

leg. 1543-2017

CASO ARBITRAL:
LABORATORIOS AC FARMA S.A vs. HOSPITAL NACIONAL HIPOLITO UNANUE

Lima, 11 de octubre de 2018

Señores:
HOSPITAL NACIONAL HIPOLITO UNANUE
Av. Arequipa N° 810, 9° Piso – Cercado de Lima
Presente.-



Atención : PROCURADURÍA PÚBLICA DEL MINISTERIO DE SALUD

De nuestra consideración:

Tengo el agrado de dirigirme a ustedes, con la finalidad de notificarles la Resolución N° 14 de fecha 11 de octubre de 2018, que contiene el Laudo Arbitral de Derecho; lo que notifico a las partes a fin que procedan a dar cumplimiento a los términos de dicho Laudo.

Sin otro particular, quedo de usted.

Atentamente,

M. Aguirre Alvarado
MARIANA AGUIRRE ALVARADO
Secretaría Arbitral

Número de Expediente de Instalación: I731-2017

Demandante: LABORATORIOS AC FARMA S.A.

Demandado: HOSPITAL NACIONAL HIPÓLITO UNANUE

Contrato (Número y Objeto): N° 019-2016-HNHU, para la contratación del suministro para la compra corporativa de productos farmacéuticos para el abastecimiento del año 2016.

Monto del Contrato: S/. 1'394,619.60

Cuantía de la Controversia: S/. 521,344.24

Tipo y Número de proceso de selección: LICITACIÓN PÚBLICA POR SUBASTA INVERSA PRESENCIAL N° 15-2015-DARES/MINSA

Monto de los honorarios del Tribunal Arbitral: S/. 9,857.00

Monto de los honorarios de la Secretaría Arbitral: S/. 6,366.00

Arbitro Único o Presidente del Tribunal: LORENA ANTONIETA SUAREZ ALVARADO (ÁRBITRO ÚNICO)

Arbitro designado por la Entidad:

Arbitro designado por el Contratista:

Secretaría Arbitral: MARIANA MILAGROS AGUIRRE ALVARADO

Fecha de emisión del laudo: 11 DE OCTUBRE DE 2018

(Unanimidad/Mayoría): UNANIMIDAD

Número de folios: 19

Pretensiones (Controversias relacionadas a las siguientes materias):

- Nulidad, invalidez, inexistencia y/o ineficacia del contrato
- Resolución de contrato
- Ampliación del plazo contractual
- Defectos o vicios ocultos
- Formulación, aprobación o valorización de metrados
- Recepción y conformidad
- Liquidación y pago
- Mayores gastos generales
- Indemnización por daños y perjuicios
- Enriquecimiento sin causa
- Adicionales y reducciones
- Adelantos
- Penalidades
- Ejecución de garantías
- Devolución de garantías
- Otros (especificar)** EMISIÓN DE ÓRDENES DE COMPRA, RECONOCIMIENTO DE GASTOS ASUMIDOS POR ALMACENAMIENTO DE PRODUCTOS FARMACÉUTICOS, NO EXIGENCIA DE ENTREGA DE INFORMES DE ENSAYO Y/O DOCUMENTACIÓN TÉCNICA, ETC.

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

CASO ARBITRAL SEGUIDO ENTRE LABORATORIOS AC FARMA SAC y el HOSPITAL NACIONAL HIPÓTLITO UNANUE

Laudo Arbitral de Derecho expedido por la Árbitro Único - Abog. Lorena Antonieta Suárez Alvarado -; en la controversia surgida entre **LABORATORIOS AC FARMA SAC** (en adelante EL DEMANDANTE, EL PROVEEDOR ó EL CONTRATISTA) y el **HOSPITAL NACIONAL HIPÓTLITO UNANUE** (en adelante LA CONTRATANTE, LA ENTIDAD o LA DEMANDADA) respecto al Contrato N° 019-2016-HNHU (en adelante, EL CONTRATO), para la compra corporativa de productos farmacéuticos para el abastecimiento del año 2016.

Resolución N° 14

Lima, 11 de octubre de 2018

I. ANTECEDENTES.-

1.1. HECHOS RELEVANTES.-

- 1.1.1. LA DEMANDANTE participó en la Licitación Pública por Subasta Inversa N° 015-2015-DARES/MINSA, otorgándosele la Buena Pro en una lista de ítems, mediante el sistema de Compras Corporativas.
- 1.1.2. Con fecha 08 de marzo de 2016, las partes suscribieron el Contrato N° 019-2016-HNHU
- 1.1.3. Con fecha 16 de febrero de 2017, mediante Carta Notarial N° 18287-2017, la contratista manifestó que se ha producido un retraso de varios meses en la emisión y entrega de las órdenes de compra, por causa imputable exclusivamente a la entidad.
- 1.1.4. Con fecha 21 de abril de 2017, mediante Carta Notarial N° 17506-2017, la contratista manifestó que se ha producido un retraso de varios meses en la emisión y entrega de las órdenes de compra, por causa imputable exclusivamente a la entidad.

