



Centro
de Arbitraje
Cámara de Comercio I Lima

Lj 1518-2019

Lima, 25 de febrero de 2019

Señores

MINISTERIO DE SALUD

Av. Arequipa N° 810, Piso 9
Cercado de Lima.-

Ref.: Caso Arbitral N° 0529-2018-CCL

De mi consideración:

En relación con el caso arbitral de la referencia, cumplimos con notificarles el Laudo Arbitral emitido por el Tribunal Arbitral el 11 de febrero de 2020 y depositado en el Centro de Arbitraje el 24 de febrero de 2020.

Sin otro particular, quedo de ustedes.

Atentamente,

GIULIANA TEMOCHE SALINAS
Secretaria Arbitral





Lima, 11 de febrero de 2020

En Lima, a los 11 días del mes de febrero del año dos mil veinte, el Tribunal Arbitral, luego de haber realizado las actuaciones arbitrales de conformidad con la ley y las normas establecidas por las partes, escuchado los argumentos esgrimidos y deliberado en torno a las pretensiones planteadas en la Demanda, dicta el presente Laudo para poner fin, por decisión de las partes, a la controversia planteada.

VISTOS:

I. IDENTIFICACIÓN DE LAS PARTES Y SUS REPRESENTANTES

- 1.1.** El presente caso corresponde al proceso arbitral iniciado por Laboratorios Americanos S.A., a quién en adelante se le denomina "el Demandante" o "el Contratista", contra el Ministerio de Salud, a quien en adelante se le denomina "el Demandado" o "la Entidad".
- 1.2.** El Demandante ha actuado en nombre propio, representada por sus representantes, los señores Mary Ann Armejo Yepez y Carlos Martin Allauca Donayre.
- 1.3.** El Demandado ha actuado en nombre propio, representado por el señor Luis Valdez Pallette (Procurador Público).

II. EXISTENCIA DEL CONVENIO ARBITRAL

Con fecha 22 de agosto de 2017 el Contratista y la Entidad, suscribieron el Contrato N° 139-2017-MINSA, el cual tenía por objeto la **COMPRA CORPORATIVA DE PRODUCTOS FARMACÉUTICOS PARA EL ABASTECIMIENTO DE 24 MESES** (en adelante, el Contrato).

De acuerdo a la Cláusula Vigésimo Primera del Contrato, las partes acordaron lo siguiente:

"CLÁUSULA VIGÉSIMO PRIMERA: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Las controversias que surjan entre las partes durante la ejecución del contrato se resuelven mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes.

Cualquiera de las partes tiene derecho a iniciar el arbitraje a fin de resolver dichas controversias dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 122, 137, 140, 143, 146, 147 y 149 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado o, en su defecto, en el inciso 45.2 del artículo 45 de la Ley de Contrataciones del Estado.

El arbitraje será institucional y resuelto por un Tribunal Arbitral conformado por tres (3) árbitros. LA ENTIDAD propone al Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.

Facultativamente, cualquiera de las partes tiene el derecho a solicitar una conciliación dentro del plazo de caducidad correspondiente, según lo señalado en el artículo 183 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, sin perjuicio de recurrir al arbitraje, en caso no se llegue a un acuerdo entre ambas partes o se llegue a un acuerdo parcial. Las controversias sobre nulidad del contrato solo pueden ser sometidas a arbitraje.

El Laudo arbitral emitido es inapelable, definitivo y obligatorio para las partes desde el momento de, su notificación, según lo previsto en el inciso 45.9 del 45 de la Ley de Contrataciones del Estado."

(Subrayado agregado)

De acuerdo con la referida Cláusula Arbitral, queda establecida la competencia arbitral, al haberse verificado el convenio arbitral suscrito entre el Demandante y el Demandado.

III. DESIGNACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

El Demandante designó como árbitro de parte al abogado Ives Daniel Becerra Naccha, el Consejo Superior de Arbitraje designó al abogado Jose Enrique Palma Navea como árbitro del Demandado ante pedido de ésta, y, en calidad de Presidente del Tribunal Arbitral, fue designado el abogado Ricardo José Fernando Rodríguez Ardiles, por el Consejo Superior de Arbitraje. De esta manera, el Tribunal Arbitral quedó constituido.

En ese sentido, los profesionales del Derecho declaran que han sido debidamente designados de acuerdo a Ley y al Convenio Arbitral celebrado entre las partes, manifestando no tener ninguna incompatibilidad ni compromiso alguno con los mismos. Asimismo, declaran que tienen disponibilidad de tiempo para atender y conducir este proceso en plazos razonables, y que conservarán su independencia e imparcialidad durante su desarrollo.

IV. TIPO DE ARBITRAJE Y SEDE

- 4.1 De acuerdo con la Orden Procesal N° 2 de fecha 24 de abril de 2019, el presente será un arbitraje nacional y de Derecho.
- 4.2 La Sede del Arbitraje es la ciudad de Lima. De modo específico se estableció el local del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, sito en Av. Giuseppe Garibaldi N° 396, Distrito de Jesús María, Provincia y Departamento de Lima.

V. REGLAS PROCESALES APICABLES

Las reglas aplicables al presente arbitraje quedaron establecidas en la Orden Procesal N° 2 dictada por el Tribunal Arbitral el 24 de abril de 2019.

VI. LEY APLICABLE AL FONDO DE LA CONTROVERSIA

De conformidad con la Orden Procesal N° 2 el Tribunal Arbitral estableció que la ley aplicable al fondo de la controversia es la ley peruana, siendo que el presente arbitraje es administrado de conformidad con el Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima de 2017.

VII. PRETENSIONES DE LAS PARTES Y RESUMEN DE LAS POSICIONES

Mediante escrito presentado el 22 de mayo de 2019, el Demandante formuló las siguientes pretensiones:

7.1. Pretensiones formuladas por el Demandante:

Las pretensiones planteadas por el Demandante en su escrito de demanda se transcriben a continuación:

Primera Pretensión Principal: *"Que el Tribunal Arbitral declare la nulidad, invalidez o ineficacia de la aplicación de penalidades por retraso en la entrega de medicamentos comunicada mediante Carta N° 705-2018-OA-OGA/MINSA de fecha 12 de julio de 2018 por un monto ascendente a S/ 566,808.52 soles"*

Primera Pretensión Subordinada de la Primera Pretensión Principal: *"En caso de que no se ampare nuestra primera pretensión principal, solicitamos que el Tribunal Arbitral reduzca la penalidad aplicada por la Entidad".*

Segunda Pretensión Principal: *"Que el Tribunal Arbitral declare que los retrasos que se hayan producidos en la entrega de medicamentos no son imputables a LABOT, por lo que, no corresponde aplicar penalidad alguna".*

Tercera Pretensión Principal: "Que se ordene que se devuelva el monto indebidamente retenido por la Entidad que asciende a la S/ 566,808.52 soles por la indebida aplicación de penalidades, más los intereses legales correspondientes".

