97 unidades cilindros Fecha 30 Julio (vuelo Delta)

5 Entrega 666 unidades cilindros Fecha 5 Agosto

Estaríamos entregando el saldo

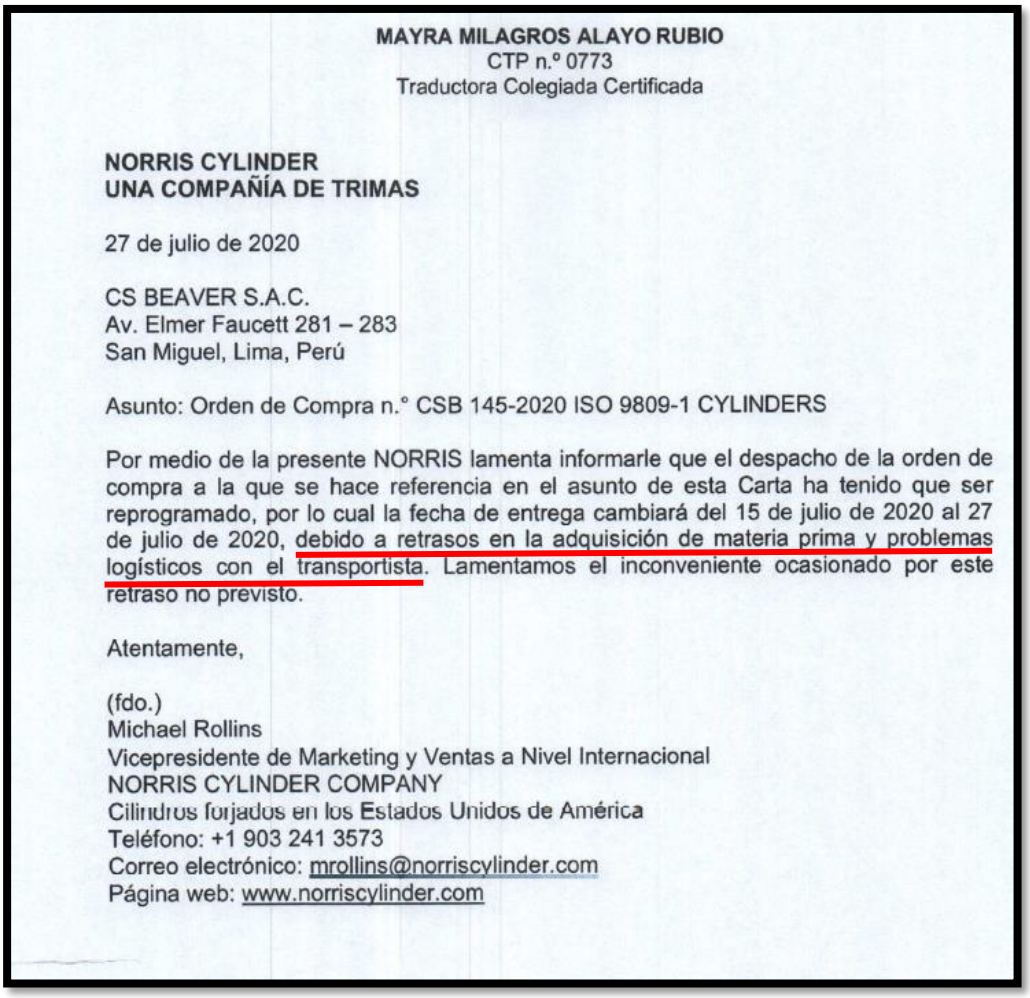
820 Unidades restantes para el 15 de agostos

Por favor consideren que los argumentos expuestos son de fuerza mayor y que en todo momento nuestro compromiso con ustedes y con nuestro país nos a mantenido comunicado con ustedes e incentivados a buscar maneras de enfrentar esta pandemia, prueba de esto es la operación conjunta con l0s vuelos de Detroit EEUU.

Quedo muy atento a su respuesta y aceptación por favor para que no nos perjudique,

Muy Atentamente

68. Sin embargo, de la traducción de la Carta del fabricante del bien Norris Cylinder de fecha 27 de julio de 2020, se señala el real motivo del atraso de bien, como: "**el retraso en la adquisición de materia prima y problemas logísticos con el transporte**".



MAYRA MILAGROS ALAYO RUBIO
CTP n.º 0773
Traductora Colegiada Certificada

NORRIS CYLINDER
UNA COMPAÑÍA DE TRIMAS

27 de julio de 2020

CS BEAVER S.A.C.
Av. Elmer Faucett 281 – 283
San Miguel, Lima, Perú

Asunto: Orden de Compra n.° CSB 145-2020 ISO 9809-1 CYLINDERS

Por medio de la presente NORRIS lamenta informarle que el despacho de la orden de compra a la que se hace referencia en el asunto de esta Carta ha tenido que ser reprogramado, por lo cual la fecha de entrega cambiará del 15 de julio de 2020 al 27 de julio de 2020, debido a retrasos en la adquisición de materia prima y problemas logísticos con el transportista. Lamentamos el inconveniente ocasionado por este retraso no previsto.

Atentamente,

(fdo.)
Michael Rollins
Vicepresidente de Marketing y Ventas a Nivel Internacional
NORRIS CYLINDER COMPANY
Cilindros forjados en los Estados Unidos de América
Teléfono: +1 903 241 3573
Correo electrónico: mrollins@norriscylinder.com
Página web: www.norriscylinder.com

69. El Tribunal considera que, la justificación que indica el fabricante del bien, Norrys Cylinder, no es el que argumenta la Demandante en el presente arbitraje para solicitar una ampliación de plazo. Aunado a ello, el escaso tiempo que existió entre la fecha de la comunicación del fabricante y la fecha máxima que tenía la Demandante para cumplir con entregar el total del bien (3 días calendarios) evidencia que no era posible que se llegue a completar los 2,200 balones de oxígeno medicinal, por lo que, la Demandante habría incumplido el plazo acordado en la OC-GI N° 0000560.

70. El Tribunal certifica mediante las pruebas aportadas por las partes que, luego de la entrega total del bien (2,200 cilindros de oxígeno medicinal de 10m³), la ENTIDAD siguió el procedimiento establecido en el literal b.4 del artículo 100° del RLCE[2], observando en su Informe N° 949-2020-UAP-OA-OGA/MINSA que el Demandante, CS Beaver SAC, no presentó la documentación para acreditar el requisito de calificación referido a:

(i) Experiencia del postor en la especialidad,

(ii) Capacidad técnica y profesional;

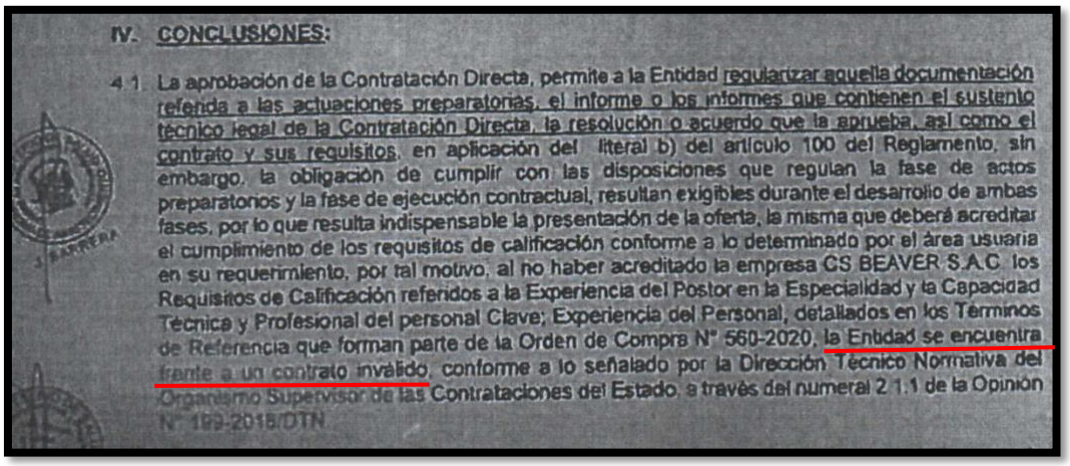
(iii) Documentación que acredite el desarrollo de la indagación de mercado en estricto cumplimiento de los principios de transparencia, igualdad de trato y competencia.

71. Se precisa que, el Demandante durante todo el presente proceso arbitral no ha refutado o no ha podido demostrar lo contrario de lo dicho por la ENTIDAD.

72. De igual forma, el Tribunal considera que con el Informe N° 1046-2020-UAP-OA-OGA/MINSA, emitida por la Dirección Técnica Normativa del OSCE, en la cual se hace referencia a la Opinión Nº 199-2018/DTN, donde concluyó que la Contratación Directa a través de la OC-GI N° 0000560 es inválida por existir transgresión e inobservancia de la normativa de Contrataciones del Estado y que como consecuencia no corresponde la obligación de pago alguno sobre dicho contrato, la ENTIDAD actuó con apego a la normativa en contratación con el Estado.

[2] **Artículo 100° Condiciones para el empleo de la Contratación Directa**
b) Situación de Emergencia:
b.4) Emergencias sanitarias, que son aquellas declaradas por el ente rector del sistema nacional de salud conforme a la ley de la materia.
En dichas situaciones, la Entidad contrata de manera inmediata los bienes, servicios en general, consultorías u obras estrictamente necesarios, tanto para prevenir los efectos del evento próximo a producirse, como para atender los requerimientos generados como consecuencia directa del evento producido, sin sujetarse a los requisitos formales de la presente norma. **Como máximo, dentro del plazo de diez (10) días hábiles siguientes de efectuada la entrega del bien, (…), la Entidad regulariza aquella documentación referida a las actuaciones preparatorias, el informe o los informes que contienen el sustento técnico legal de la Contratación Directa, la resolución o acuerdo que la aprueba, así como el contrato y sus requisitos, que a la fecha de la contratación no haya sido elaborada, aprobada o suscrita, según corresponda**; (…)