1.2. DESARROLLO DEL PROCESO ARBITRAL.-

- 1.2.1. Con fecha 27 de octubre de 2017 se procedió a llevar a cabo la Audiencia de Instalación de la Árbitro Único tal como consta en el Acta suscrita para tales efectos.
- 1.2.2. Con fecha 20 de noviembre de 2017, EL DEMANDANTE presentó su demanda arbitral.
- 1.2.3. Con fecha 15 de diciembre de 2017, el HOSPITAL NACIONAL HIPOLITO UNANUE se apersona al proceso y contesta la demanda.
- 1.2.4. Con fecha 24 de enero de 2018, mediante escrito S/N, el MINISTERIO DE SALUD en representación del HOSPITAL NACIONAL HIPOLITO UNANUE solicita al árbitro único tener presente los medios probatorios adjuntados en dicho escrito.
- 1.2.5. Con fecha **09 de febrero de 2018** se llevó a cabo la Audiencia de Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios, en la cual se procedió a fijar los puntos controvertidos sobre los que se pronunciará en el presente Laudo, los mismos que se detallan más adelante.
- 1.2.6. Mediante escrito s/n de fecha 21 de febrero de 2018, EL DEMANDANTE solicitó la modificación de la cuantía de la controversia.
- 1.2.7. Con fecha 27 de febrero de 2018, mediante escrito S/N el MINISTERIO DE SALUD en representación del HOSPITAL NACIONAL HIPOLITO UNANUE absuelve escrito presentado por el contratista.
- 1.2.8. Mediante Resolución N° 08 de fecha 08 de marzo de 2018, la árbitro único resuelve admitir la modificación de la pretensión formulada por la empresa Laboratorios AC Farma S.A. con fecha 21 de febrero de 2018, y en consecuencia, TENER POR MODIFICADA la cuantía de la pretensión principal de la demanda arbitral en la suma de S/. 212,139.00 Soles.
- 1.2.9. La Árbitro Único mediante Resolución N° 10 de fecha 23 de abril de 2018 declaró cerrada la etapa probatoria y concedió a las partes un plazo de quince (15) días hábiles, contados desde el día siguiente de la notificación de la indicada resolución, para que presenten sus alegatos escritos y, de solicitarlo alguna de las partes, se les citará a una Audiencia de Informes Orales.

1.2.10. Mediante Resolución N° 11 de fecha 29 de mayo de 2018, la Árbitro Único resolvió citar a las partes a la Audiencia de Informes Orales para el día 20 de junio de 2018 a las 10:00 a.m. En dicha fecha y hora se llevó a cabo la Audiencia antes mencionado, la misma que contó con la participación de las partes intervinientes.

1.2.11. Mediante Resolución N° 12 de fecha 09 de agosto de 2018, la Árbitro Único resolvió declarar el presente proceso arbitral expedito para laudar, estableciéndose el plazo de treinta (30) días hábiles para la emisión del laudo arbitral, el mismo que podrá ser ampliado hasta por treinta días adicionales a criterio de la Árbitra Única.

1.2.12. Con Resolución N° 13 de fecha 14 de setiembre de 2018, la Árbitro Único resolvió ampliar el plazo para laudar por treinta (30) días hábiles adicionales.

1.3. PRETENSIONES Y PUNTOS CONTROVERTIDOS.-

1.3.1. DE LA DEMANDA.-

PRINCIPAL

- 1) Determinar si corresponde o no, solicitar al HOSPITAL NACIONAL HIPOLITO UNANUE que emita las órdenes de compra de los productos farmacéuticos adjudicados a favor de la empresa Laboratorios AC Farma S.A, en el proceso de selección LP SIP N° 15-2015-DARES/MINSA, según cuadro de distribución suscrito en el Contrato N° 19-2016-HNHU, que mantiene pendiente de emisión a favor de la empresa Laboratorios AC Farma S.A. por la cantidad total de S/. 521,344.24 (QUINIENTOS VEINTIUN MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y CUATRO CON 24/100 soles), suma que se detalla en el cuadro de la página 3 del acta de audiencia de saneamiento, conciliación y fijación de puntos controvertidos y admisión de medios probatorios.

ACCESORIAS A LA PRINCIPAL

- 2) Determinar si corresponde o no, solicitar al HOSPITAL NACIONAL HIPOLITO UNANUE el pago de los gastos asumidos por la empresa Laboratorios AC Farma S.A. por el almacenamiento de los productos farmacéuticos que debieron ser entregados a la Entidad en su debida oportunidad, según cuadro de distribución del Contrato N° 19-2016-HNHU.

- 3) Determinar si corresponde o no, que el HOSPITAL NACIONAL HIPÓLITO UNANUE no exija a laboratorios AC Farma s.A. la entrega de los Informes de Ensayo y/o Documentación Técnica para la respectiva entrega, según lo referido en el contrato N° 19-2016-HNHU y documentos que dieron origen a la contratación.
- 4) Determinar si corresponde o no, solicitar al HOSPITAL NACIONAL HIPOLITO UNANUE recibir los productos farmacéuticos con una menor vida útil a las exigidas en las bases y/o en el Contrato.
- 5) Determinar si corresponde o no, solicitar al HOSPITAL NACIONAL HIPOLITO UNANUE asumir el pago íntegro del precio de los productos farmacéuticos cuya vida útil haya vencido y/o que no puedan ser entregados a la entidad por vida útil insuficiente, y que se deba destruir, así como el costo de la destrucción de los mismos.
- 6) Determinar si corresponde o no, solicitar al HOSPITAL NACIONAL HIPOLITO UNANUE asuma el pago de los intereses que se generen por el no pago oportuno de los productos farmacéuticos cuyas órdenes de compra no hayan sido emitidas según lo referido en el contrato N° 19-2016-HNHU y documentos que dieron origen a la contratación.
- 7) Determinar si corresponde o no, solicitar al HOSPITAL NACIONAL HIPOLITO UNANUE, el pago de los sobrecostos financieros que haya generado la no emisión de órdenes de compra.