Cuarta Pretensión Principal: "Que se ordene que la Entidad asuma el pago del íntegro de las costas, costos y gastos arbitrales del presente arbitraje, y demás conceptos en los que se ha tenido que incurrir para llegar a ejercer nuestra defensa".

7.2. Posición del Demandante:

El Demandante sustenta su posición en los siguientes fundamentos:

El 22 de agosto de 2017, el Demandante y el Demandado suscribieron el Contrato, conforme a las Especificaciones Técnicas y a la oferta presentada por el Demandante.

La Cláusula Quinta del Contrato establecía que los medicamentos se debían entregar en el Almacén ubicado en Av. Venezuela N° 2195, Lima. Asimismo, se indicaba expresamente que el plazo para la entrega sería de sesenta (60) días luego de suscrito el Contrato y para las entregas sucesivas, hasta el último día hábil del mes correspondiente.

a) Las comunicaciones en la ejecución del Contrato eran electrónicas

La Cláusula Vigésimo Tercera del Contrato autorizaba y validaba el uso de los siguientes correos electrónicos: jvidaurre@labot.com.pe, minzua@labot.com.pe y kchihua@labot.com.pe, para las comunicaciones que el Demandante realizaría en el marco de la ejecución del Contrato.

Prueba de ello, es el mail de fecha 04 de octubre de 2017 mediante el cual, el Demandado notifica al Demandante la Orden de Compra N° 1129-2017 por la adquisición de medicamentos farmacéuticos para el abastecimiento por Subasta Inversa para el Abastecimiento de 24 Meses, en virtud del Contrato.

b) La entrega de los bienes y el cumplimiento del Contrato

De conformidad con lo establecido en la Cláusula Quinta del Contrato, la primera entrega debía realizarse hasta los sesenta (60) días calendario, contados a partir del día siguiente de la suscripción del Contrato, el cual, fue suscrito el 22 de agosto de 2017, por lo que, dicho plazo vencía el **21 de octubre de 2017** y la segunda entrega el plazo vencía el último día hábil del mes correspondiente, esto es el **30 de noviembre 2017**.

Tal es el caso, que, con fecha muy anterior al 21 de octubre de 2017, el Demandante contaba con los productos para cumplir con la primera y segunda entrega de bienes, prueba de ello son las Declaraciones Únicas de Importación (DUAS) con los lotes de los productos entregados.

c) Indicaciones de la Entidad que cambiaron las fechas y lugar de entrega de los bienes objeto del Contrato

Durante ejecución del Contrato, los funcionarios de la Entidad hicieron reformulaciones en las cantidades de entrega y en relación al lugar de entrega de los medicamentos, situaciones que fueron comunicadas vía correo electrónico de conformidad con lo establecido en la Cláusula Vigésimo Tercera del Contrato.

Conforme se aprecia de la Cláusula Quinta del Contrato el lugar de entrega de los productos era Av. Venezuela N° 2195, Lima.

Ahora, conforme se puede evidenciar del mail de fecha 16 de octubre de 2017, el Demandado requería al Demandante la documentación para poder realizar el trámite de la suscripción de la Adenda que cambiaba el lugar de entrega de los productos.

Tal es así que luego de un mes de comunicaciones realizadas entre las partes, el **08 de noviembre de 2017**¹ suscribieron con el Demandado la Adenda N° 01 al Contrato, mediante la cual, se cambió el lugar de entrega de los medicamentos.

Resaltaron que conforme se aprecia del penúltimo párrafo de la Cláusula Primera de la Adenda, una de las razones para suscribir dicha adenda fue permitir alcanzar la finalidad del Contrato, para dotar de productos farmacéuticos a las Redes Integradas de Salud (Lima Sur, Lima Norte, Lima Este y Lima Centro), al Hospital de Emergencias "Villa El Salvador" y a la Dirección de Servicios de Atención Móvil de Urgencias, de acuerdo con lo solicitado por la Dirección General de Operaciones en Salud.

Este dato es sustancial de tenerse en cuenta debido a que desde un inicio el objeto del Contrato era realizar entregas directas a un almacén para que sea la Entidad la encargada de distribuir los productos a las Redes Integradas de Salud, lo cual se corrobora con el mail de fecha 06 de noviembre de 2017.

No obstante, el Demandado realizó comunicaciones al Demandante para que las entregas producto de la ejecución del Contrato sea el Demandante quien realice la entrega de los bienes a cada Red Integrada de Salud.

¹ Señalan que de conformidad con lo establecido en la Cláusula Quinta del Contrato la primera entrega debía realizarse a los sesenta (60) días de suscrito el Contrato, plazo que vencía el 21 de octubre de 2017. No obstante, la Adenda fue suscrita el 08 de noviembre de 2017, situación que modificó los plazos de entrega de los productos.

Esto es, el Demandado ya estaba desconociendo lo establecido en el Contrato y con ello generaba que el Demandante no pueda cumplir con la entrega de los bienes, dado que, las comunicaciones validas realizadas por el Demandado generaban que el Demandante no tenga certeza del lugar de entrega de los bienes.

Prueba de ello es justamente la suscripción de la Adenda N° 1, la cual, conforme se aprecia de la parte copiada, evidencia de forma diáfana que incluso se cambió el lugar de entrega para que sea el Demandante la que haga la entrega directa de los productos a las Redes Integradas de Salud.

d) Imposibilidad de realizar la entrega de los bienes por responsabilidad de la Entidad

Una vez suscrita la adenda quedaron algunas inconsistencias con respecto a la entrega y cantidades de los medicamentos, por lo que el Contratista solicitó en reiteradas veces, **vía correo electrónico** de conformidad con lo establecido en la Cláusula Vigésimo Tercera del Contrato, **la aclaración de dichas interrogantes para poder realizar la entrega sin demoras.**

Como se ha establecido entre los motivos de la suscripción de la Adenda N° 1, se encontraba que sea el Demandante quien realice la entrega de los productos de forma directa a las Redes Integradas de Salud, cuando ello era responsabilidad del Demandado.