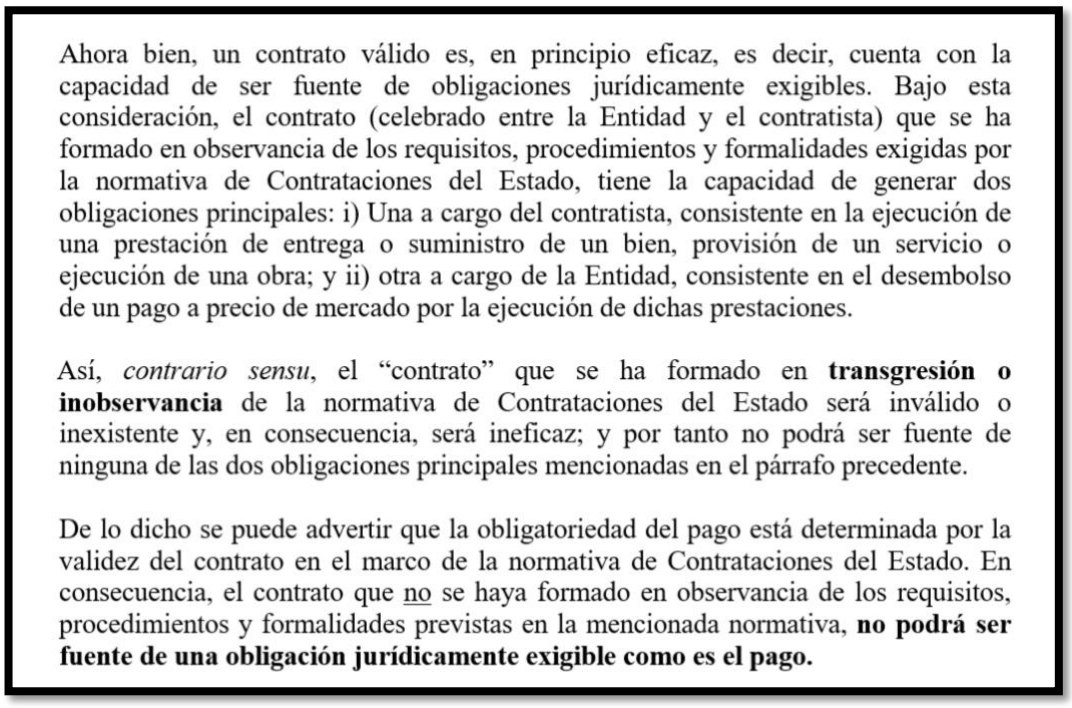
Informe N° 1046-2020-UAP-OA-OGA/MINSA



IV. CONCLUSIONES:

4.1 La aprobación de la Contratación Directa, permite a la Entidad regularizar aquella documentación referida a las actuaciones preparatorias, el informe o los informes que contienen el sustento técnico legal de la Contratación Directa, la resolución o acuerdo que la aprueba, así como el contrato y sus requisitos, en aplicación del literal b) del artículo 100 del Reglamento, sin embargo, la obligación de cumplir con las disposiciones que regulan la fase de actos preparatorios y la fase de ejecución contractual, resultan exigibles durante el desarrollo de ambas fases, por lo que resulta indispensable la presentación de la oferta, la misma que deberá acreditar el cumplimiento de los requisitos de calificación conforme a lo determinado por el área usuaria en su requerimiento, por tal motivo, al no haber acreditado la empresa CS BEAVER S.A.C los Requisitos de Calificación referidos a la Experiencia del Postor en la Especialidad y la Capacidad Técnica y Profesional del personal Clave; Experiencia del Personal, detallados en los Términos de Referencia que forman parte de la Orden de Compra N° 560-2020, la Entidad se encuentra frente a un contrato inválido, conforme a lo señalado por la Dirección Técnico Normativa del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, a través del numeral 2.1.1 de la Opinión N° 199-2018/DTN

Opinión Nº 199-2018/DTN



Ahora bien, un contrato válido es, en principio eficaz, es decir, cuenta con la capacidad de ser fuente de obligaciones jurídicamente exigibles. Bajo esta consideración, el contrato (celebrado entre la Entidad y el contratista) que se ha formado en observancia de los requisitos, procedimientos y formalidades exigidas por la normativa de Contrataciones del Estado, tiene la capacidad de generar dos obligaciones principales: i) Una a cargo del contratista, consistente en la ejecución de una prestación de entrega o suministro de un bien, provisión de un servicio o ejecución de una obra; y ii) otra a cargo de la Entidad, consistente en el desembolso de un pago a precio de mercado por la ejecución de dichas prestaciones.

Así, *contrario sensu*, el "contrato" que se ha formado en **transgresión o inobservancia** de la normativa de Contrataciones del Estado será inválido o inexistente y, en consecuencia, será ineficaz; y por tanto no podrá ser fuente de ninguna de las dos obligaciones principales mencionadas en el párrafo precedente.

De lo dicho se puede advertir que la obligatoriedad del pago está determinada por la validez del contrato en el marco de la normativa de Contrataciones del Estado. En consecuencia, el contrato que no se haya formado en observancia de los requisitos, procedimientos y formalidades previstas en la mencionada normativa, **no podrá ser fuente de una obligación jurídicamente exigible como es el pago.**

73. Que, por otro lado, y pese a haberse declarado inválida la contratación directa que dio nacimiento a la OC-GI N° 0000560, por los motivos expresados en el numeral 63 del presente Laudo, este Tribunal considera importante resaltar que, la ENTIDAD siguiendo lo establecido en el punto 2.2 de la Opinión Nº 199-2018/DTN, consideró que el pago por los

bienes recibidos por parte del Demandante, configuraba conforme lo dispuesto por el artículo 1954° del Código Civil, un caso de "Enriquecimiento si causa", por lo que reconoció la deuda de los 3´740.000.00 por los 2,200 balones de oxígeno medicinal de 10 m^3 .

> "Ahora, sin perjuicio de lo mencionado, en el supuesto en que la Entidad se haya beneficiado con prestaciones ejecutadas en ausencia de un contrato válido, el contratista puede recurrir –en la vía correspondiente- a la acción por **enriquecimiento sin causa**, contemplada en el artículo 1954 del Código Civil, según la cual, "*Aquel que se enriquece indebidamente a expensas de otro está obligado a indemnizarlo*". (El subrayado es agregado); ello, a efectos de que la Entidad– sin perjuicio de las responsabilidades a las que hubiere lugar[3]– le reconozca una suma determinada a modo de indemnización[4], por la ejecución de dichas prestaciones.
>
> Al respecto, *el Tribunal de Contrataciones del Estado, mediante la Resolución Nº 176/2004.TC-SU, ha establecido lo siguiente: "(...) nos encontramos frente a una situación de hecho, en la que ha habido –**aún sin contrato válido**– un conjunto de prestaciones de una parte debidamente aceptadas - y utilizadas por la otra, hecho que no puede ser soslayado para efectos civiles. En este sentido, cabe señalar que, conforme al artículo 1954 del Código Civil, el ordenamiento jurídico nacional no ampara en modo alguno el enriquecimiento sin causa. En efecto, no habiéndose suscrito el contrato correspondiente, no ha existido fundamento legal ni causa justa para dicha atribución patrimonial que sustente el enriquecimiento indebido en el que ha incurrido la Entidad, circunstancias que deberá ser ventilada por las partes en la vía correspondiente." (El resaltado es agregado).*
>
> Bajo esta consideración, corresponde añadir que esta Dirección Técnico Especializada mediante diversas opiniones[5] ha desarrollado los elementos que deben concurrir para que se configure un enriquecimiento sin causa, los que a saber son: (i) la Entidad se haya enriquecido y el proveedor se haya empobrecido; (ii) que exista conexión entre el enriquecimiento

[3] En este extremo corresponde precisar que los funcionarios son responsables de garantizar que las contrataciones que la Entidad realice con la finalidad de adquirir bienes, servicios y obras se lleven a cabo en observancia de la normativa de Contrataciones del Estado; ello, de conformidad con el artículo 9 de la Ley de Contrataciones del Estado. En esa medida, una situación en donde la Entidad haya adquirido bienes, servicios u obras sin seguir las formalidades, requisitos y procedimientos establecidos en la normativa, podría generar responsabilidad administrativa.

[4] Cabe precisar que el monto reconocido no podría ser considerado como pago en términos contractuales, en la medida que el pago es la consecuencia directa de una obligación válidamente contraída; ni tampoco en términos presupuestales, pues en materia presupuestal el pago constituye la etapa final de la ejecución de un gasto que ha sido válidamente devengado.

[5] Opiniones N°37-2017/DTN, 100-2017/DTN y 112-2018/DTN, entre otras.

de la Entidad y el empobrecimiento del proveedor, la cual estará dada por el desplazamiento de la prestación patrimonial del proveedor a la Entidad; (iii) que no exista una causa jurídica para esta transferencia patrimonial (como puede ser la **ausencia de contrato**); y (iv) que las prestaciones hayan sido ejecutadas de buena fe por el proveedor.

Sobre el particular, es importante mencionar que la obligación de reconocer una suma determinada en favor del proveedor cuando se ha configurado un enriquecimiento sin causa, no emana de la normativa de Contrataciones del Estado, menos aún del contrato (pues este no tiene valor para la mencionada normativa); sino de un principio general del Derecho, según el cual "nadie puede enriquecerse a expensas de otro", que se ha positivizado en el artículo 1954 del Código Civil.

En consecuencia, este Tribunal no ingresa a determinar las formalidades y/o procedimientos que observó la entidad para reconocer una obligación, cuya fuente es distinta al contrato y a la normativa de contrataciones del Estado, pues ello excedería la habilitación legal conferida por el literal o) del artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado. **Por tanto, ello fue determinado por la Entidad, como resultado de un análisis del Derecho aplicable (normas, jurisprudencia y doctrina) y de sus normas de organización interna**.

Así, de acuerdo a lo establecido artículo 1954 del Código Civil, la Entidad– en una decisión de su exclusiva responsabilidad– podría reconocerle al proveedor una suma determinada **a modo de indemnización** por haberse beneficiado de las prestaciones ejecutadas por este, en ausencia de un contrato válido para la normativa de Contrataciones del Estado; siempre– claro está– que hayan concurrido los elementos necesarios para la configuración del **enriquecimiento sin causa[6].**

74. En ese sentido, El Tribunal, estima que las acciones adoptadas por la ENTIDAD para declarar la nulidad de la OC-GI N° 0000560 han sido correctas, siguiendo y respetando la normativa en Contrataciones del Estado, por lo tanto, la presente pretensión debe declararse

[6] En este extremo corresponde señalar que la acción por enriquecimiento sin causa es un remedio extraordinario para los cambios injustificados de riqueza entre dos sujetos. Esta afirmación encuentra sustento en el artículo 1955, que determina el carácter **subsidiario** de la acción por enriquecimiento sin causa: *"Artículo 1955: "La acción a que se refiere el artículo 1954 no es procedente cuando la persona que ha sufrido el perjuicio puede ejercitar otra acción para obtener la respectiva indemnización".*

INFUNDADA, determinándose la invalidez e ineficacia de la OC-GI N° 0000560.

B) <u>Sobre la Segunda Pretensión:</u>

"Determinar si corresponde o no que se declare nulo y/o sin efecto legal la Carta N° 005-2021-OAOGA-MINSA, con fecha de emisión 07 de enero de 2021, notificada a nuestra representada el día 07 de enero del 2021; a través de la cual se nos informa la APLICACIÓN DE PENALIDAD por 13 días calendario de retraso de la Orden de Compra – Guía de Internamiento Nro. 0000560 "Adquisición de Cilindros para Oxígeno Medicinal de 10m3 para establecimientos de salud del Ministerio de Salud", porque la penalidad resulta inaplicable a mi representada".