SUBORDINADA A LA PRINCIPAL

- 8) Determinar si corresponde o no, solicitar al HOSPITAL NACIONAL HIPOLITO UNANUE el pago íntegro del precio de venta del total de los productos cuyas órdenes de compra no sean emitidas, en caso que se disponga que la Entidad no emita las Órdenes de Compra.

ACCESORIAS A LA SUBORDINADA

- 9) Determinar si corresponde o no, solicitar al HOSPITAL NACIONAL HIPOLITO UNANUE el pago de los gastos asumidos por la empresa Laboratorios AC Farma SAC por el almacenamiento de los productos farmacéuticos que debieron ser entregados a dicha Entidad en su debida oportunidad, según lo referido en el contrato N° 19-2016-HNHU y documentos que dieron origen a la contratación.

- 10) Determinar si corresponde o no, solicitar al HOSPITAL NACIONAL HIPOLITO UNANUE asumir el pago de los intereses que se generen por el no pago oportuno de los productos farmacéuticos cuyas órdenes de pago no hayan sido emitidas según lo referido en el contrato N° 19-2016-HNHU y documentos que dieron origen a la contratación.
- 11) Determinar si corresponde o no, solicitar al HOSPITAL NACIONAL HIPOLITO UNANUE el pago de los sobrecostos financieros que haya generado la no emisión de órdenes de compra.
- 12) Determinar si corresponde o no, solicitar al HOSPITAL NACIONAL HIPOLITO UNANUE asumir el pago íntegro del precio de los productos farmacéuticos cuya vida útil haya vencido y/o que no puedan ser entregados a la entidad por vida útil insuficiente, según lo referido en el contrato N° 19-2016-HNHU y documentos que dieron origen a la contratación.
- 13) Determinar si corresponde o no, solicitar al HOSPITAL NACIONAL HIPOLITO UNANUE asumir el pago del costo de la destrucción de los productos farmacéuticos cuya vida útil haya vencido.

1.3.2. COSTAS Y COSTOS DEL PROCESO.

- 14) Determinar a quién corresponde el pago de las costas y costos del presente proceso arbitral.

II. PARTE CONSIDERATIVA.-

2.1. MARCO LEGAL APLICABLE.-

De acuerdo con la cláusula décimo novena del contrato, sólo en lo no previsto en el Contrato, en la Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento, en las directivas que emita el OSCE y demás normativa especial que resulte aplicable, serán de aplicación supletoria las disposiciones pertinentes del Código Civil vigente, cuando corresponda y demás normas del derecho privado.

2.2. DECLARACIÓN.-

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

La Árbitro Único deja establecido que, una vez fijados los puntos controvertidos, se reserva el derecho a analizarlos en el orden que considere más conveniente. Asimismo, la Árbitro Único deja indicado que, en el caso de llegar a la conclusión que a los efectos de resolver la presente controversia, careciese de objeto pronunciarse sobre alguno de los puntos controvertidos previamente establecidos, porque guardan vinculación con los puntos controvertidos resueltos, podrá omitir su pronunciamiento sobre aquellos expresando las razones de dicha omisión.

Asimismo, la Árbitro Único deja constancia de que las premisas señaladas como puntos controvertidos son meramente referenciales, por lo que la Árbitro Único podrá omitir, ajustar o interpretar dichas premisas a la luz de las respuestas dadas a otros puntos, sin que el orden empleado o el ajuste, omisión o interpretación genere nulidad de ningún tipo. Respeto a la determinación de los puntos controvertidos y las reglas establecidas por la Árbitro Único, las partes expresaron su conformidad

2.3. ANÁLISIS DE LAS PRETENSIONES Y PUNTOS CONTROVERTIDOS.-

Las pretensiones planteadas en la presente controversia, han sido fijadas en los puntos controvertidos sobre los cuales deberá emitir pronunciamiento la Árbitro Único y, para efectos metodológicos, pueden combinarse en grupos asociados a materias de análisis homogéneas o similares, que serán discutidos para cada caso, de modo conjunto.

Asimismo, en caso corresponda, se analizarán primero los aspectos de forma, es decir, las oposiciones y excepciones deducidas por las partes.

En adición a ello, el análisis de las pretensiones accesorias y subordinadas se hará conforme a la doctrina del derecho procesal y/o el Artículo 87° del Código Procesal Civil, siempre que el contenido de las pretensiones aludidas coincida con el *nomen iuris* que haya indicada la parte solicitante y que no impliquen una revisión de la misma parte considerativa realizada en las pretensiones principales ó un uso fraudulento de estas instituciones procesales.