Sin embargo, la demora en las comunicaciones y reformulaciones del Demandado determinaron que el Demandante no pueda entregar los medicamentos ante la falta de definición de la cantidad de entrega de los productos dado que las Redes Integradas de Salud no contaban con el espacio suficiente para

poder recibir las cantidades establecidas en el Contrato, tal es así, que en el mail de fecha 10 de noviembre de 2017 se indican otras direcciones distintas a la establecida en la Adenda N° 1.

Ello, llevo a que, los funcionarios de la Entidad nuevamente comunicaran que se tendría que volver a cambiar el lugar de la entrega de los productos objeto del Contrato, no obstante, no se tuvo respuesta alguna como se puede acreditar con el mail de fecha 14 de noviembre de 2017.

Asimismo, señalaron que la propia Entidad enviaba información contradictoria al Demandante que impedía que cumpliera con la entrega de los productos como se advierte del mail de fecha 06 de diciembre de 2017.

e) Desconocimiento de la Entidad de sus propios actos

El Demandada buscaba que el Demandante realice la entrega de los bienes objeto del Contrato de forma directa a las Redes Integradas de Salud (Lima Sur, Lima Norte, Lima Este y Lima Centro), al Hospital de Emergencias "Villa El Salvador" y a la Dirección de Servicios de Atención Móvil de Urgencias.

Precisaron que las Redes Integradas de Salud no contaban con el espacio suficiente para poder recibir las cantidades establecidas en el Contrato, y ante la no definición de las cantidades de entrega, no se podía cumplir con el Contrato.

No obstante, sin justificación ni motivo alguno, el 26 de diciembre de 2017 la Entidad le envió una carta notarial solicitando se internen los productos correspondientes a la Orden N° 1129 (primera entrega), debido a que ya se contaban con los productos en fecha anterior al 21 de octubre de 2017, se procedió a cumplir con lo requerido el mismo día.

Sin embargo, luego de que el Demandante se apersonó para dar cumplimiento a la carta notarial, el personal de la Entidad indicó que **no contaban con suficiente espacio para recibir la totalidad de entregas y se postergó el internamiento de las dos primeras entregas hasta el 29 de diciembre de 2017, fecha en la cual, recién contaba con el espacio suficiente para recibir los bienes.**

No existió diligencia por parte de la Entidad para asegurar una correcta entrega tal como es cooperar y brindar las facilidades a fin que la Entidad pueda cumplir con su requerimiento de entrega de los medicamentos.

Mencionaron que, en virtud de la imposibilidad de la recepción de los medicamentos, la Entidad y el Contratista entablaron conversaciones telefónicas y vía correo electrónico para suscribir una nueva adenda, sin embargo, esta nunca se llegó a firmar.

Posteriormente, mediante Carta N° 705-2018-OA-OGA/MINSA del 12 de julio de 2018, la Entidad notifica al Contratista la aplicación de penalidades, por la suma ascendientes a S/ 566,808.52 (Quinientos Sesenta y Seis Mil Ochocientos Ocho con 52/100 Soles) por retrasos en la entrega de los medicamentos, desconociendo que la esta no podía entregar los medicamentos por sus propias descoordinaciones y reformulaciones.

f) La tercera entrega no fue objeto de penalidad

El Demandante contaba con los productos médicos mucho antes de la fecha de la primera entrega.

Asimismo, precisaron que es sustancial que el Tribunal Arbitral tenga en cuenta que a pesar que el Demandante tenía los

productos para entregárselos al Demandado, fue por responsabilidad de este último, que no se pudo entregar los productos, tal es así que, respecto a la tercera entrega, esta nunca estuvo sujeta a penalidad puesto que la entrega no se realizó por falta de espacio, conforme se acredita en la Carta N° 245-2018-OA-OGA/MINSA de fecha 27 de marzo de 2018. Situación que no hace más que reforzar que la demora en la entrega de los bienes fue por exclusiva responsabilidad de la Entidad.

7.3. Posición del Demandado:

El Demandado en su escrito de contestación de la Demanda presentado el 20 de junio de 2019, estableciendo su posición respecto de cada una de las pretensiones del Demandante, las mismas que se detallan a continuación:

Sobre la Primera Pretensión Principal

El Estado Peruano, por intermedio de la Procuraduría niega este argumento, por carecer del sustento legal y contractual pertinente.

El Demandante, en la página 9 numerales 8 y 9, señala que es una empresa perteneciente a una corporación multinacional y que cuenta con una amplia gama de productos para satisfacer las necesidades de todos sus clientes. Dicho aspecto no tiene ningún tipo de relación con los hechos materia del proceso arbitral, toda vez que lo central en el presente caso es determinar si al Demandante le corresponde asumir el pago de penalidades o no y no los reconocimientos y alianzas empresariales que pueda tener.

El Contratista por un lado cuestiona la aplicación de penalidades, pero por otro lado plantea como pretensión subordinada de la primera pretensión principal que se analice la penalidad aplicada y

se reduzca.

Surge una suerte de incoherencia en las afirmaciones del Contratista, debiendo determinarse si cumplió o no con sus obligaciones y si requiere un cálculo menor de penalidad.

En la página 30 del escrito de la Demanda el Demandante señala que sus argumentos son "sólidos, completos y plenamente ciertos", empero es el propio Contratista que en la página 26 del mismo escrito plantea una reducción de penalidad, invocando el artículo 1346° del Código Civil, cuando es la normativa de contrataciones del Estado la que corresponde aplicar.

Penalidades

Ahora bien, en caso del retraso injustificado por parte del Contratista en la ejecución de las prestaciones objeto del Contrato, la normativa de contrataciones del Estado regula la aplicación de la penalidad por mora por cada día de retraso. Así, el artículo 133° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado establece la fórmula que debe utilizarse para calcular el importe de la penalidad diaria que era aplicable al contratista ante el retraso injustificado en la ejecución de sus presentaciones.

Razones por las cuales la entidad se encuentra facultada por la Ley para la aplicación de penalidades

Un retraso justificado puede generar la solicitud de ampliación de plazo contractual y no la aplicación de penalidades por mora. En relación con la ampliación de plazo, ella debe ajustarse al procedimiento previsto en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, por otro lado respecto a la solicitud de no aplicación de penalidades por mora, es necesario que el

Contratista acredite de manera objetiva que el retraso es consecuencia directa de un evento que no le resulta imputable, aspecto que es evaluado por la Entidad, (de acuerdo a sus normas de organización interna), debiendo precisarse que en este último párrafo del artículo 133° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado no da lugar al pago de gastos generales de ningún tipo.