- **Posición del Demandante:**

75. El DEMANDANTE manifiesta que, luego de cumplir cabalmente con la entrega de los bienes: 2,200 cilindros de oxígeno de 10m3 - marca Norris, mediante Carta S/N de fecha 14 de agosto de 2020, se procedió con el envío de la Factura Electrónica N° E001-449 correspondiente a la adquisición de los cilindros de oxígeno, para que la Entidad cumpla con el pago correspondiente por los bienes adquiridos, conforme a Ley. Y al respecto, mediante Petición Administrativa de cumplimiento de pago de la Orden de Compra - Guía de Internamiento N 0000560, de fecha 19 de octubre de 2020, dirigida a la Ministra de Salud, Viceministro de Prestaciones y Aseguramiento, Director General de la Oficina General de Administración y al Director Ejecutivo de la Oficina de Abastecimiento de la ENTIDAD, en donde manifestó que la ENTIDAD al obtener una prestación por parte de un proveedor, tendría derecho a exigir que se le reconozca la contraprestación.

76. El DEMANDANTE apunta que, solicitó a la ENTIDAD el cumplimiento de sus obligaciones en relación al pago de la contraprestación derivada de la orden de compra, de fecha 19 de junio de 2020, por la adquisición de 2,200 unidades de cilindros de oxígeno medicinal de 10m3 para los establecimientos de salud de dicho Ministerio, por un valor total de S/ 3 740,000 (tres millones setecientos cuarenta mil con 00/100 soles) y por el

sobrecosto generado por la propia ENTIDAD, ascendente al monto de 73,095.94 (setenta y tres mil noventa y cinco con 00/100 soles) por el flete terrestre de Houston a Detroit, a favor del DEMANDANTE.

77. Asimismo, el DEMANDANTE advierte que, a través del Informe Técnico N° 1046-2020-UAP-OAOGA/MINSA, de fecha 02 de noviembre de 2020, la ENTIDAD señala que se deja sin efecto la Orden de Compra N° 0000560, determinando que, como consecuencia de la evaluación de los actos desarrollados para la contratación, la oferta presentada por el DEMANDANTE, no acreditaba el cumplimiento de los requisitos de calificación referidos a la experiencia del postor en la especialidad y la capacidad técnica y profesional del personal clave.

78. El DEMANDANTE destaca que, mediante una misiva de fecha 05 de noviembre de 2020, expresamos nuestro asombro sobre lo informado por la ENTIDAD, cuando se habla cumplido con la totalidad de la entrega de los productos, por lo que, se solicitó respuesta a nuestra petición administrativa de su obligación de pago sobre la orden de compra antes señalada. Es así que, a requerimiento de la ENTIDAD, se sostuvo una reunión vía Zoom convocada por los ejecutivos: Sr. Pio Cabrejos Barragán (Director Ejecutivo de la Oficina de Abastecimiento), Srta. Johana Barrera Ramírez (Jefe de la Unidad de Adquisiciones y Programación), manifestando recién en dicha reunión, se remitiesen los documentos que acrediten tos requisitos de calificación (Experiencia del Postor en la Especialidad y la Capacidad Técnica y Profesional del personal clave), siendo esta solicitud inoportuna, cuando los bienes fueron entregados en su totalidad.

79. El DEMANDANTE indica que, mediante Resolución Directoral N° 565-2020-OGA/MINSA emitida por la Entidad, reconocieron bajo el supuesto de enriquecimiento sin causa, la deuda a favor de mi representada, ascendente al monto de S/ 3 740,000.00 (Tres millones setecientos cuarenta mil con 00/100 soles), previa aplicación de penalidad que asciende a la suma de S/ 303,875.00 (trescientos tres mil ochocientos setenta y cinco con 00/100 soles). Es así como, con fecha 07 de diciembre de 2020, el DEMANDANTE recibió el pago por el importe de S/ 3 323,925.00 (Tres millones trescientos veintitrés mil novecientos

veinticinco con 00/100 soles), monto que no se ajustaba al importe de nuestra factura, quedando una diferencia por cancelar de S/ 416,075.00 (cuatro cientos dieciséis mil setenta y cinco y 00/100 soles).

80. El DEMANDANTE señala que, en reiteradas ocasiones remitimos distintas misivas de fechas 18/12/2020, 29/12/2020 y 06/01/2021. solicitando el pago completo por la contratación de la adquisición de 2,200 cilindros de oxígeno medicinal 10m3. Asimismo, manifestamos que mi representada tuvo que solventar de su propio dinero el costo del flete terrestre de Houston a Detroit, monto ascendente a S/ 73,095.94 (setenta y tres mil noventa y cinco con 94/100 soles), con la finalidad de que los bienes lleguen oportunamente para el uso en tos establecimientos de salud a nivel nacional.

81. El DEMANDANTE manifiesta que, en respuesta a las misivas de fechas 29/12/2020 y 06/01 /2021, con fecha 07 de enero de 2021, fuimos notificados con Carta N 005-2021-OA-OGA/MINSA y el Informe Técnico N 1123-2020-UAP-OAOGA/MINSA, sustentando la aplicación de penalidad del monto total de la OC N° 0000560 por 13 días calendario de retraso en la entrega de los cilindros de oxígeno medicinal 10m3, efectuando el cálculo por mora ascendente al monto de S/ 303,875.00 (trescientos tres mil ochocientos setenta y cinco con 00/100 soles). Así también, señalaron que en relación al reconocimiento del pago por el flete de Houston a Detroit por el monto de S/ 73,095.94 (setenta y tres mil noventa y cinco con 94/100 soles), dentro de las especificaciones técnicas no se contemplaron dicho alcance para el cumplimiento de la contratación efectuada, por lo tanto, cuestionablemente no reconocieron la pretensión, ante la ausencia de las formalidades conforme a lo señalado en la primera pretensión, la ENTIDAD ha realizado una aplicación de penalidad injusta, puesto que el aprovisionamiento de los cilindros de oxígeno, se hizo en el contexto mundial de la gran demanda de oxígeno medicinal.

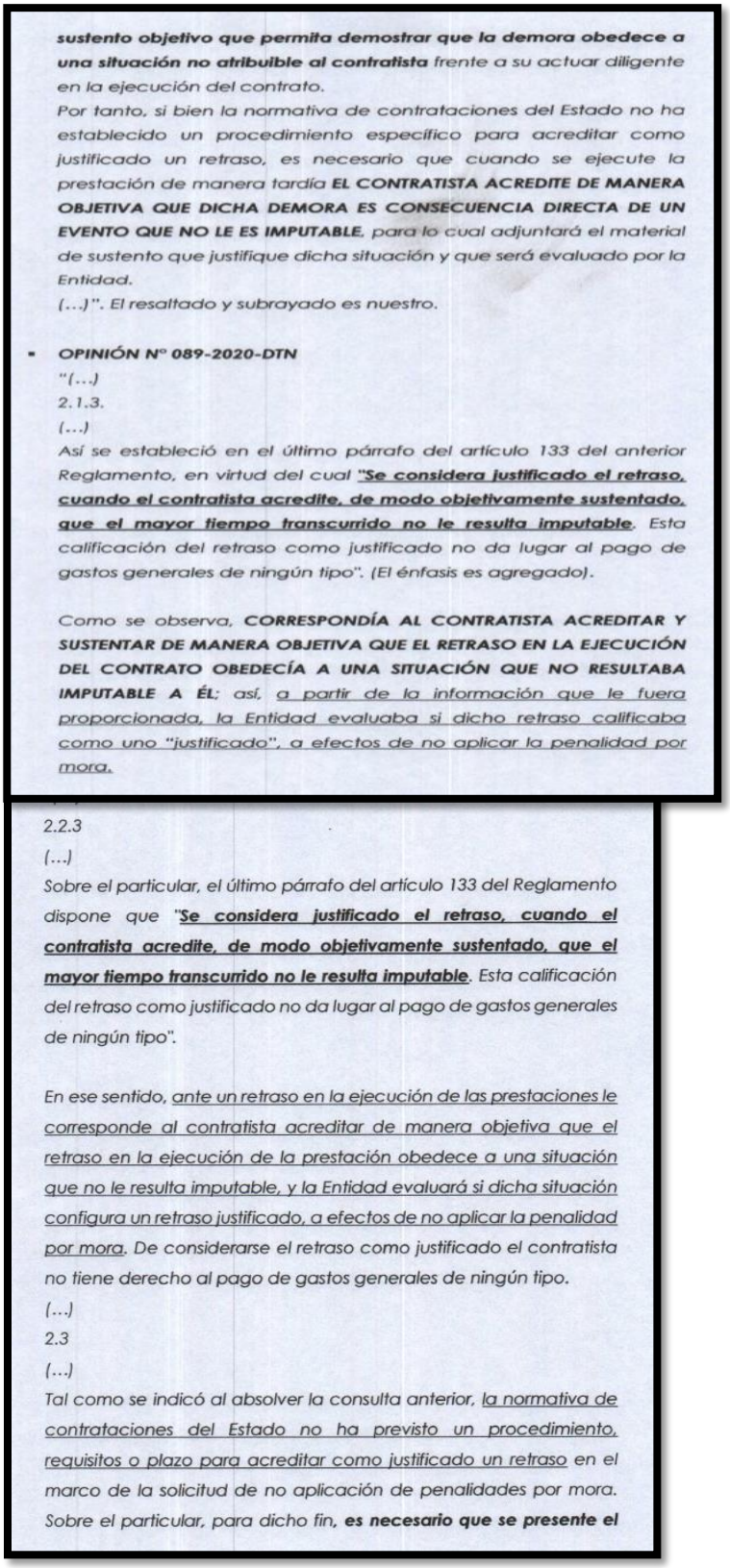
82. Así también, el DEMANDANTE resalta que, con el propósito de atender el pedido urgente de la ENTIDAD para la entrega oportuna de los lotes de cilindros de oxígeno, a pedido del Ministerio, tuvo que modificar la ruta de transporte de los productos de EEUU a Perú, prevista a realizarse vía marítima hasta el puerto de El Callao - Lima, teniendo que trasladar

el producto de Houston - Texas (lugar de fabricación) hasta Detroit - Michigan, lugar de donde salían los vuelos humanitarios en plena pandemia para su ingreso al Perú.