2.3.1. ANÁLISIS DEL PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO.-

2.3.1.1. Descripción del punto controvertido.

"Determinar si corresponde o no, solicitar al HOSPITAL NACIONAL HIPOLITO UNANUE que emita las órdenes de compra de los productos farmacéuticos adjudicados a favor de la empresa Laboratorios AC Farma S.A, en el proceso de selección LP SIP N° 15-2015-DARES/MINSA, según cuadro de distribución suscripto en el Contrato N° 19-2016-HNHU, que mantiene pendiente de emisión a favor de la empresa Laboratorios AC Farma S.A. por la cantidad total de S/. 521,344.24 (QUINIENTOS VEINTIUN MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y CUATRO CON 24/100 soles), suma que se detalla en el cuadro de la página 3 del acta de audiencia de saneamiento, conciliación y fijación de puntos controvertidos y admisión de medios probatorios."

2.3.1.2. Posición de la Arbitro único.-

- 1) En primer lugar, la cuantía en discusión no corresponde a S/. 521,344.24 (Quinientos veintíun mil trescientos cuarenta y cuatro con 24/100 soles) sino a S/. 212,139.00 (Doscientos doce mil ciento treinta y nueve con 00/100 soles) según lo resuelto en la Resolución N° 08 de fecha 08 de marzo de 2018.
- 2) En consecuencia, LA DEMANDANTE reduce el petitorio a los bienes denominados TIOPENTAL SODICO, 1g, INYECTABLE, y sólo para los meses 01 a 09, cuyo importe total asciende exactamente a S/. 212,139.00.

- 3) Ahora bien, de acuerdo con el estudio de los escritos de las partes, la controversia principal en realidad reside en determinar quién es el responsable por el retraso en la entrega de los bienes objeto del contrato.
- 4) LA DEMANDANTE indica que la causa recae en la no emisión de las órdenes de compra, mientras que la entidad precificaría que se trata de la falta de otra documentación complementaria (informes de ensayos, entre otros).
- 5) Al respecto, es necesario tener en claro que la orden de compra hace referencia a un documento que permite el perfeccionamiento de las contrataciones de bienes (o servicios), tal como lo indica la Opinión 049-2016/DTN del OSCE. En otras palabras, es un documento emitido por LA ENTIDAD el cual puede contener un plazo, el cual se inicia con la recepción del mismo a favor del CONTRATISTA, salvo reglas especiales.
- 6) En cambio la entrega, es un acto por el cual EL CONTRATISTA cumple con su obligación de dar, transmitiendo la propiedad, a través de la *traditio*, salvo disposiciones en contrario. Esta entrega puede tener diversas formalidades, por ejemplo, las indicadas en la cláusula novena del contrato suscrito entre las partes (EL CONTRATO).
- 7) En este orden de ideas, debe reiterarse la clara y notoria diferencia jurídica y fáctica entre una entrega y una orden de compra, a efectos de determinar los efectos de la omisión en el cumplimiento de una o ambas. Por ejemplo: ¿Puede pretenderse la entrega de un bien ya pactado en un contrato, sin recibir la orden de compra? ¿Puede retrasarse la emisión de una orden de compra ya pactada en un contrato? ¿Tiene la entidad discrecionalidad para no emitir una orden de compra?
- 8) Esta diferenciación resulta fundamental por cuanto, de acuerdo con la cláusula novena del contrato suscrito, la entrega cuenta una forma, un proceso y documentación adicional a la simple orden de compra. En otras palabras, no basta que se cumpla con la fecha de entrega según el cronograma, sino también que se cuente con bienes que cumplen con las características técnicas previstas al momento de la pretendida entrega.
- 9) Ello implica que la no entrega de una orden de compra, afectaría sólo parcialmente el acto de entrega, por cuanto existen más de 10 documentos y/o formalidades adicionales que debe tener EL CONTRATISTA en su poder para que dicha entrega se realice efectivamente.

- 10) Lo indicado en el párrafo anterior tiene relevancia directa respecto de la categorización de la obligación de emitir órdenes de compra como una obligación esencial. Si bien la Opinión N° 162-2015/DTN del OSCE relativiza el concepto de obligación esencial, la Opinión 027-2014/DTN considera que las obligaciones esenciales son aplicables exclusivamente a la entidad, es decir, no se trata de obligación que pueden existir a nivel de ambas partes.
- 11) Al respecto, esta última Opinión precisa que el cumplimiento de esta obligación resulta indispensable para alcanzar la finalidad del contrato, en este caso, la entrega de los bienes. Empero, si bien dicha obligación debe ser expresa, eso no quiere decir que la calificación de "esencial" también deba serlo.
- 12) Ahora bien, la orden de compra reviste de especial importancia en la cláusula novena del contrato, por lo que su esencialidad parecería ser razonable. Tanto es así que se cuenta con órdenes de compra anticipada y atrasada, así como órdenes de compra "ordinarias" (es decir, las oportunas).
- 13) De otro lado, cabe preguntarse cuál es la consecuencia jurídica de no emitir una orden de compra. Así, la cláusula novena (9.3) afirma que el plazo máximo para la emisión de órdenes de compra es de 15 días para todas las entidades participantes, pero no existe formalmente el supuesto de que dicha orden de compra nunca se llegue a emitir.
- 14) Lo que sí se indica es que una vez que se reciba dicha orden de compra atrasada, el contratista tiene 15 días para cumplir con la entrega de la misma. Una interpretación posible es que esta disposición implicaría que el contratista deba estar pendiente al momento que se realice la orden de compra, incluso si se excediera del plazo previsto en el contrato (12 meses).
- 15) No obstante, dicho escenario sólo sería válido para un contrato de suministro, en la cual la cuantía exacta y la fecha efectiva del abastecimiento es determinable, dentro de un rango fijado contractualmente. De ello, es necesario confirmar cual es la naturaleza real del contrato suscrito entre las partes: 1) adquisición (compra-venta) de bienes o 2) suministro de bienes.
- 16) El primer párrafo del contrato parece indicar que se trata de un contrato de suministro, la cláusula segunda indica claramente que el objeto es la adquisición de diversos bienes según la lista indicada. Además de ello, el presente contrato cuenta