El Estado, por intermedio de esta Procuraduría considera que para efectos de la aplicación del artículo 133° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, un retraso será injustificado cuando: i) el contratista no hubiera solicitado la ampliación de plazo; ii) habiéndola solicitado esta no fue aprobada por la Entidad; o, iii) no acredite objetivamente que el mayor tiempo transcurrido no le resulta imputable.

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 tardíamente el Contratista acredite de manera objetiva que dicha demora es consecuencia directa de un evento que no le es imputable, para lo cual adjuntara el material de sustento que justifique dicha situación y que será evaluado por la Entidad.

En su escrito de demanda el Demandante, no menciona el pedido de ampliación de plazo, es decir, que incumplió el procedimiento establecido por la Ley de Contrataciones del Estado para acreditar en base a hechos objetivos que la demora es consecuencia directa de un evento que no les es imputable.

Como se puede advertir, la normativa de Contrataciones del Estado ha previsto que las penalidades aplicables al contratista

efectúan ante e incumplimiento de sus obligaciones contractuales, **siendo que la carga de la prueba de la acreditación de que el retraso es injustificado le corresponde al propio contratista**; de lo que se desprende que la no aplicación de la penalidades por retraso justificado se otorga a solicitud del Contratista, quien debe acreditar de manera objetiva que la demora no es de su responsabilidad, correspondiendo a la Entidad la evaluación correspondiente.

En buena cuenta el Demandante pretende acreditar y sustentar lo que en fase de ejecución de contrato debió demostrar, esto es que mayor tiempo transcurrido no le resulta imputable, y espera la evaluación de la Entidad.

Si revisamos los medios probatorios de la Demanda, referidos en las páginas 30 y 31 del escrito de demanda, no existe pedido de ampliación de plazo por parte del Contratista.

Sobre la Primera Pretensión Subordinada de la Primera Pretensión Principal

En la página 30 del escrito de demanda, el Demandante señala que, sus argumentos son “sólidos”, completos y plenamente ciertos”, empero es el mismo Contratista que en su escrito de demanda plantea una reducción de aplicación de penalidad. No sustenta su dicho en algún extremo de la normativa de contratación pública, sino en una norma de Derecho Privado, como lo es el artículo 1346° del Código Civil.

Empero, conforme al Principio de Especialidad, la Ley de Contratación del Estado y su Reglamento prevalecen sobre las normas del procedimiento administrativo general, de derecho público y **sobre aquellas de derecho privado que le sean aplicables**. Asimismo, son de aplicación supletoria a todas aquellas

contrataciones de bienes, servicios u obras que no se sujeten al ámbito de aplicación de la Ley de Contrataciones del Estado, siempre que dicha aplicación no resulte incompatible con las normas específicas que las regulan y sirvan para cubrir un vacío de deficiencia de dichas normas.

De igual manera, el Demandante no acompaña la documentación con la cual acredite el cálculo de parte para la aplicación de penalidades, por lo que dicho extremo también debe ser declarado infundado.

Sobre la Segunda y Tercera Pretensión

La carga de la prueba de la acreditación de que el retraso es justificado le corresponde al Contratista.

Es el Contratista, quien debe acreditar de manera objetiva que la demora no es su responsabilidad, correspondiendo a la Entidad la evaluación correspondiente. Sobre el particular, en el marco de lo establecido en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, respecto de la solicitud de ampliación del plazo pactado por atrasos y paralizaciones ajenas a la voluntad del Contratista, debe tomarse en cuenta si *-para su procedencia-* se configura alguna de las causales previstas en dicho dispositivo, esto es el artículo 140° para el caso de bienes y servicios y el artículo 169° para el caso de obras.

Así, conforme a lo establecido en el artículo 140° de Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, la ampliación de plazo procede, en contratos de bienes y servicios: i) cuando se aprueba el adicional, siempre y cuando afecte el plazo; y, ii) por atrasos y/o paralizaciones no imputables al Contratista.

De las disposiciones citadas, se aprecia que la normativa de

contrataciones del Estado prevé la posibilidad de que el Contratista pueda solicitar la ampliación del plazo pactado, por atrasos y/o paralizaciones no imputables a este; debiendo precisarse que en dicho contexto, corresponde a la Entidad *-antes de aplicar la "penalidad por mora en la prestación"-* determine si se configura dicha causal, a efectos de resolver la solicitud de ampliación de plazo y notificar al Contratista, conforme a lo establecido en el Reglamento.

Sobre la Cuarta Pretensión

Corresponde que el Tribunal distribuya y prorratee estos costos entre las partes, si estima que el prorratio es razonable teniendo en cuenta las circunstancias del caso. No obstante ello, habiéndose acreditado la falta de probanza de cada una de las pretensiones del Demandante, este debe asumir los costos y gastos que el presente arbitraje genere.

VIII. DETERMINACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS Y ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS

8.1 Mediante la Orden Procesal N° 3 de fecha 11 de julio de 2019, el Tribunal Arbitral resolvió determinar los siguientes puntos controvertidos:

- **Primera Pretensión Principal:** Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare la nulidad, invalidez o ineficacia de la aplicación de penalidades por retraso en la entrega de medicamentos comunicada mediante Carta N° 705-2018-OA-OGA/MINSA de fecha 12 de julio de 2018 por un monto ascendente a S/ 566,808.52.

- **Primera Pretensión Subordinada de la Primera Pretensión Principal:** En caso el Tribunal Arbitral no ampare la Primera Pretensión Principal, determinar si corresponde o no reducir la penalidad aplicada por el Demandado.
- **Segunda Pretensión Principal:** Determinar si corresponde o no al Tribunal Arbitral declarar los retrasos que se hayan producido en la entrega de medicamentos que no sean imputables al Demandante, por lo que no correspondería aplicar penalidad alguna.
- **Tercera Pretensión Principal:** Determinar si corresponde o no al Tribunal Arbitral ordenar la devolución del monto indebidamente retenido por el Demandado que asciende a S/ 566,808.52 por la aplicación de penalidades, más los intereses legales correspondientes.
- **Cuarta Pretensión Principal:** Determinar si corresponde o no al Tribunal Arbitral ordenar al Demandado que asuma el pago del íntegro de las costas, costos y gastos arbitrales del presente arbitraje, y demás conceptos en los que se ha tenido que incurrir para ejercer la defensa del Demandante.

8.2 Mediante la Orden Procesal N° 3 de fecha 11 de julio de 2019, el Tribunal Arbitral admitió los medios probatorios ofrecidos por el Demandante y el Demandado.