83. El DEMANDANTE señala que, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 162.5 del artículo 162 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N 344-2018-EF, se establece lo siguiente:

> ***"Articulo 162.- Penalidad por mora en la ejecución de la prestación***
> *(...)*
> *162.5. El retraso se justifica a través de la solicitud de ampliación de plazo debidamente aprobado. Adicionalmente. se considera justificado el retraso y en consecuencia no se aplica penalidad, cuando el contratista acredite, de modo objetivamente sustentado que el mayor tiempo transcurrido no le resulta imputable. En ese último caso, la calificación del retraso como justificado por parte de la Entidad no da lugar al pago de gastos generales ni costos directos de ningún tipo. (El resaltado Y Subrayado Es Nuestro).*
> *(...)*

84. El DEMANDANTE refiere sobre las siguientes opiniones emitidas por la Dirección Técnico Normativa del OSCE, que se detallan a continuación:



sustento objetivo que permita demostrar que la demora obedece a una situación no atribuible al contratista *frente a su actuar diligente en la ejecución del contrato.*

Por tanto, si bien la normativa de contrataciones del Estado no ha establecido un procedimiento específico para acreditar como justificado un retraso, es necesario que cuando se ejecute la prestación de manera tardía ***EL CONTRATISTA ACREDITE DE MANERA OBJETIVA QUE DICHA DEMORA ES CONSECUENCIA DIRECTA DE UN EVENTO QUE NO LE ES IMPUTABLE****, para lo cual adjuntará el material de sustento que justifique dicha situación y que será evaluado por la Entidad.*

(...)". El resaltado y subrayado es nuestro.

- ***OPINIÓN Nº 089-2020-DTN***

"(...)

2.1.3.

(...)

Así se estableció en el último párrafo del artículo 133 del anterior Reglamento, en virtud del cual ***"Se considera justificado el retraso, cuando el contratista acredite, de modo objetivamente sustentado, que el mayor tiempo transcurrido no le resulta imputable****. Esta calificación del retraso como justificado no da lugar al pago de gastos generales de ningún tipo". (El énfasis es agregado).*

Como se observa, ***CORRESPONDÍA AL CONTRATISTA ACREDITAR Y SUSTENTAR DE MANERA OBJETIVA QUE EL RETRASO EN LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO OBEDECÍA A UNA SITUACIÓN QUE NO RESULTABA IMPUTABLE A ÉL****; así, a partir de la información que le fuera proporcionada, la Entidad evaluaba si dicho retraso calificaba como uno "justificado", a efectos de no aplicar la penalidad por mora.*

2.2.3

(...)

Sobre el particular, el último párrafo del artículo 133 del Reglamento dispone que ***"Se considera justificado el retraso, cuando el contratista acredite, de modo objetivamente sustentado, que el mayor tiempo transcurrido no le resulta imputable****. Esta calificación del retraso como justificado no da lugar al pago de gastos generales de ningún tipo".*

En ese sentido, ante un retraso en la ejecución de las prestaciones le corresponde al contratista acreditar de manera objetiva que el retraso en la ejecución de la prestación obedece a una situación que no le resulta imputable, y la Entidad evaluará si dicha situación configura un retraso justificado, a efectos de no aplicar la penalidad por mora. De considerarse el retraso como justificado el contratista no tiene derecho al pago de gastos generales de ningún tipo.

(...)

2.3

(...)

Tal como se indicó al absolver la consulta anterior, la normativa de contrataciones del Estado no ha previsto un procedimiento, requisitos o plazo para acreditar como justificado un retraso en el marco de la solicitud de no aplicación de penalidades por mora. Sobre el particular, para dicho fin, ***es necesario que se presente el***

85. El DEMANDANTE indica que, la normativa de contratación pública reconoce y recoge la posibilidad que el retraso en que pueda incurrir un contratista sea calificado como justificado en el marco de lo dispuesto en el numeral 162.5 del artículo 162 del RLCE (antes artículo 133). Por ello y en aplicación del principio de legalidad, resulta valido los hechos objetivos, los que encontraban debidamente sustentados y documentados, y que respondían a hechos ajenos al DEMANDANTE, causas vinculadas a los efectos en los procesos económicos y productos derivados de la pandemia mundial.

86. El DEMANDANTE refiere que en ese sentido, advirtiéndose del análisis procedimental, contenido y alcance de la decisión adoptada por la ENTIDAD, que la misma adolece de la debida motivación y sustentación (Carta N 005-2021-OA- OGA/MINSA), ya que no tomo en consideración todos los elementos objetivos presentados para la aprobación de la ampliación de plazo, así como los hechos y circunstancias señaladas precedentemente además de no haber remitido los documentos que motivaron dicha respuesta, inobservando el principio de debida motivación y de legalidad.

87. El DEMANDANTE remarca que, se debe reconocer el retraso en la entrega de los productos dentro del contexto de la Orden de Compra - guía de Internamiento N° 0000560, destinada a la "adquisición de 2,200 cilindros de oxígeno medicinal 10m3", y que no es una causal imputable a CS BEAVER S.A.C., sino que deviene por las modificaciones solicitadas y acordadas por la ENTIDAD sumadas a las causales de fuerza mayor de orden mundial, como lo es por la Pandemia por el COVID-19.

- **Posición de la Entidad:**

88. La ENTIDAD recalca que el DEMANDANTE manifiesta que en respuesta a sus misivas de fechas 29 de diciembre de 2020 y 06-01-2021, fueron notificados con la Carta N°005-2021-OA-OGA/MINSA y el Informe N°1123-2020-UAP-OA-OGA/MINSA sustentando la aplicación

de la penalidad por 13 días calendario de atraso en la entrega de los cilindros de oxígeno medicinal por un monto ascendente a S/303,875.00.

89. La ENTIDAD indica el DEMANDANTE subraya que la aplicación de la penalidad es injusta puesto que el aprovisionamiento de los cilindros de oxígenos se hizo en el contexto mundial de la gran demanda de oxígeno medicinal.

90. Asimismo indica que el DEMANDANTE manifiesta lo siguiente: "(…) mi representada con el propósito de atender el pedido urgente del Ministerio de Salud para la entrega oportuna de los lotes de cilindros de oxígeno, a pedido del Ministerio, tuvo que modificar la ruta de transporte de los productos de EEUU a Perú, prevista a realizarse vía marítima hasta el puerto de El Callao – Lima, teniendo que trasladar el producto de Houston-Texas (lugar de fabricación) hasta Detroit – Michigan, lugar donde salían los vuelos humanitarios en plena pandemia para su ingreso al Perú" (el subrayado y negrita es agregado)

91. La ENTIDAD remarca que el DEMANDANTE cita diversas opiniones emitidas por el OSCE, indica que la normativa de contratación pública reconoce y recoge la posibilidad que el retraso en que pueda incurrir un contratista sea calificado como justificado en el marco de lo dispuesto en el numeral 162.5 del Reglamento; y por ello considera que la decisión adoptada por la Entidad (Carta N°005-2021-OA-OGA/MINSA), adolece de la debida motivación y sustentación, ya que no tomó en consideración todos los elementos objetivos presentados por la aprobación de la ampliación de plazos, así como los hechos y circunstancias señaladas.

92. La ENTIDAD menciona que, respecto a esta pretensión, y con relación a su relato sobre la aplicación de penalidades, debemos precisar que el plazo de ejecución de la contratación directa materializada a través de la OC N°000560, en las especificaciones técnicas, se estableció de la siguiente manera:

> *"15. PLAZO DE ENTREGA:*
> *El plazo máximo de entrega del bien es hasta cuarenta y cinco (45) días calendarios, computados a partir del día siguiente del perfeccionamiento del Contrato o de la notificación de la Orden de Compra."*

93. La ENTIDAD alude que, el plazo establecido en la cotización presentada por la empresa se observa que ofertan 2200 unidades de marca NORRIS, de origen, fabricación y certificación USA, de acuerdo al siguiente plazo:

- 200 cilindros: 20-07-2020
- 2000 cilindros: 40 días

94. La ENTIDAD aclara que, al haberse establecido un plazo único y no un suministro, se consideró en la OC N°000560 el plazo de cuarenta (40) días calendario, el mismo que se computa, conforme a las condiciones establecidas por el área usuaria, a partir del día siguiente de la notificación de la Orden de Compra.

95. La ENTIDAD establece que, habiéndose notificado la OC N°000560 el 20 de junio de 2020, el plazo de la ejecución vencía el 30 de julio de 2020. Es a razón de dicho vencimiento y de la entrega de los bienes concluida el 12 de agosto de 2020 que se determinó que la empresa incurrió en un atraso de 13 días calendario, efectuándose el cálculo de una penalidad por mora ascendente a S/303,875.00 (Trescientos Tres Mil Ochocientos Setenta y Cinco con 00/100 soles).

96. La ENTIDAD anota que, respecto a dicho atraso, la empresa, con fecha 30 de julio del 2020, a través de correo electrónico, presento una solicitud de ampliación de plazo, señalando como hecho generador de atraso motivos de fuerza mayor: (i) fabricante tuvo problemas en su línea de producción, la máquina de estampado (grabado) de números de serie se malogró, ocasionado 2 días de atraso y, (ii) debido a las normativas americanas en la nueva coyuntura hay una escasez de conductores de camión para el traslado de los contenedores ya que nadie quiere hacer

viajes interprovinciales. Indicando que esos dos motivos hicieron perder su cupo ya separado en la nave al Callao y, según su solicitud, la última entrega se realizaría el 15 de agosto del 2020.

97. La ENTIDAD advierte que, en la comunicación emitida por el fabricante NORRIS (su proveedor), de fecha 27 de julio del 2020, se parecía que este señala: "Norris lamenta informarle que la orden de compra de referencia ha tenido que ser reprogramada para su envío, cambiando de fecha del 15 de julio al 27 de julio debido a las demoras con la adquisición de materiales y problemas de logística con el tránsito. Lamentamos las molestias debido a este retraso imprevisto (traducción no oficial).

98. La ENTIDAD sostiene que, siendo la fecha de vencimiento del plazo de entrega el 31-07-2020 al 27/07-2020 los equipos todavía no estaban listos para su envió. Por lo tanto, la empresa no podría cumplir con el plazo ofertado.

99. La ENTIDAD hace mención que, a través de la Carta N°131-2020-OGA/MINSA, notificada el 12 de agosto del 2020, conforme a los argumentos expuestos en dicho documento, la ENTIDAD comunicó a la empresa la improcedencia de su solicitud de ampliación de plazo.

100. La ENTIDAD hace referencia al pronunciamiento donde se declara improcedente la ampliación de plazo, indicando que el numeral 158.6 del Reglamento señala que: "Cualquier controversia con la ampliación de plazo puede ser sometida a conciliación y/o arbitraje dentro de los treinta (30) días posteriores a la notificación de esta decisión". Por tal disposición, el DEMANDANTE, teniendo en cuenta que dicha fecha la OC N°000560 se encontraba vigente, de encontrarse en desacuerdo en con el pronunciamiento adverso, estaba habilitada para someter dicha decisión a los medios de solución de controversias establecidos; sin embargo, no se tiene conocimiento del inicio de dicha acción dentro del plazo de caducidad previsto en la normativa, deviniendo en consentido; por lo que carece de objeto emitir mayor análisis respecto a dicho pronunciamiento.

101. La ENTIDAD señala que, al haberse consentido la decisión de ampliación de plazo, todo atraso injustificado, resulta pasible de aplicación de penalidad, situación que se presentó en el caso bajo análisis.