con un cronograma preciso y una tabla de distribución exacta que sugiere que las estimaciones promedio se han realizado a nivel de la unidad ejecutora, y que el contrato no es determinable sino plenamente determinado, según el Anexo N° 04 del Contrato. Aún más, de acuerdo con dicho cuadro de distribución la entrega del bien TIOPENTAL SODICO tenía previsto una periodicidad mensual, es decir, debería haber existido una orden de compra para cada mes del año, sin falta.

- 17) Sin perjuicio de lo anterior, esta árbitro único debe hacer mención que a pesar de que se trata formalmente de una adquisición de bienes, un contrato de suministro hubiera sido más consistente con el entorno contractual de stocks esperados mensuales, aunque sujeto a variaciones. Esto podría haber evitado el surgimiento del presente conflicto.
- 18) Por lo tanto, de conformidad a lo indicado en la cláusula decimo octava, las partes son responsables por la inejecución de las obligaciones. En este caso, ello abarca aquellas obligaciones que permitan el cumplimiento del pago o de la entrega de los bienes: lo cual, a criterio de este árbitro único, incluye la emisión de las órdenes de compra.
- 19) En efecto, tal como indican los numerales 9.4.4 y 9.4.1.a. de la cláusula novena, las órdenes de compra (en forma de copia del original) forman parte de los documentos exigibles al contratista para formalizar la entrega. Claramente, no puede existir una copia de un documento que no existe o que no obra en poder del contratista, por lo que esta exigencia depende esencialmente de que la entidad cumpla con la emisión de la orden de compra en cuestión.
- 20) Finalmente, si bien la demandante ha afirmado que el HOSPITAL NACIONAL HIPOLITO UNANUE ha procedido a emitir órdenes de compra durante el desarrollo del presente arbitraje, a la fecha de emisión de este laudo, dicha documentación no ha sido debidamente adjuntada en el proceso.
- 21) Por lo expuesto, corresponde solicitar al HOSPITAL NACIONAL HIPOLITO UNANUE que emita las órdenes de compra de los productos farmacéuticos adjudicados a favor de la empresa Laboratorios AC Farma S.A, en el proceso de selección LP SIP N° 15-2015-DARES/MINSA, según cuadro de distribución suscripto en el Contrato N° 19-2016-HNHU, que mantiene pendiente de emisión a favor de la empresa Laboratorios AC Farma S.A. por la cantidad total S/. 212,139.00 para el caso del TIOPENTAL SODICO, 1g, INYECTABLE, y sólo para los meses 01 a mes 09, según manifiestan las partes.

22) Cabe precisar que esta determinación tiene consecuencias desde el punto de vista de ejecución del laudo, la cuales serán tratadas en la oportunidad que corresponda, dependiendo si persiste el interés de mantener la relación contractual en este extremo.

2.3.2. ANÁLISIS DEL OCTAVO A DÉCIMO TERCER PUNTO CONTROVERTIDO.-

- 1) El octavo punto controvertido consiste en la pretensión subordinada a la pretensión principal (primer punto controvertido). Mientras que los puntos controvertidos noveno a décimo segundo, tratan de las pretensiones accesorias a dicha pretensión subordinada.
- 2) Ahora bien, dado que la pretensión principal (primer punto controvertido) ha sido declarada fundada, la pretensión subordinada a ésta (octavo punto controvertido) carece de efecto, por cuanto doctrinariamente este tipo de pretensión sólo resulta eficaz cuando la pretensión principal a la cual se subordina es declarada improcedente y/o infundada.
- 3) Así mismo, bajo el principio jurídico que lo "accesorio sigue la suerte de lo principal", las pretensiones accesorias a esta pretensión subordinada (que respecto de éstas, tienen el rol de pretensión principal) carecerían también de todo efecto.
- 4) Por lo expuesto, corresponde declarar IMPROCEDENTES las pretensiones relacionadas con los puntos controvertidos octavo a décimo tercero, las cuales hacen referencia a la pretensión subordinada a la pretensión principal, así como las pretensiones accesorias de dicha subordinada.