IX. AUDIENCIA DE INFORMES ORALES

Con fecha 11 de diciembre de 2019, se llevó a cabo la audiencia de Informes Orales, luego que el Demandado y el Demandante presentaran sus alegatos finales mediante escritos del 8 de agosto de 2019 y 21 de agosto de 2019, respectivamente, y de efectuadas las argumentaciones adicionales sobre los medios probatorios admitidos.

En dicha oportunidad, el Tribunal Arbitral otorgó el uso de la palabra a los representantes de las partes a efectos que sustenten sus conclusiones sobre la controversia, quienes informaron y respondieron a las preguntas del Tribunal Arbitral, según consta en el video de registro de la audiencia.

X. PLAZO PARA LAUDAR

Mediante la Orden Procesal N° 9 de fecha 16 de diciembre de 2019, el Tribunal Arbitral resolvió disponer el cierre de las actuaciones arbitrales y fijar el plazo para laudar en cincuenta (50) días hábiles, de conformidad con los artículos 32° y 39° del Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima de 2017.

XI. CUESTIONES PRELIMINARES

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

- i) El presente proceso arbitral se constituyó de conformidad con las disposiciones establecidas en el Contrato;
- ii) En ningún momento se interpuso recusación contra los miembros del Tribunal Arbitral, ni se efectuó algún reclamo contra las reglas procesales establecidas en la Orden Procesal N° 02 de fecha 24 de abril de 2019;
- iii) El Demandante presentó su escrito de demanda dentro de los plazos establecidos, ejerciendo plenamente su derecho al debido proceso;

- iv) Por su parte, el Demandado fue debidamente emplazado, contestando la Demanda dentro del plazo dispuesto para ello y ejerció plenamente su derecho de defensa y;
- v) Las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios admitidos, así como ejercer la facultad de presentar alegatos.

En cuanto a los medios probatorios, el Tribunal Arbitral expresa que estos deben tener por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el árbitro respecto a los puntos controvertidos, conforme a los principios generales de la prueba: necesidad, originalidad, pertinencia y utilidad de la prueba. Estos medios probatorios deben ser valorados de manera conjunta, utilizando su apreciación razonada.

Asimismo, el Tribunal Arbitral deja constancia que de conformidad con lo establecido en la Orden Procesal N° 2, el Tribunal Arbitral tiene la facultad de determinar, de manera exclusiva, la pertinencia y valor de los medios probatorios admitidas, de conformidad con lo establecido en el artículo 43° del Decreto Legislativo N° 1071 - Ley que norma el arbitraje (en adelante, la Ley de Arbitraje).

Ello ha sido resaltado por los tribunales españoles cuando se ha indicado que "(...) la actividad probatoria en el arbitraje ofrece una serie de peculiaridades respecto del proceso civil; (...) Los árbitros han de pronunciarse sobre la pertinencia y admisibilidad de los medios probatorios, pero no vienen vinculados por las peticiones de las partes..." (Sentencia de fecha 30/11/87) ⁽²⁾

Siendo ello así, el Tribunal Arbitral a continuación analizará los argumentos vertidos por las partes, así como la valoración de los

² HINOJOSA SEGOVIA, Rafael. "El Recurso de Anulación contra los Laudos Arbitrales (Estudio Jurisprudencial)". Editorial Revista de Derecho Privado / Editoriales de Derecho Reunidas S.A. Madrid, España, 1991, p. 309.

medios probatorios que obran en el expediente, procediendo con el análisis de los puntos controvertidos.

CONSIDERANDO:

XII. ANÁLISIS

1. El presente proceso arbitral se deriva de las controversias surgidas del Contrato, suscrito entre el Contratista y la Entidad.

En este sentido, el Tribunal Arbitral deja constancia que procederá a resolver las controversias surgidas entre las partes en el orden establecido mediante Orden Procesal N° 3 de fecha 11 de julio de 2019.

2. Para tal efecto, es necesario precisar que constituye un principio general de todo proceso, el de la Carga de la Prueba, en función del cual corresponde a las partes probar los hechos que alegan, dicha norma elemental de lógica jurídica y de la doctrina procesal en materia de probanza.

3. Los medios probatorios por tanto, deben tener por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes y producir certeza en el juzgador a efectos de que, en función de aquéllos pueda decidir respecto a los puntos controvertidos, de acuerdo con los principios generales de la prueba referidos en párrafos anteriores .

Por su parte, el artículo 43º de la Ley de Arbitraje otorga a los árbitros, de manera exclusiva, la facultad plena de determinar el valor de las pruebas, siempre que la valoración sea realizada en forma conjunta y utilicen su apreciación razonada.

4. Conforme a lo determinado mediante Orden Procesal N° 3, de fecha 11 de julio de 2019, el primer y tercer punto controvertido a ser resuelto por el Tribunal Arbitral corresponden a:

"PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare la nulidad, invalidez o ineficacia de la aplicación de penalidades por retraso en la entrega de medicamentos comunicada mediante Carta N° 705-2018-OA-OGA/MINSA de fecha 12 de julio de 2018 por un monto ascendente a S/ 566,808.52."

"TERCER PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde o no al Tribunal Arbitral declarar los retrasos que se hayan producido en la entrega de medicamentos que no sean imputables al Demandante, por lo que no correspondería aplicar penalidad alguna."

El Tribunal Arbitral, en atención a la vinculación entre el primer y tercer punto controvertido, considera necesario realizar el análisis conjunto de ambos a efectos de establecer si, efectivamente, corresponde o no aplicar penalidad al Demandante, toda vez, que ambos puntos controvertidos se centran en dicho aspecto.

5. En atención a ello, teniendo en cuenta que el centro de la controversia radica en determinar si se ha producido un retraso injustificado en el cumplimiento del contrato por parte del Demandante, es necesario analizar aspectos referidos a si el mismo se encontraba en disposición para dar cumplimiento a su obligación de entregar los bienes establecidos en el Contrato, la conducta desarrollada por las partes durante la ejecución del mismo, así como aquellas variaciones o modificaciones de las condiciones originales durante la ejecución contractual.

6. El contratista contaba con los bienes objeto del contrato: Uno de los aspectos que ha sido materia de posición del Demandante, es que éste contaba con los bienes objeto del Contrato en fecha muy anterior a la que aquellos debían entregarse a la Entidad conforme a los términos contractuales.