102. La ENTIDAD manifiesta que, es importante indicar en este orden de ideas que, para el reconocimiento directo de la deuda en la vía administrativa por enriquecimiento sin causa, a fin de determinar la configuración de los elementos de dicha figura civil, se ha tenido que evaluar el cumplimiento de una prestación por parte de la empresa y, en ese sentido, se tomó en consideración el monto de la OC N°000560, así como las condiciones y términos de la misma; toda vez que el reconocimiento deviene de una contratación preexistente que, por las razones ya detalladas, se dejó sin efecto. En consecuencia, la ENTIDAD expresa que, en una clara cautela del interés público, debe verificar que la empresa haya cumplido con las condiciones que, en su momento, dieron lugar a la ejecución de la prestación.

103. La ENTIDAD invoca que de suponer que no corresponde aplicar penalidades, como lo indica el DEMANDANTE, estaríamos frente a una posibilidad de que, en una contratación directa por emergencia sujeta a regularización, los proveedores que hubieran incurrido en penalidades (por mora u otras distintas a esta, establecidas en las especificaciones técnicas o términos de referencia) podrían eventualmente generar incumplimientos normativos, como la no presentación de la documentación obligatoria, o no perfeccionar el contrato, dando lugar a que se deje sin efecto la orden, y pretender recurrir posteriormente a la figura del enriquecimiento sin causa, para beneficiarse con una inaplicación de penalidades; lo cual evidentemente resultaría una trasgresión a la normativa y una evidente actuación en contra del principio de integridad consagrado en la Ley de Contrataciones del Estado, en perjuicio directo contra el Estado.

104. La ENTIDAD menciona que, es importante acotar que si bien se dejó sin efecto la orden de compra por los incumplimientos normativos indicados precedentemente, ello no implica desconocer que en su momento y bajo la coyuntura sanitaria actual, se efectuó una contratación bajo ciertas características y condiciones, las cuales precisamente se establecen para garantizar el cumplimiento de la finalidad de la contratación que, en una

contratación de esta naturaleza (contratación directa por emergencia, cuyo carácter de inmediatez es evidente) es de vital importancia que se efectué en el plazo pactado, toda vez que la demora implica un inminente riesgo en la salud y vida de la población, así como un impacto negativo en la atención de la lucha contra la propagación del COVID-19.

105. La ENTIDAD refiere que, se colige que la carta mediante la cual se comunicó la penalidad aplicada es válida y surte efectos, y asimismo la penalidad fue aplicada de conformidad con el evidente incumplimiento del plazo de la obligación a cargo de la empresa; razón por la cual esta pretensión no debe ser amparada.

- **Posición del Tribunal Arbitral:**

106. En este punto y habiéndose declarado infundada la primera pretensión de la demanda, y, por ende, inválida e ineficaz la OC-GI N° 0000560 que la propia ENTIDAD declaró nula, este Tribunal considera que la presente pretensión no puede ampararse, pues al no existir contrato alguno que vincule a ambas partes, no podría tampoco aplicarse una penalidad por algo que no se ha pactado, ya que la penalidad se establece por pacto o por ley conforme lo establece el Art. 1341 del Código Civil, a saber:

"Artículo 1341.- El pacto por el que se acuerda que, en caso de incumplimiento, uno de los contratantes queda obligado al pago de una penalidad, tiene el efecto de limitar el resarcimiento a esta prestación y a que se devuelva la contraprestación, si la hubiere; salvo que se haya estipulado la indemnización del daño ulterior. En este último caso el deudor deberá pagar el integro de la penalidad, pero ésta se computa como parte de los daños y perjuicios si fueran mayores.

107. Al respecto y analizando la naturaleza jurídica de la cláusula penal, Osterling menciona que:
"La cláusula penal se tipifica por ser una estipulación accesoria, subsidiaria y condicional.
La cláusula penal es accesoria porque existe en razón de una obligación principal. Sin ésta, la cláusula penal carecería de función jurídica: la cláusula penal constituye la valuación anticipada de los daños y perjuicios que causaría la inejecución de la obligación principal.

Por ello, la nulidad de la obligación principal origina la nulidad de la cláusula penal. Pero la nulidad de la cláusula penal no lleva consigo la de la obligación principal (artículo 1345 del Código Civil). Además, si la obligación principal se extingue sin culpa del deudor, queda también extinguida la cláusula penal.
La cláusula penal es subsidiaria porque no sustituye a la obligación principal; ella no permite al deudor liberarse de la obligación principal prometiendo cumplir la pena. La cláusula penal puede exigirla el acreedor, en caso de incumplimiento, y no el deudor. Se trata pues de una medida de seguridad del cumplimiento de la obligación principal, que la acompaña y no l reemplaza.
La cláusula penal, por último, es una obligación condicional, porque para exigirla se requiere que el deudor incumpla la obligación principal; y este incumplimiento es un hecho futuro e incierto del que depende su exigibilidad.

108. En ese sentido, habiéndose declarado la invalidez de la Orden de Compra – Guía de Internamiento Nro. 0000560 "Adquisición de Cilindros para Oxígeno Medicinal de 10m3 para establecimientos de salud del Ministerio de Salud" y por tanto INFUNDADA la primera pretensión, con forme las razones antes expuestas, y siendo la penalidad accesoria de una obligación principal, no existiendo ésta, se debe desestimar su aplicación y por tanto FUNDADA la pretensión contenida en el presente punto controvertido.

C) <u>Sobre la Tercera Pretensión:</u>

"Determinar si corresponde o no que si se reconoce la invalidez y/o ineficacia de la Orden de Compra – Guía de Internamiento Nº 0000560-2020 "Adquisición de Cilindros para Oxígeno Medicinal de 10m3 para establecimientos de salud del Ministerio de Salud, como consecuencia también se reconozca la invalidez y/o ineficacia de la penalidad aplicada mediante la Carta Nº 005-2021-OAOGA-MINSA".

- **Posición del Demandante:**

109. Conforme a los argumentos descritos en la primera y segunda pretensión, y ante los hechos acontecidos, mi representada interpuso

Solicitud Arbitral, en señal de nuestra disconformidad y discrepancia en relación con la Carta N 005-2021-OGA/MINSA, de fecha 07 de enero de 2021, emitida por la Entidad. Ante la solicitud enviada, la Entidad con fecha 28 de enero de 2021 da respuesta a nuestra Solicitud arbitral mediante Carta N 36-2021 -OA-OGA/MINSA e Informe N 081 -2021 -UAPOA-OGA/MJNSA, manifestando que NO CORRESPONDE el inicio de arbitraje, dada la AUSENCIA de un convenio arbitral, por lo tanto, dejan sin efecto a la Orden de Compra N° 0000560, porque mi representada no cumplió con acreditar los requisitos de calificación referidos a la experiencia del postor en la especialidad y la capacidad técnica y profesional del personal clave.

110. Debemos precisar que, mediante Resolución Directoral N 565-2020-OGA/MINSA, la Entidad reconoció bajo el supuesto de enriquecimiento sin causa el pago ascendente al monto de S/ 3 740,000.00 (tres millones setecientos cuarenta mil con 00/100 soles), por la adquisición de 2,200 cilindros de oxígeno de 10m3, previa aplicación de penalidad ascendente a S/ 303,875.00 (trescientos tres mil ochocientos setenta y cinco 00/100 soles), quedando demostrado que no existe contrato por la entrega de los cilindros de oxígeno de 10m3.

111. En ese contexto, existe una contradicción en relación con que no existe ningún contrato por haber dejado sin efecto la Orden de Compra N°0000560-2020, por lo tanto, NO CORRESPOND1A aplicar penalidad al monto total de la orden de compra, a favor de mi representada, por NO EXISTIR un vínculo contractual que VALIDE una obligación jurídicamente exigible, esto es que si, aplico la penalidad por la orden de compra, la Entidad si la considera valida y eficaz.

112. En consecuencia, una vez declarada la nulidad y/o ineficacia de la penalidad interpuesta por la Entidad en contra de mi representada corresponde la restitución de la suma de S/ 303,875.00 (trescientos tres mil ochocientos setenta v cinco 00/100 soles).

113. Respecto al monto a restituirse deberá de incluir el interés compensatorio de conformidad con lo dispuesto por los artículos 1242, 1244, y 1245 del Código Civil peruano:

Que, como podrá analizar oportunamente el Tribunal Arbitral, como consecuencia de este trato injusto y arbitrario por parte de la Entidad, hasta la fecha han transcurrido 6 meses desde que se realizó el pago por la adquisición de los cilindros de oxígeno de 10m3, con la aplicación del arbitrario descuento, por lo cual nos vemos perjudicados económicamente, lo cual impacta en el cumplimiento de nuestras obligaciones con nuestros proveedores y empleados en medio de una crisis mundial que ha afectado la economía mundial de las empresas y de los hogares, generando incluso el despido de trabajadores a consecuencia de estos hechos.

Por tanto, se solicita la devolución del monto retenido arbitrariamente, así como sus intereses legales, los cuales deberán ser calculados desde la fecha en que la Entidad indebidamente retuvo nuestro dinero (07/12/2020 fecha del pago} bajo el argumento de una supuesta penalidad.

- **Posición de la Entidad:**

114. La ENTIDAD manifiesta que, sobre esta pretensión, el DEMANDANTE indica que, por la emisión de la Resolución Directoral N°565-202-OGA/MINSA, con la que se reconoce la deuda a su favor bajo el supuesto de enriquecimiento sin causa, queda demostrado que no existe contrato por la entrega de los cilindros de oxígeno de 10m3, y que, en ese sentido, al no existir ningún contrato por haber dejado sin efecto la orden de compra, no correspondía aplicar la penalidad al monto total de la orden de compra.

115. La ENTIDAD indica que, no obstante, al haberse dejado sin efecto la orden de compra, para efectos del reconocimiento de deuda por enriquecimiento sin causa, es imprescindible analizar el cumplimiento de la prestación cuyo pago es pretender bajo las condiciones que en su oportunidad se establecieron toda vez que se aceptase una situación contraria, se tendría que incluso en cualquier tipo de contratación sujeta al ámbito de aplicación de la Ley de Contrataciones del Estado, los proveedores podrían ejecutar prestaciones (bienes, servicios u obras) con prescindencia se las disposiciones legales y sin ninguna sujeción a los requisitos, características técnicas y condiciones de las contrataciones y,

posteriormente solicitar su pago a través de la figura del enriquecimiento sin causa, sin ser objeto de aplicación de penalidades por incumplimientos en la ejecución de dichas prestaciones.

116. La ENTIDAD manifiesta que, es necesario tener en cuenta que para la determinación de la configuración de los elementos del enriquecimiento sin causa se requiere que previamente el área usuaria emita conformidad sobre la ejecución de la prestación a cargo del proveedor y en ese sentido, las áreas usuarias deben indicar si la prestación se ejecutó conforme a las condiciones establecidas, entre ellas el plazo. Es así que, de acuerdo a lo informado por el área usuaria y conforme a la información obrante en el expediente, en el caso concreto se aplicó la penalidad por el atraso incurrido por la empresa.