2.3.3. ANÁLISIS DEL TERCER PUNTO CONTROVERTIDO.-

2.3.3.1. Descripción del punto controvertido.

Determinar si corresponde o no, que el HOSPITAL NACIONAL HIPÓLITO UNANUE no exija a laboratorios AC Farma S.A. la entrega de los Informes de Ensayo y/o Documentación Técnica para la respectiva entrega, según lo referido en el contrato N° 19-2016-HNHU y documentos que dieron origen a la contratación.

2.3.3.2. Posición de la árbitro único

- 1) Los puntos controvertidos segundo a sétimo hacen referencia a las pretensiones accesorias a la pretensión principal, las cuales serán objeto de análisis en caso esta última sea declarada procedente o fundada.
- 2) Estas seis pretensiones pueden dividirse en dos partes: 1) pretensiones dinerarias y/o indemnizatorias (primera, cuarta, quinta y sexta) y 2) pretensiones no dinerarias (segunda y tercera).
- 3) La segunda pretensión accesoria consiste en: "Determinar si corresponde o no, que el HOSPITAL NACIONAL HIPÓLITO UNANUE no exija a Laboratorios AC Farma S.A. la entrega de los Informes de Ensayo y/o Documentación Técnica para la respectiva entrega, según lo referido en el contrato N° 19-2016-HNHU y documentos que dieron origen a la contratación."
- 4) Al respecto, cabe recordar que esta disposición es requisito esencial para la entrega, por lo que en principio no puede omitirse. No obstante, si el escenario planteado fuera que los bienes reservados para LA ENTIDAD no deberían estar sujetos a más de un informe de ensayo y/o documentación técnica, entonces dicha exigencia ya no sería tan obvia.
- 5) No obstante, en el contexto actual de la controversia, la pretensión no distingue respecto de uno u otro escenario, es decir, solicita que no sea exigible, en ningún caso, los ensayos y/o documentos técnicos.
- 6) En efecto, esta pretensión colisiona directamente con el numeral 9.4.1 literal f de la cláusula novena, por lo que no puede ampararse, en los términos expresados por el propio contratista.
- 7) Así mismo, tampoco puede declararse fundada en parte, por cuanto, el contratista no ha realizado una distinción de la casuística o los diversos escenarios hipotéticos en los que sí considera que no debería ser exigible tales ensayos y/o documentos técnicos, de modo que la árbitro único pueda hacer la diferenciación de una manera clara y acorde a Derecho.
- 8) Además de ello, de una lectura del numeral 9.4.1., no resulta razonable pensar que el contratista deba realizar dos o más informes de ensayo, antes de recibir una orden de compra y después de recibirlo (pero antes de la entrega), dado que ante la

posibilidad de retraso en las órdenes de compra (según la misma cláusula novena), el riesgo de la emisión de órdenes de compra ya se encuentra expresado en el contrato, lo cual ha sido aceptado por las partes.

- 9) Del mismo modo, debe recordarse que los bienes pactados tienen el carácter de fungibles, es decir, pueden ser sustituidos por otros de iguales características; por lo que no puede afirmarse que un lote o unidad de un bien necesariamente y exclusivamente está destinado a la finalidad del contrato, dado que no ha existido un pacto con estas características.
- 10) En tal sentido, en tanto exista un plazo de 15 días para la entrega de los bienes luego de la orden de compra, no resulta necesario tener un informe de ensayo previo, sin perjuicio de que pueda ser útil tenerlo, ello implica un riesgo asumido de manera voluntaria por el contratista.
- 11) Ahora bien, nuevamente, dicho riesgo se genera debido a que, existiendo un cronograma, el contratista se ve presionado a entregar los bienes en la fecha prevista, con lo cual desea tener lista toda la documentación para dicha oportunidad; no obstante, ante la posibilidad clara de que existan órdenes de compra atrasadas, no puede presumirse de manera razonable que el contrato no pueda tener retrasos en su ejecución.
- 12) En cualquier caso, en su pretensión, el contratista no solicita de que en un caso específico y/o excepcional se le exonere de manera especial razonable y sustentada de la obligación de adjuntar los ensayos y/o documentación técnica, sino que lo solicita de manera general, algo que ya ha quedado claro no puede declararse procedente por este árbitro único.
- 13) No obstante, en cuanto al sustento, el principal argumento otorgado por el contratista es que la entidad no emitió las órdenes de compra respectivas y por ello los bienes ya no cumplen las características técnicas exactas previstas y por ello la documentación y/o ensayos no podrían ser presentados con la entrega. Lamentablemente, así las cosas, dicho sustento resultaría insuficiente por cuanto no solo implicaría quebrar el procedimiento contractual de entrega sino también vulnerar disposiciones técnicas sanitarias, así como las bases.
- 14) Por lo expuesto, debe declararse INFUNDADA la segunda pretensión accesoria a la pretensión principal.

2.3.4. ANÁLISIS DEL CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO.-

2.3.4.1. Descripción del punto controvertido.

"Determinar si corresponde o no, solicitar al HOSPITAL NACIONAL HIPOLITO UNANUE recibir los productos farmacéuticos con una menor vida útil a las exigidas en las bases y/o en el Contrato."