7. En ese sentido, de los medios probatorios presentados por el Demandante, se constata la existencia de las Declaraciones Únicas de Importación (Anexo A-4 de la Demanda), de las cuales, se aprecia que los bienes que debían ser entregados a la Entidad y que fueron requeridos por dicha parte mediante Carta N° 355-2017-OGA/MINSA de fecha 19 de diciembre de 2017, se encontraban a disposición del Demandante con fecha anterior al 31 de octubre de 2017.

Guía de Remisión N°	Producto	Cantidad	Lote	DUA Importación	Fecha
011-002931	Azitromicina 500 mg TAB	100,000	807170605	118-2017-10-322271-00	22/08/2017
011-002931	Carbamazepina 200 mg TAB	200,000	929170607	118-2017-10328733-00	25/08/2017
011-002931	Clorfeniramina maleato 10 mg/mL INY 1 mL	50,000	170612	118-2017-10-203835-00	17/07/2017
011-002931	Dexametasona fosfato (como sal sódica) 4 mg/2mL INY 2mL	200,000	170705	118-2017-10-335030-00	29/08/2017
011-002931	Gabapentina 300 mg TAB	5,000	656170602	118-2017-10328733-00	25/08/2017
011-002931	Gentamicina (como sulfato) 40 mg/mL INY 2 mL	20,000	170651	118-2017-10-302227-00	08/08/2017
011-002931	Ibuprofeno 400 mg TAB	1,000,000	833170617 833170618	118-2017-10-365312-00	19/09/2017
011-002931	Metamizol sódico 1 g INY 2 mL	50,000	170722	118-2017-10-322271-00	22/08/2017
011-002931	Metronidazol 500 mg TAB	300,000	847170610	118-2017-10-339210-00	01/09/2017
011-002931	Naproxeno (como sal sódica) 500 mg TAB	700,000	668170902	118-2017-10-402697-00	12/10/2017
011-002931	Salbutamol (como sulfato) 100 ug/dosis AER 200 DOSIS	40,000	702141	118-2017-10-310533-00	15/08/2017

011-0002932	Clorfenamina maleato 10 mg/mL INY 1 mL	15,000	170612 170613	118-2017-10- 263835-00	17/07/2017
011-0002932	Gentamicina (como sulfato) 40 mg/mL INY 2 mL	10,000	170651	118-2017-10- 302227-00	08/08/2017
011-0002932	Ibuprofeno 400 mg TAB	1,000,000	833170618 833170619	118-2017-10- 365312-00	19/09/2017
011-0002932	Metamizol sódico 1 g INY 2 mL	50,000	170722	118-2017-10- 322271-00	22/08/2017
011-0002932	Metronidazol 500 mg TAB	200,000	947170611	118-2017-10- 339210-00	01/09/2017
011-0002932	Naproxeno (como sul sódico) 500 mg TAB	500,000	668170806 668170902	118-2017-10- 402697-00	12/10/2017

8. De lo expuesto, ha quedado acreditado que el Demandante contaba con los bienes objeto del Contrato en fecha anterior a la que debía realizar la entrega a la Entidad, con lo cual, a criterio del Tribunal este aspecto denota que el retraso en la entrega de los bienes se ha debido a otro factor.
9. **Conducta de las Partes durante la ejecución contractual:** Un aspecto que ha sido expuesto en el desarrollo del proceso arbitral, está referido a que el Demandante ha señalado que ha actuado, en todo momento, en el marco del Contrato y de acuerdo con las indicaciones de la Entidad.
10. Se aprecia de la revisión del Contrato que la cláusula Vigésimo Tercera autorizaba las comunicaciones electrónicas entre las partes en el marco de la ejecución del mismo, como se detalla a continuación:

	CLÁUSULA VIGÉSIMO TERCERA: DOMICILIO PARA EFECTOS DE LA EJECUCIÓN CONTRACTUAL
	Las partes declaran el siguiente domicilio para efecto de las notificaciones que se realicen durante la ejecución del presente contrato:
	DOMICILIO DE LA ENTIDAD: Av. Salaverry N° 801, distrito de Jesús María, provincia y departamento de Lima.
	DOMICILIO DEL CONTRATISTA: Calle Felipe Santiago Salaverry N° 419, Urbanización El Pino, distrito de San Luis, provincia y departamento de Lima.
	Asimismo, EL CONTRATISTA autoriza que las notificaciones o cualquier comunicado de LA ENTIDAD durante la etapa de ejecución contractual se realicen a través de las siguientes direcciones de correo electrónico:
	CORREOS ELECTRÓNICOS DEL CONTRATISTA: minzua@labot.com.pe , ividaurre@labot.com.pe y koluhua@labot.com.pe .

- 11.** En atención a esta disposición contractual, las partes se han cursado comunicaciones electrónicas en relación con la ejecución del Contrato, esto es, la entrega de los bienes. Ello se puede advertir, entre otros, en el mail de fecha 11 de octubre de 2017, que se copia a continuación:

Juan Vidaurre Corbetto

De: MOISES EMILIO LOA UGAZ <mloa@minsa.gob.pe>
Enviado el: miércoles, 11 de octubre de 2017 06:24 p.m.
Para: Marko Antonio Inzua Mabama; Juan Vidaurre Corbetto; Karen Chihua Coahuana
CC: FLOR HILDA VERASTIGUE SALAZAR; JORGE VICTOR TORRES PAREDES; SONIA MILY LEON RIVERA; LUIS MAMANI GILBERTO
Asunto: RE: NOTIFICACION DE ORDEN DE COMPRA 1129-2017 - INFORMACION COMPLEMENTARIA.
Datos adjuntos: O.C. 1129.pdf

Estimados Señores
LABORATORIOS AMERICANOS S.A.

En relación a la Orden de Compra N° 1129-2017 notificada a su representada el día 04/10/2017, adjuntamos la reformulación de las cantidades de medicamentos correspondiente a las tres primeras entregas del presente ejercicio, la cual incluye al Hospital de Villa El Salvador, con lo cual se cumple con la distribución de la mensualidad establecida en el Anexo N° 04 de las Bases Subasta Inversa Electrónica Corporativa N 010-2016-CENARES/MINSA.

Asimismo, informamos que habiéndose desactivado el Instituto de Gestión de Servicios de la Salud - EX - IGSS a inicios de año, se ha coordinado acciones con el Centro Nacional de Abastecimiento de Recursos Estratégicos en Salud - CENARES, para la recepción de los medicamentos destinados a las dependencias a cargo del EX-IGSS en sus almacenes debidamente implementados, la misma que se formalizará a través de una adenda.