117. La ENTIDAD señala que, la comunicación emitida mediante Carta N° 005-2021-OA-OGA/MINSA es un documento que contiene la comunicación de la penalidad aplicada, además de acompañar el Informe Técnico N° 1123-2020-UAP-OA-OGA/MINSA que contiene el detalle del cálculo de penalidades aplicadas.

118. Por dichos argumentos, la ENTIDAD considera que no corresponde amparar la tercera pretensión.

- **Posición del Tribunal Arbitral:**

119. Sobre esta pretensión, el Tribunal Arbitral estima que, conforme lo establecido en la primera pretensión, recogida en el primer punto controvertido, en donde se ha declarado la invalidez de la Orden de Compra – Guía de Internamiento Nº 0000560-2020 "Adquisición de Cilindros para Oxígeno Medicinal de 10m3 para establecimientos de salud del Ministerio de Salud y en función a ello se ha determinado, también, que no existiendo contrato que vincule a las partes, no corresponde aplicar penalidad alguna, más aún cuando La entidad decidió que la controversia respecto de la adquisición de los bienes indicados en Orden de Compra – Guía de Internamiento Nº 0000560-2020, se resolviera, conforme lo establecido por el art. 1954 del Código

civil y conforme las Opiniones del OSCE[7], antes descritas, la presente pretensión debe ampararse, pues al no existir contrato alguno que vincule a ambas partes, no podría penalizarse al Demandante.

120. En ese sentido, la tercera pretensión de la demanda debe ampararse y declararse la invalidez y/o ineficacia de la penalidad aplicada mediante la Carta Nº 005-2021-OAOGA-MINSA.

D) <u>Sobre la Cuarta Pretensión:</u>

"Determinar si corresponde o no que se reconozca el pago por el flete terrestre de Houston a Detroit, toda vez que, a pedido del Ministerio, tuvo que modificarse la ruta de transporte de los productos de EE. UU. a Perú. "

- **Posición del Demandante:**

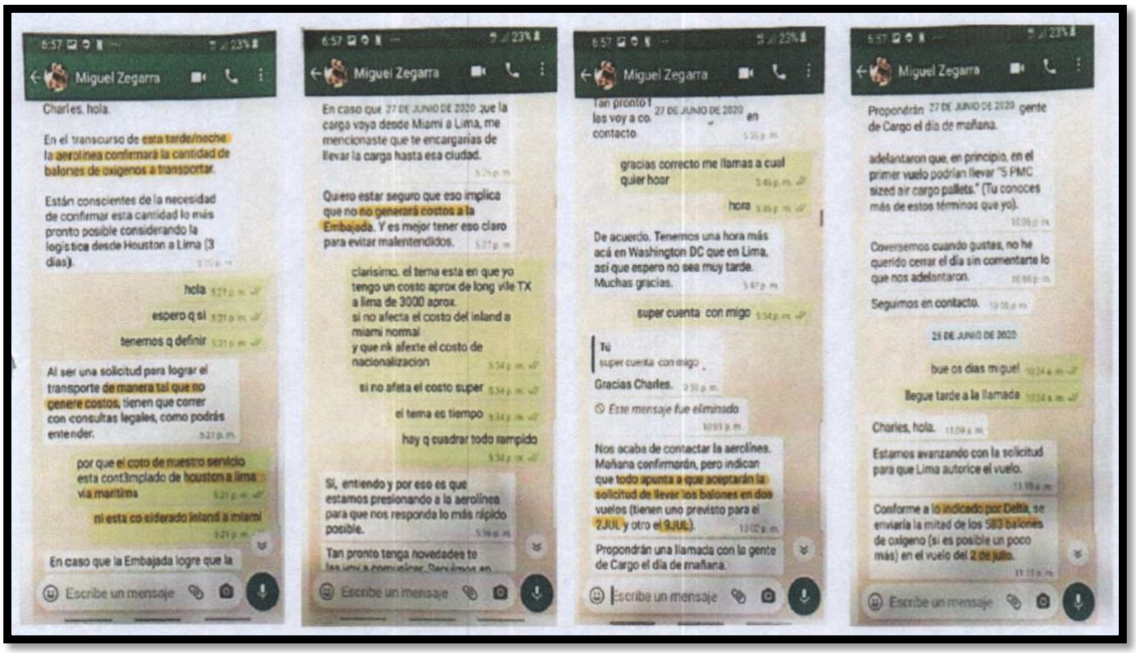
121. El DEMANDANTE menciona que, el aprovisionamiento de los cilindros de oxígeno que realizo a favor del ENTIDAD se realizó en el contexto mundial de la gran demanda de oxígeno medicinal a nivel mundial, por lo que, frente a la escasa oferta, mi representada importo los cilindros de oxígeno de EE.UU., garantizando una excelente calidad del producto de marca NORRIS (procedencia y certificación americana) y la entrega en el menor tiempo posible.

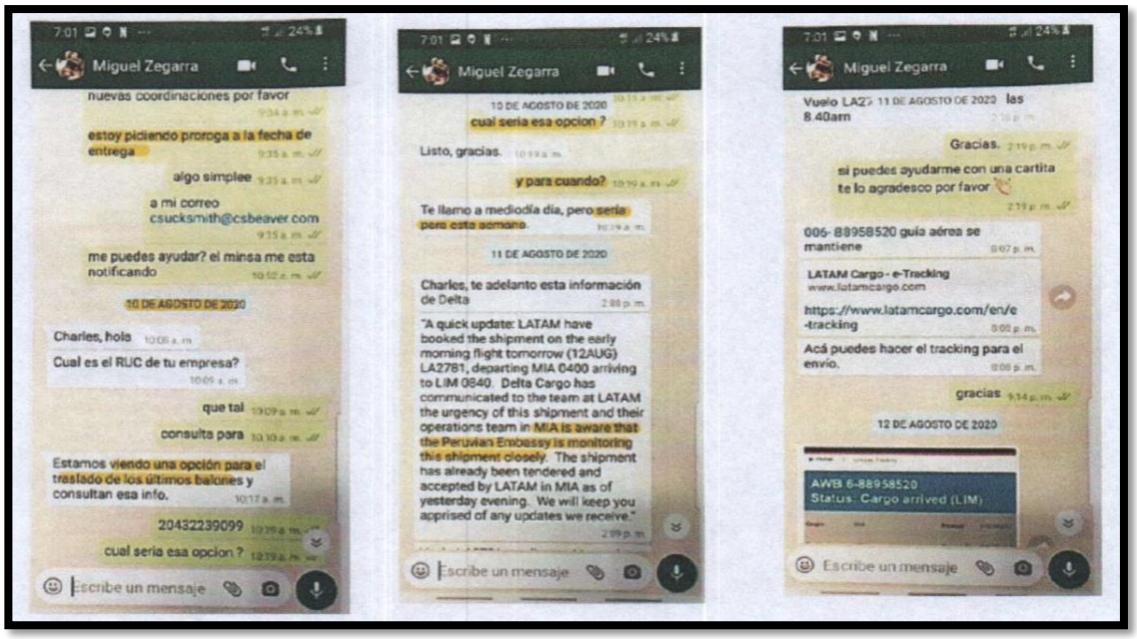
122. El DEMANDANTE indica que con el fin de atender el pedido urgente del Ministerio de Salud, para la entrega oportuna de los lotes de cilindros de oxígeno, a pedido de la ENTIDAD, tuvo que modificar la ruta de transporte de los productos de EE.UU. a Perú, prevista a realizarse vía marítima hasta el puerto de El Callao - Lima, teniendo que trasladar el producto de Houston - Texas (lugar de fabricación) hasta Detroit - Michigan, lugar de donde salían los vuelos humanitarios en plena pandemia para su ingreso al Perú.

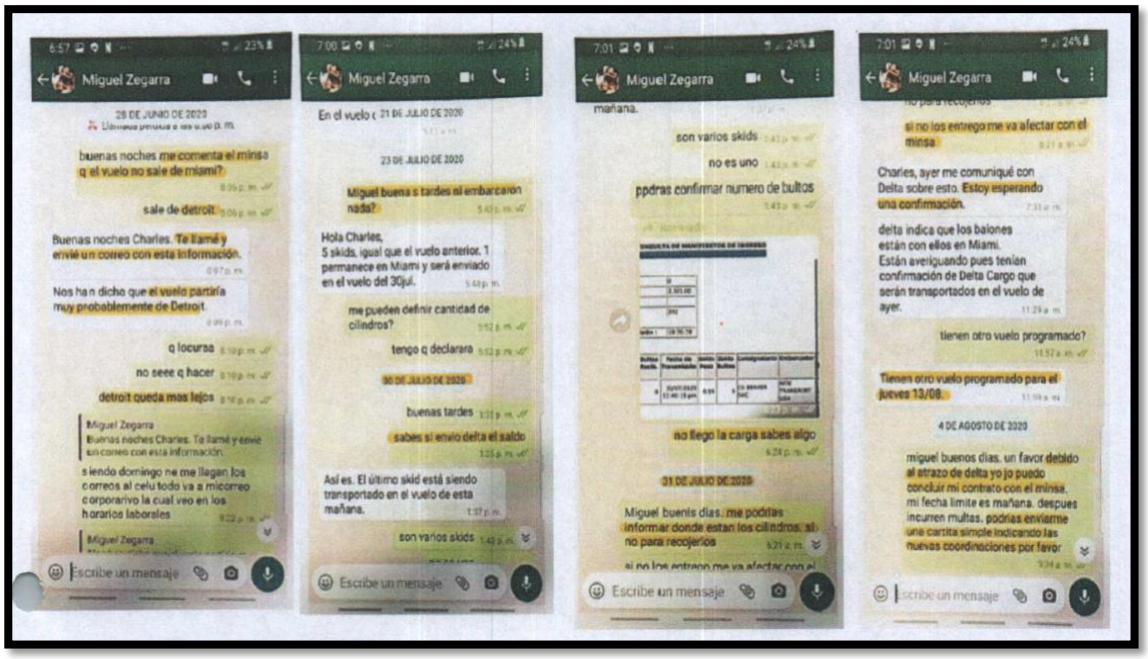
[7] [7] Opiniones N°37-2017/DTN, 100-2017/DTN y 112-2018/DTN, entre otras.