2.3.4.2. Posición de la árbitro único

- 1) El cuarto punto controvertido se encuentra referido a la tercera pretensión accesoria a la pretensión principal: "Determinar si corresponde o no, solicitar al HOSPITAL NACIONAL HIPOLITO UNANUE recibir los productos farmacéuticos con una menor vida útil a las exigidas en las bases y/o en el Contrato".
- 2) Al igual que en el análisis del punto controvertido anterior, la pretensión del contratista no distingue ni solicita una exoneración especial para un caso específico respecto a la entrega de productos con una menor vida útil a la exigida.
- 3) A mayor abundamiento, el incumplimiento de la entidad en relación con las órdenes de compra no tiene por qué facultar a la entidad a realizar incumplimientos en un procedimiento expreso que ella misma también aceptó.
- 4) Conviene resaltar que la contratista pretendería una suerte de "excepción de incumplimiento", en el sentido que ante el incumplimiento de la entidad, ésta también puede incumplir un extremo de la misma. Aunque, en un contrato de prestaciones complejas como el presente, el incumplimiento del deudor por mora del acreedor podría llegar a entenderse en cualquier de las prestaciones, inclusive en la obligación principal de entrega el bien, a diferencia de entregarlo pero sin los requisitos pactados.
- 5) Dicha ambigüedad de escenarios, impide al árbitro único pronunciarse con precisión respecto a una pretensión que la propia entidad no ha precisado claramente, a pesar de que los argumentos hagan referencia a un caso concreto. En tal sentido, la contratista debió haber sustentado claramente por qué habría de ignorarse lo establecido en el contrato, las bases y normas complementarias, amparado esencialmente en su pretendida excepción por incumplimiento y/o interés por entregar el bien omitiendo las formalidades razonables.

- 6) En consecuencia, esta pretensión también debe ser declarada INFUNDADA.

2.3.5. ANÁLISIS DEL SEGUNDO Y QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO.-

- 1) Las pretensiones indicadas en los puntos controvertidos bajo análisis tienen una naturaleza dineraria, es decir, solicitan un importe ó suma de dinero a favor de la contratista. Dicha suma no representa una contraprestación pactada en el contrato, sino una indemnización, en su gran mayoría por un daño emergente, vale decir, costos adicionales que ha tenido que asumir la entidad, como consecuencia de las acciones u omisiones de la entidad.
- 2) En general, la entidad no niega la existencia de esos "sobrecostos", sin embargo atribuye toda la responsabilidad a su generación y carga a la contratista, debido a que los mismos no han sido pactados y además tendrían carácter indemnizatorio.
- 3) Si bien se desprende de la naturaleza de estas pretensiones que existe en efecto un carácter indemnizatorio, el mismo no se ve afectado por el poco o nulo sustento que le otorgue el contratista.
- 4) En otras palabras, si bien existe perfectamente la procedencia de pretensiones indemnizatorias según la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, así como lo pactado en el contrato (cláusula décimo octava), dicha procedencia no implica que deba declararse fundada. Dicho de otro modo, en este caso, no debe confundirse la declaración de procedencia o improcedencia, con el carácter fundado o no de la pretensión.
- 5) Y de ello, no existe ningún riesgo de nulidad por el simple hecho de realizar un análisis de fondo a los fundamentos de hecho o de Derecho que haya hecho la contratista a una pretensión de naturaleza indemnizatoria, pero que tales fundamentos no se hayan expresado metódicamente en dichos términos. Al respecto, la determinación de la ambigüedad relativa que pueda tener un escrito de demanda corresponde al árbitro único.
- 6) Aún más, no existirá ningún riesgo de pronunciamiento *extra petita* ni *ultra petita* al analizar la primera pretensión accesoria a la pretensión principal, así como las demás que sea de naturaleza dineraria, por cuanto dicho análisis, sus alcances y efectos jurídicos versarán estrictamente sobre lo que pretende la contratista, es decir: "el pago de los gastos asumidos por la empresa Laboratorios AC Farma S.A. por el

almacenamiento de los productos farmacéuticos que debieron ser entregados a la Entidad en su debida oportunidad, según cuadro de distribución del contrato N° 19-2016-HNHU."

- 7) Ahora bien, tal como se ha indicado en los párrafos anteriores de esta parte considerativa, este contrato no versa sobre bienes no fungibles, es decir, bienes específicos, irremplazables o insustituibles. Por el contrario, las partes han pactado la entrega de diversos bienes en plazos establecidos, con cierta relatividad (posibilidad de atrasos), pero sobre bienes fungibles.
- 8) Dicha fungibilidad resulta crítica en el presente caso, por cuanto no puede atribuirse cualquier consecuencia jurídica derivada de la no entrega de un bien no fungible. Es decir, según los términos del contrato, no puede asumirse que se había identificado bienes específicos no fungibles y que éstos se encontraban a la espera de ser entregados, y que cualquier retraso, generaría mayores costos de almacenamiento.
- 9) Una lectura atenta del contenido del contrato permite afirmar que, si bien existía un cronograma previsto, eso no implica que cualquier inejecución contractual tenga por consecuencia la afectación a un bien específicamente identificado. Así, este riesgo contractual, de asignar y organizar los bienes fungibles ser entregados correspondería estrictamente a la contratista.
- 10) Dicho razonamiento también resulta aplicable para la cuarta pretensión accesoria, por la cual, la entidad no puede asumir el pago íntegro de bienes fungibles vencidos, dado que la contratista se encuentra en la posibilidad de asignar un bien de similares características pero con un plazo de vencimiento (vida útil) acorde con lo exigido por las bases, y así mismo, asignar al bien con menor vida útil a otros fines que considere oportunos.
- 11) Por los fundamentos expuestos, estas pretensiones deben ser declaradas INFUNDADAS.