En tal sentido, deberán hacer la entrega de los suministros según las cantidades detalladas en la Orden de Compra reformulada a las siguientes direcciones según corresponda:

- Almacén de productos no refrigerados: Calle Los Eucaliptos Sector Santa Genoveva Parcela 6 Sub Lote B1 distrito de Lurín – CENARES.
- Almacén de productos refrigerados: Av. Quilca N° 630 Callao – CENARES.

Atentamente,

MOISES EMILIO LOA UGAZ.

- 12.** Asimismo, se evidencia que la Entidad indicaba, a través de correos electrónicos, los lugares en los que se iban a realizar las entregas de los medicamentos objeto del Contrato cómo se registra en el correo electrónico de fecha 06 de noviembre de 2017, que se copia a continuación:

Juan Vidaurre Corbetto

De: SONIA MILY LEON RIVERA <sleon@minsa.gob.pe>
Enviado el: lunes, 06 de noviembre de 2017 07:40 p.m.
Para: Marko Antonio Inzua Mabama; Juan Vidaurre Corbetto; 'kchihua@labot.com.pe'
CC: LIV YOVANA MIRANDA CASTILLO; JORGE DAVID BOHORQUES LI
Asunto: RV: Atención de medicamentos
Datos adjuntos: RESUMEN ENTREGAS MEDICAMENTOS DEL EX IGSS 06nov.xlsx

Estimados señores en virtud a las coordinaciones realizadas con la Sra. Yovanna Miranda quien se encuentra coordinando la entrega de los medicamentos en representación de la Dirección General de Operaciones en Salud del MINSA solicito la atención de los medicamentos adjudicados a su representada en el marco de los procedimientos de Selección por Subasta Inversa Nro. 009-2016-CENARES/MINSA y Nro. 010-2016-CENARES/MINSA, conforme a las coordinaciones realizadas, las mismas que se detalla a continuación:

1. La recepción de los medicamentos se realizará en el Almacén de CENARES cuya dirección se detalla en las ordenes notificadas.
2. Conforme a las coordinaciones realizadas ustedes nos estarían apoyando con la entrega de los medicamentos en 5 puntos, en los almacenes especializados de la DIRIS LIMA NORTE, DIRIS LIMA CENTRO, DIRIS ESTE, DIRIS LIMA SUR y HOSPITAL VILLA EL SALVADOR cuya dirección se detalla a continuación:

13. Estas comunicaciones, así como aquellas otras aportadas en la Demanda, evidencian que el Contratista mantuvo una comunicación constante con la Entidad y en base a esas mismas comunicaciones, el accionar del Demandante era regido o conducido, ajustando las entregas según las instrucciones que le eran impartidas, teniendo en cuenta la buena fe.

14. Díez Picazo define la buena fe como un standard de conducta arreglada a los imperativos éticos exigibles de acuerdo con la conciencia social imperante. En tal sentido, el referido autor manifiesta que:

"(...) 1° los contratos han de ser interpretados presuponiendo una lealtad y una corrección en su misma elaboración, es decir, entendiendo que las partes al redactar quisieron expresarse según el modo normal propio de gentes honestas y no buscando circunloquios, confusiones deliberadas u oscuridades;

2º la buena fe, además de un punto de partida ha de ser también un punto de llegada. El contrato debe ser interpretado de manera que el sentido que se le atribuya sea el más conforme para llegar a un desenvolvimiento leal de las relaciones contractuales y para llegar a las consecuencias contractuales conforme a las normas éticas”³.

- 15.** Por su parte, Manuel de la Puente indica que la buena fe es un elemento de la relación humana que se ha incorporado al Derecho, un principio inherente a la conducta de los hombres en la esfera más amplia de sus relaciones.

Como parte de las definiciones de buena fe según la doctrina pueden hallarse a BONFANTE, quien indica que la buena fe es la ausencia de dolo, y la honesta convicción (WINDSCHEID), la honradez (TUHR) la voluntad sincera, leal y fiel (GORPHE), la sinceridad y lealtad (GHESTIN) el deber de asistencia, de colaboración, de cooperación, de ayuda mutua y, al límite, de amistad y fraternidad (CORNU), la ausencia de fines ulteriores ocultos a la contraparte y que le son dañinos (MICCIO), la obligación de obrar como hombre honrado y consciente (PLANIOL y RIPERT)⁴.

- 16.** Para dar más contexto al sustento doctrinario antes mencionado, Robert Summers realizó un catálogo de supuestos típicos de mala fe, dejando más claro por contradicción, como se proyecta la buena fe en el cumplimiento de las obligaciones contractuales:

"Evadirse del espíritu del contrato (interpretaciones forzadas de cláusulas mal redactadas); cumplir sólo con lo sustancial y no con lo accesorio (en un contrato de construcción, negarse a ejecutar ciertos trabajos implícitamente considerados); abuso

³ **DÍEZ PICAZO, Luis.** "Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial". Volumen 1. Madrid: Tecnos. 1983. p. 263.

⁴ **DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel.** Op. Cit. p. 24

en determinar el incumplimiento (incumplimientos nimios o sin importancia); interferir en el cumplimiento de la otra parte (otorgar un mandato y privar al mandatario del objeto del mismo, transfiriendo el bien); solución abusiva de disputas (haciendo interpretaciones antojadizas de las cláusulas del contrato, a fin de tomar ventajas sobre la otra parte para lograr la renegociación); remedios oportunistas (renegociar el contrato imponiendo condiciones mucho más onerosas); y, finalmente, abuso del poder de terminación del contrato.”⁵

17. Como se menciona, la buena fe es una institución jurídica que nació como una regla moral para luego convertirse en una regla jurídica. Al respecto, esta regla jurídica no se limita al derecho privado, sino que ha extendido sus efectos en diversas especialidades.

18. En el derecho privado, en la negociación, celebración y ejecución del contrato, se desarrolla una lealtad de comportamiento caracterizado por un consiente respeto al interés del otro contrayente.

En tal sentido, según Juan Espinoza⁶, el artículo 1362º del Código Civil desarrolla este tipo de buena fe, que se traduce en el comportamiento de activa cooperación en el interés ajeno, en un comportamiento de fidelidad al vínculo por el cual una parte de la relación obligatoria está disponible para cumplir las expectativas de prestación de la contraparte⁷.