123. El DEMANDANTE precisa que esta modificación de ruta y medio de transporte motivó costo adicional que alcanza el monto de S/ 73,095.94 (setenta y tres mil noventa y cinco con 00/100 soles), por el flete terrestre de Houston a Detroit, gasto que no ha sido reconocido por el ENTIDAD, pese a que existen comunicaciones de coordinación entre los funcionarios del ENTIDAD (Sr. Daniel Calderón) y la Embajada de Perú (Sr. Miguel Zegarra), habiéndose negado incluso una ampliación de plazo al no haber logrado embarcar los cilindros en el vuelo humanitario que supuestamente la ENTIDAD habría gestionado por intermedio del Sr. Daniel Calderón Acapana (Jefe de la Unidad de Adquisiciones y Programación-MINSA), sin resultados favorables ocasionando un gasto adicional sumamente alto para el Demandante, lo cual le generó perjuicio por los sobrecostos asumidos en ese traslado (cambio de ruta).

124. El DEMANDANTE menciona que, dichas coordinaciones en la modificación de ruta, lo solicitaron vía correo electrónico y mensaje instantáneo WhatsApp, por el funcionario Sr. Miguel Zegarra Valente (Asesor de la embajada peruana en Estado Unidos), que se desvié con un operador aéreo (Delta Airlines) la carga de los balones de oxígeno, señalando que por intermedio de la Presidencia del Consejo de Ministros se lograría acelerar la llegada de los productos a territorio nacional para el abastecimiento de los establecimientos de salud:



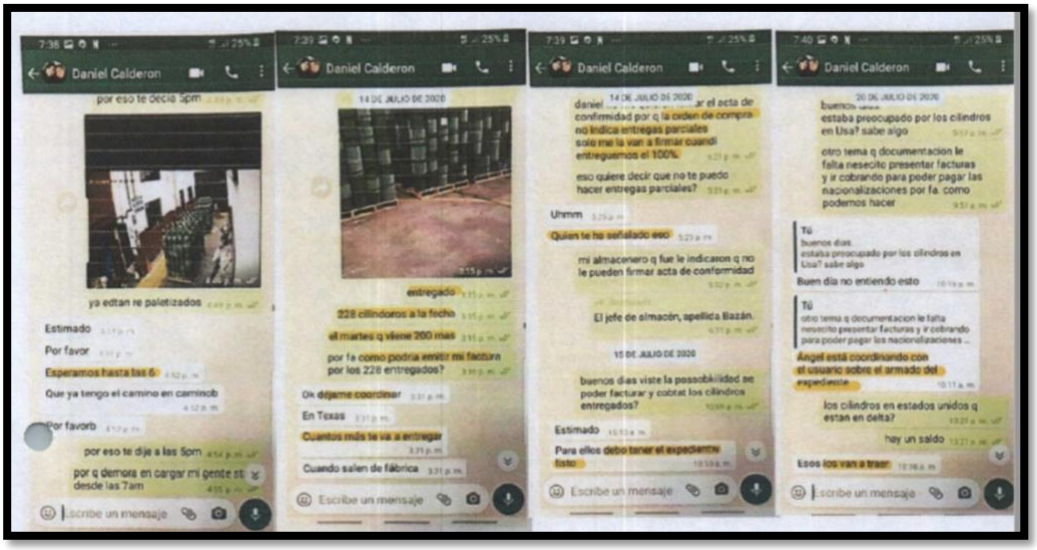


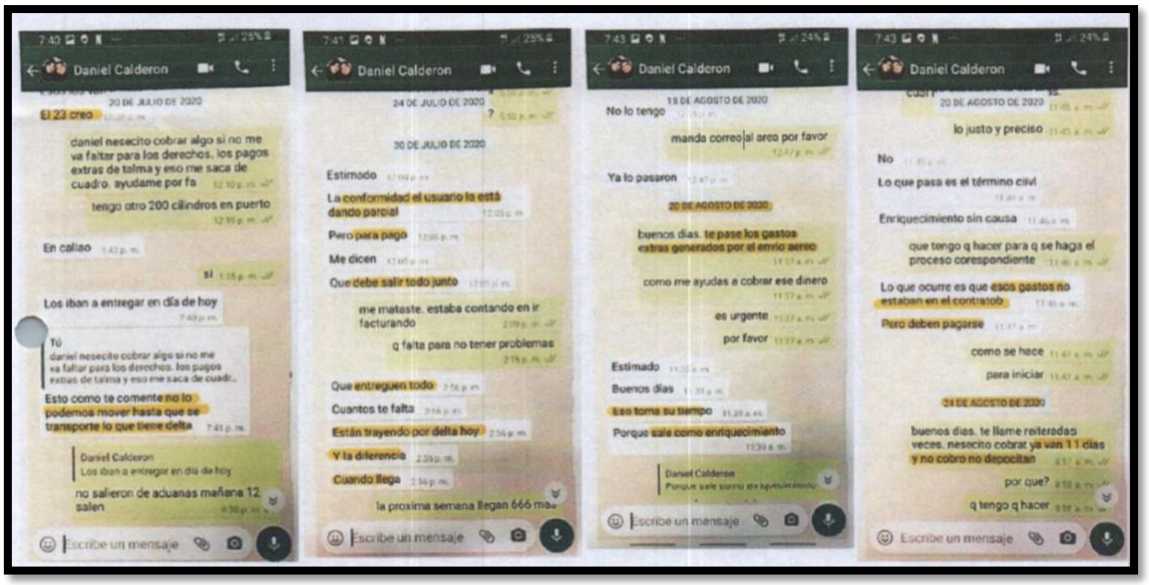


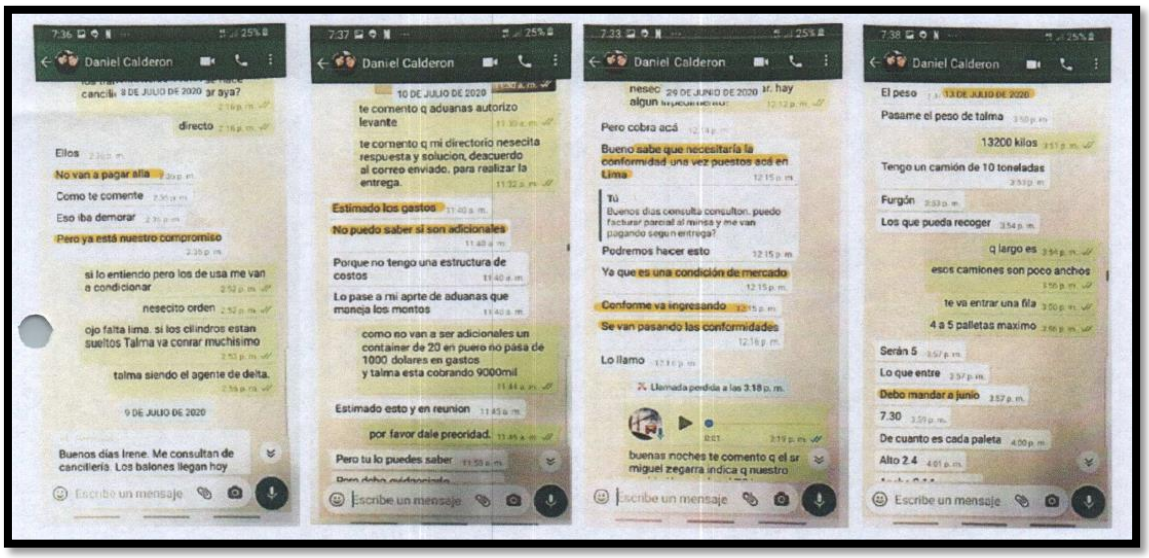
125. El DEMANDANTE alude que, por intermedio del Sr. Miguel Zegarra Valente (consejero de la embajada peruana en Estado Unidos), se realizaron las coordinaciones con la aerolínea para acelerar la llegada de los productos a Perú, visualizándose las fechas en que se realizaron las comunicaciones, señalando el 12 de agosto de 2020 sobre el envío de la última cargo (Guía aérea 006-88958520).

126. Luego el DEMANDANTE precisa que, mediante correos electrónicos el Sr. Hugo Velásquez (representante de la Presidencia del Consejo de ministros) y el Sr. Oscar Suarez Peña (Asesor Diplomático) en coordinación con el Sr. Daniel Calderón Acapana (Jefe de la Unidad de Adquisiciones y Programación - MINSA), realizaron las coordinaciones para el envío de los productos vía área, accediendo el Demandante, pero anteponiendo que dicha modificación generaría un sobrecosto por el flete de traslado del producto de Houston -Texas (lugar de fabricación) hasta Detroit - Michigan, lugar de donde salían los vuelos humanitarios, conforme se visualizan a continuación:

127. El DEMANDANTE subraya que de las imágenes expuestas anteriormente se puede visualizar que el Sr. Daniel Calderón Acapana, Jefe de la Unidad de Adquisiciones y Programación de la ENTIDAD, tenia pleno conociemiento de las cooordinaciones para el envio de los productos por vía aérea y el sobrecosto generado en relación al gasto del flete por el traslado del prodcuto, señalando que este será reconocido bajo el supuesto de enriqueciemineto sin causa y que debe pagarse.







128. El DEMANDANTE, menciona que, pese a estos inconvenientes provocados por la ENTIDAD, cumplieron con la entrega de las 2,200 unidades de cilindros de oxigeno de 10 m3, producto que ha sido utilizado en todos los establecimientos de salud del MINSA a favor de pacientes con COVID-19.

- **Posición de la Entidad:**

129. La ENTIDAD manifiesta que, según indica la empresa, el aprovisionamiento de los cilindros de oxígeno que realizaron a favor del MINSA se realizó en el contexto mundial de la gran demanda de oxígeno medicinal a nivel mundial, por lo que, frente a la escasa oferta, se importaron de EEUU garantizando una excelente calidad y la entrega en el menor tiempo posible.

130. Indica también que:

"(…) con el fin de atender el pedido urgente, para la entrega oportuna de los lotes de cilindros de oxígeno a pedido del Ministerio de Salud, tuvo que modificar la ruta de transporte de los productos de EE. UU. a Perú, prevista a realzarse vía marítima hasta el puerto de El Callao- Lima teniendo que trasladar el producto a Houston- Texas (lugar de fabricación) hasta Detroit – Michigan lugar donde salían vuelos humanitarios en plena pandemia para su ingreso al Perú.