2.3.6. ANÁLISIS DEL SEXTO y SÉTIMO PUNTO CONTROVERTIDO.-

2.3.6.1. Descripción del punto controvertido.

"Determinar si corresponde o no, solicitar al HOSPITAL NACIONAL HIPOLITO UNANUE asuma el pago de los intereses que se generen por el no pago oportuno de los

productos farmacéuticos cuyas órdenes de compra no hayan sido emitidas según lo referido en el contrato N| 19-2016-HNHU y documentos que dieron origen a la contratación."

"Determinar si corresponde o no, solicitar al HOSPITAL NACIONAL HIPOLITO UNANUE, el pago de los sobrecostos financieros que haya generado la no emisión de órdenes de compra."

2.3.6.2. Posición de la árbitro único

- 1) El presente punto controvertido comparte los mismos fundamentos que los puntos controvertidos anteriores, en relación a las pretensiones dinerarias; sin embargo, en este caso debe agregarse un sustento adicional.
- 2) En efecto, en la medida que los bienes no hayan sido entregados, no sólo no corresponde el pago íntegro del precio de los bienes no entregados pero que pudieron haberse entregado, sino que tampoco corresponde el pago de intereses por dicha suma de dinero no recibida.
- 3) Cabe agregar entonces que la fuerte dependencia de la entrega de los bienes a la existencia de órdenes de compra y documentación técnica, no sólo impide que el contratista asigne exclusivamente un lote a este contrato, sino que también faculta que dicho contratista también entregue dicho bien fungible a otro cliente, según las estrategias de suministro y almacenamiento que tenga, y en su lugar, cuando sea el momento oportuno, asigne el bien fungible cuando se emita la orden de compra correspondiente.
- 4) De modo similar, si la contratista incurrió en sobre costos financieros para una nueva fabricación de bienes fungibles debido a una estrategia de suministro y almacenamiento no compatible con el tenor del contrato, basado en una interpretación sistémica del mismo, esto representa un riesgo contractual adicional asumido de manera voluntaria.
- 5) Cabe reiterar que las partes acordaron que el plazo para la entrega de los bienes posterior a las órdenes de compra era de 15 días, como regla general; ante lo cual la entidad habría optado por la estrategia de asignar exclusivamente lotes de bienes fungibles para que estén listos a ser entregados en dicho plazo, asumiendo

voluntariamente el riesgo de que la fabricación y los costos derivados de esta decisión puedan incrementarse en caso de retraso de las órdenes de pago.

- 6) En este sentido, estas pretensiones también deben declararse INFUNDADAS.

2.3.7. COSTAS Y COSTOS DEL PROCESO-

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

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

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

III. PARTE RESOLUTIVA.-

Estando a las consideraciones expuestas, dentro del plazo correspondiente, la Arbitro Único, **RESUELVE:**

PRIMERO.- DECLARAR FUNDADA la primera pretensión principal, en consecuencia corresponde solicitar al HOSPITAL NACIONAL HIPOLITO UNANUE que emita las órdenes de compra de los productos farmacéuticos adjudicados a favor de la empresa laboratorios AC Farma S.A. para el ítem TIOPENTAL SODICO, 1g, INYECTABLE, y sólo para los meses 01 a mes 09, cuyo importe total asciende exactamente a S/. 212,139.00.

SEGUNDO.- DECLARAR INFUNDADA la primera pretensión accesoria, por los fundamentos expresados en la parte considerativa del presente laudo.

TERCERO.- DECLARAR INFUNDADA la segunda pretensión accesoria, por los fundamentos expresados en la parte considerativa del presente laudo.

CUARTO.- DECLARAR INFUNDADA la tercera pretensión accesoria, por los fundamentos expresados en la parte considerativa del presente laudo.

QUINTO.- DECLARAR INFUNDADA la cuarta pretensión accesoria, por los fundamentos expresados en la parte considerativa del presente laudo.

SEXTO.- DECLARAR INFUNDADA la quinta pretensión accesoria, por los fundamentos expresados en la parte considerativa del presente laudo.

SETIMO.- DECLARAR INFUNDADA la sexta pretensión accesoria, por los fundamentos expresados en la parte considerativa del presente laudo.

OCTAVO.- DECLARAR IMPROCEDENTES las demás pretensiones por los fundamentos expresados en la parte considerativa del presente laudo.

NOVENO.- DECLARAR que los costos y costas del presente proceso arbitral serán asumidos tanto por EL DEMANDANTE como por EL DEMANDADO en partes iguales. En consecuencia, EL DEMANDADO deberá reembolsar a EL DEMANDANTE los honorarios arbitrales asumidos por éste y que se encuentran detallados en el Acta de Instalación, con sus correspondientes intereses.


LORENA ANTONIETA SUAREZ ALVARADO
Árbitro Único