Esta modificación de ruta y medio de transporte motivó a que mi representada asuma un costo adicional que alcanzado el monto de S/73.095.94 (Setenta y Tres Mil Noventa y Cinco con 10/100 Soles) por el flete terrestre de Houston a Detroit, gasto que no ha sido reconocido por el Ministerio de Salud, pese a que existen comunicaciones de coordinación entre los funcionarios del Ministerio de Salud (Sr. Daniel Calderón) y la Embajada de Perú (Sr. Miguel Zegarra(, habiéndosenos negado incluso una ampliación de plazo al no haber logrado embarcar los cilindros en el vuelo humanitario que supuestamente el mismo Ministerio de Salud habría gestionado por intermedio del Sr. Daniel Calderón Acapana (Jefe de la Unidad de Adquisiciones y Programación – MINSA), sin resultados favorables ocasionando un gasto adicional sumamente alto para nuestra empresa, lo cual ha generado un gran perjuicio para mi representada por los sobrecostos asumidos en ese traslado (cambio de ruta)"

131. La ENTIDAD, respecto a lo señalado por el DEMANDANTE, indica que, en la OC-GI N° 0000560-2020 se estableció claramente el plazo de entrega de los cilindros de oxígeno, cuyo cumplimiento recaía exclusivamente en la empresa proveedora, tal como lo expresa la LCE en el numeral 32.6 del artículo 32°:

> ***"El contratista es responsable de realzar correctamente la totalidad de las prestaciones derivadas de la ejecución del contrato. Paro ello, debe realizar todas las acciones que estén a su alcance, empleando la debida diligencia y apoyando el buen desarrollo para conseguir los objetivos públicos previstos"***

132. La ENTIDAD también indica que, el numeral 165.2 del artículo 162 del RLCE establece que el retraso se justifica a través de la solicitud de ampliación de plazo debidamente aprobada y que, adicionalmente, se considera justificado el retraso y, en consecuencia, no se aplica penalidad, cuando el contratista acredite, de modo objetivamente sustentado, que el mayor tiempo transcurrido no le resulta imputable. En ese último caso, la calificación del retraso como justificado por parte de la Entidad no da lugar al pago de gastos generales ni costos directos de ningún tipo.

133. La ENTIDAD resalta que, teniendo en consideración estos supuestos frente a los cuales no correspondería la aplicación de penalidad, se tiene que la solicitud de ampliación de plazo presentada por el Demandante fue declarada improcedente y; no se calificó el retraso como justificado, por lo que se aplicó la penalidad ascendente a S/303,875.00.

134. La ENTIDAD, aclara que, definido que corresponde al DEMANDANTE cumplir con el plazo ofertado, las coordinaciones que hubiera efectuado este con algún personal de la ENTIDAD o de la Embajada no autorizado, para la *"atención oportuna"* como lo señala en la demanda, no pueden dar lugar a que la ENTIDAD reconozca sobrecostos supuestamente incurridos por este en el traslado de los bienes; toda vez que habiéndose pactado un plazo para la entrega de los bienes fuera de plazo únicamente perjudica al Demandante, quien es el que asume la aplicación de penalidades, por lo que, no podría pretender un contratista cargar a la ENTIDAD costos asumidos para efectuar la entrega de los bienes dentro del plazo ofertado por el propio contratista. De aceptar tal pretensión, sería como aceptar que la ENTIDAD pague costos adicionales para que el contratista no incurra en penalidad por un eventual retraso en la ejecución de la obligación.

135. Asimismo, la ENTIDAD indica que, en la documentación acompañada a la solicitud de ampliación de plazo presentada por el DEMANDANTE, se evidencia que es a razón de problemas en la producción de su proveedor que los cilindros de oxígeno estarían recién listos para su envío el 27.7.2020 lo cual prueba que el retraso incurrido por el DEMANDANTE no obedece a gestiones de cambio de medio de transporte atribuibles a la ENTIDAD, ya que recién contarían con los equipos a tres días antes del vencimiento del plazo de entrega y dado, que su transporte según se indica en la demanda era vía marítima (con plazo de 17 días) se colige que la entrega se habría efectuado igualmente, fuera de plazo ofertado es decir con posterioridad al 31-07-2020.

136. La ENTIDAD señala que, la empresa menciona que tuvo que modificar el medio de transporte de la vía marítima (según su proyección inicial) a la vía área a través de un vuelo de ayuda humanitaria; extrayéndose de esto que, además de no haber incurrido en gastos de traslado de EEUU a Perú, pretendería que la ENTIDAD asuma costos de traslado dentro de EEUU para tomar el vuelo de ayuda humanitaria cuya responsabilidad reside únicamente en ella.

137. La ENTIDAD remarca que, de señalado se colige que el DEMANDANTE presentó unos argumentos para su solicitud de ampliación de plazo, con la finalidad de no ser sancionado con la aplicación de la penalidad y que, al haberse declarado improcedente dicha solicitud, modifica los argumentos pretendiendo un reembolso de supuestos gastos adicionales y atribuyendo a ello la demora en la ejecución de la prestación cuando de la documentación adjunta a su solicitud de ampliación de plazo se evidencia una clara contradicción en sus argumentos.

138. La ENTIDAD finaliza sus argumentos señalando que, si bien la contratación, tal como lo indica la empresa, se realizó en el contexto mundial de la gran demanda de oxígeno medicinal a nivel mundial, también es cierto que la pandemia ya se había originado meses atrás, por lo que la oferta efectuada en el mes de junio del 2020, la realizó con pleno conocimiento de las condiciones de mercado y, por tanto, con una evaluación previa de su capacidad de cumplir con una evaluación previa de su capacidad de cumplir con la obligación adquirida en las

condiciones ofertadas, por lo que solicitan que la cuarta pretensión sea declarada infundada en todos sus extremos.

- **Posición del Tribunal Arbitral:**

139. El Tribunal Arbitral considera que, al haberse declarado la invalidez e ineficacia de la OC-GI N° 0000560, la presente pretensión no puede ampararse, pues al no existir contrato alguno que vincule a ambas partes, no puede reconocerse a favor del Demandante el monto de S/ 73,095.94 por mayores costos por flete, ya que ello no fue pactado por las partes ni reconocido por la Entidad al establecerse que entre las partes se estableció la figura del enriquecimiento sin causa, regulada por el Articulo 1954 del Código Civil.

140. En ese sentido, la cuarta pretensión de la demanda debe declararse INFUNDADA no correspondiendo que la ENTIDAD pague a favor del Demandante el monto de S/ 73,095.94 por mayores costos por flete.

E) <u>Sobre la Quinta Pretensión:</u>

"Determinar si corresponde o no que LA DEMANDADA sea condenada con el pago de costos, costas y todo gasto en general que irrogue el presente proceso arbitral."

- **Posición del Demandante:**

141. La parte DEMANDANTE sostiene que, en virtud de los actos arbitrarios, tendenciosos y de mala fe, se han visto perjudicada con la indebida aplicación de penalidad por mora en la ejecución de la prestación y ha obligado a tener que recurrir al mecanismo de solución de controversias pactado por hechos que una vez analizados y valorados por el Tribunal Arbitral deberá condenar a la ENTIDAD al pago a favor del DEMANDANTE de los costos, costas y todo gasto en general que irrogue el presente proceso arbitral.

- **Posición de la Entidad:**

142. En este punto la ENTIDAD menciona que, el pago de costas y costos es asumido por la parte vencida, por tanto, habiéndose acreditado que las pretensiones de la demanda arbitral no tienen sustento factico ni legal y consecuencia deben ser desestimadas en el laudo arbitral, el pago de las costas y costos deben ser asumidas por el DEMANDANTE de conformidad con el numeral 1) del artículo 73° de la Ley de Arbitraje.

- **Posición del Tribunal Arbitral:**

143. El Tribunal Arbitral señala que esta pretensión será tratada en el Titulo referido a los costos del proceso.

XI. COSTOS ARBITRALES:

144. En primer lugar, el Tribunal Arbitral fija sus honorarios definitivos y de Gastos Administrativos, en los montos señalados en las liquidaciones practicadas en la Reglas del proceso de fecha 12 de mayo de 2021.

145. Sobre los costos y costas del proceso arbitral, a falta de acuerdo entre las partes respecto a la distribución de tales costos, este Tribunal Arbitral cuenta con las facultades para realizar dicha tarea conforme a lo establecido en el Art. 73° del D. L. N° 1071 – Decreto Legislativo que norma el Arbitraje, el cual establece:

> ***"Artículo 73.- Asunción o distribución de costos.***
> *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 (…)".*

146. En ese sentido, para determinar la distribución de los costos del arbitraje este Tribunal Arbitral debe tener en consideración el comportamiento de las partes y su colaboración dentro del proceso para resolver la controversia, así como su derecho de litigar en el presente arbitraje.

147. Así, de los actuados se observa que las partes han actuado en defensa de sus derechos de acuerdo a la compresión de su posición en el presente conflicto.

148. Considerando el resultado del arbitraje que en puridad, desde el punto de vista del Tribunal Arbitral, ambas partes tuvieron motivos suficientes y atendibles para litigar como demandante, habida cuenta de que debían defender sus pretensiones en la vía arbitral, y atendiendo al 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 y costas en que incurrieron o debieron de incurrir como consecuencia del presente arbitraje.

149. Tomando en cuenta lo mencionado en los puntos anteriores, se tiene que en el presente proceso arbitral los costos fueron asumidos en forma total (100%) por el DEMANDANTE de la siguiente manera:

Pagos	50% Demandante (Soles)	50% subrogación (Demandante) (Soles)	Total (Soles)
Tribunal Arbitral	10,950.00	10,950.00	21,900.00
Gastos Administrativos	3,634.40	3,634.40	7,268.80
TOTAL			**29,168.80**

XII. DECISIÓN:

De acuerdo con lo expuesto el Tribunal Arbitral lauda la controversia surgida en la forma siguiente:

PRIMERO: Se resuelve declarar **INFUNDADA** la primera pretensión de la demanda.

SEGUNDO: Se resuelve declarar **FUNDADA** la segunda pretensión de la demanda, en consecuencia, se declara nula y sin efecto legal la Carta N°

005-2021-OAOGA-MINSA: **NO CORRESPONDE** aplicar a CS Beaver SAC penalidad alguna.

TERCERO: Se resuelve declarar **FUNDADA** la tercera pretensión de la demanda, en consecuencia, **NO CORRESPONDE** aplicar a CS Beaver SAC la penalidad de S/ 303,875.00 por los 13 días de retraso vinculada a la Orden de Compra-Guía de Internamiento N° 0000560-2020.

CUARTO: Se resuelve declarar **INFUNDADA** la cuarta pretensión de la demanda, en consecuencia, **NO CORRESPONDE** que el Ministerio de Salud pague a favor de CS Beaver SAC el monto de S/ 73,095.94 por mayores costos de flete vinculada a la Orden de Compra-Guía de Internamiento N° 0000560-2020.

QUINTO: En cuanto al pago de los costos del proceso arbitral se dispone que cada parte pague sus costos irrogados en el presente arbitraje, en consecuencia, dado que CS Beaver SAC pagó el total (100%) de los honorarios del Tribunal Arbitral y los Gastos Administrativos en el presente proceso, se **ORDENA** al Ministerio de Salud devolver a favor de CS Beaver SAC la suma ascendente a **S/ 15,080.00** (50%).

El presente laudo es inapelable y tiene carácter imperativo para las partes. En consecuencia, firmado, notifíquese para su cumplimiento a las partes.

EDUARDO ADOLFO SOLIS TAFUR
Presidente del Tribunal Arbitral

RAÚL LEONID SALAZAR RIVERA
Árbitro

LUIS PUGLIANINI GUERRA
Árbitro