19. En el presente caso, debemos de precisar que, según el numeral 45.3 de la Ley de Contrataciones del Estado en el que se establece el orden de prelación para la solución de controversias contractuales; y en concordancia con lo establecido en la Primera Disposición

⁵ **ZUSMAN T., Shoschana.** Buena fe contractual. THEMIS No. 51, pp. 25-26.

⁶ **ESPINOZA E., Juan.** El principio de la buena fe. p. 29.

⁷ **BETTI, Emilio.** Teoria generale de lle obbligazioni, I, Prolegomeni: funzione económico-sociale de irapporti d’obbligazione, Giuffrè, Milano, 1953, p. 67.

Complementaria Final del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, en ausencia de normas de derecho público se aplican las normas de carácter general del derecho privado, Código Civil, especialmente en la fase de ejecución contractual.

Al respecto, el artículo 1362⁸ del Código Civil es una norma de carácter general ya que contiene una institución jurídica que es compartida en diversas especialidades del derecho, siendo su principal característica la cooperación en el interés ajeno.

20. En el caso peruano, la institución de la buena fe no dista de lo expuesto por los autores antes citados, ni por lo expuesto por la Corte Argentina. Según el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE:

"(...) toda vez que la Primera Disposición Complementaria Final del Reglamento señala que, en lo no previsto en la Ley y el Reglamento, son de aplicación supletoria las normas de derecho público y, sólo en ausencia de éstas, las de derecho privado; la aplicación supletoria⁹ del Código Civil¹⁰ en la fase de ejecución contractual resultará necesaria con la finalidad de suplir la falencia o vacío existente en la normativa de contrataciones del Estado, previo análisis de compatibilidad. (...) "¹¹

⁸ **CÓDIGO CIVIL. Artículo 1362°.- Buena Fe**

Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.

⁹ Entiéndase por supletoriedad la situación que implica la existencia de "(...) la norma uno, a la que le corresponde regular un hecho pero no lo hace, denominada *suplida*, y a la norma dos, que sí contiene una regulación para tal hecho, llamada *supletoria*", las que comúnmente se conectan o vinculan a través de una remisión. NEVES MUJICA, Javier. Introducción al Derecho del Trabajo. Lima: Ara Editores, año 1997, Pág. 131 y 132.

¹⁰ Este criterio ha sido desarrollado en la Opinión N° 107-2012/DTN, señalándose que ante la ausencia de regulación de algún hecho o situación en la normativa de contrataciones del Estado que se ocupa de la ejecución contractual, será necesario recurrir, supletoriamente, a las disposiciones del Código Civil que resulten compatibles, y no a las disposiciones de la Ley N° 27444, pues estas resultarían incompatibles con la lógica contractual.

¹¹ Opinión No. 065-2019/DTN.

- 21.** Por lo tanto, siendo la buena fe una institución jurídica, considerada por algunos juristas como un principio general del derecho, es de aplicación general y, por lo tanto, integrante de la normativa de la contratación estatal, teniendo como consecuencia la exigencia a las partes contratantes que obren con diligencia, demostrando cooperación al interés ajeno. En la Opinión No. 065-2019 del OSCE se indica que:

"(...) debe señalarse que, en el marco de la normativa de contrataciones del Estado, un contrato es un acuerdo de voluntades a través del cual tanto la Entidad como el proveedor buscan satisfacer su respectivo interés; en este aspecto no existe mayor diferencia entre éstos contratos y los contratos entre privados, salvo por el hecho que la Entidad representa el interés público y, por tanto, goza de potestades especiales que le permiten (...)”¹².

- 22.** En el presente caso, el Demandante ha mantenido una actuación honrando la buena fe contractual prevista en el artículo 1362º del Código Civil peruano, norma de aplicación supletoria por ser de carácter general y compatible con la normativa de contratación pública.

En tal sentido, las comunicaciones por medios electrónicos con base al acuerdo contractual son en buena fe por dos motivos principales: 1. Todo acto amparado en el acuerdo de voluntades no puede ser considerado de mala fe, ya que se trata del cumplimiento de un acuerdo entre las partes. En el presente caso, nos referimos al acuerdo arribado entre las partes para utilizar la comunicación mediante medios electrónicos; y 2. El hecho que la comunicación electrónica facilita la puesta en conocimiento de todas las vicisitudes en la ejecución del Contrato.

¹² Opinión No. 065-2019.

La comunicación electrónica implementada por las partes, por lo tanto, no solo es un acto válido y contractualmente permitido por la Entidad y el Contratista, sino que también constituye una expresión de cooperación para que el interés de la Entidad pueda ser alcanzado.

- 23.** Adicionalmente, si tomamos como referencia a la lista de supuestos de mala fe realizada por Robert Summers, la conducta del Contratista es sumamente extraña a tales supuestos, es todo lo contrario.

La actuación del Contratista tenía como objetivo poner en conocimiento de la Entidad todas las circunstancias y trabas que pudieran existir para el cumplimiento de su obligación por ser de interés de la Entidad.

De esta manera, fluye de lo actuado en el presente arbitraje que mediante las comunicaciones que cursó el Contratista, en todo momento, tuvo como propósito el mantener informada a la Entidad para lograr el mejor de los escenarios en el cumplimiento del Contrato.

- 24.** En tal sentido, conforme a lo expuesto en los párrafos precedentes, la actuación del Contratista fue diligente, dentro de un nivel razonable de exigencia a un contratista experimentado.

Por lo tanto, este Tribunal Arbitral constata la actuación de buena de parte del Contratista, durante el transcurso de la ejecución contractual, siendo que en el presente proceso arbitral no se ha demostrado, ni provisto prueba alguna que demuestre que el mismo actuó de mala fe en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales; concretamente, la Entidad no ha demostrado que el Contratista, contando con los bienes objeto de entrega, hubiese dilatado el cumplimiento de sus obligaciones en base a un comportamiento en el cual pueda atribuírsele un actuar de mala fe.

25. Variaciones o modificaciones de las condiciones originales

durante la ejecución contractual: Un aspecto fundamental del análisis a cargo del Tribunal Arbitral corresponde al cambio del lugar de entrega de los medicamentos efectuado por las partes mediante la suscripción de la Adenda N° 1 al Contrato, con fecha 08 de noviembre de 2017.

- 26.** Si bien en el marco de la ejecución de un contrato es perfectamente válido que las partes suscriban adendas a fin de modificar aspectos del contrato primigenio, en opinión del Tribunal Arbitral, en el presente caso, este hecho reviste especial relevancia, debido a que, en los términos originales del Contrato, el Contratista debía realizar la entrega de los medicamentos en la siguiente dirección: Av. Venezuela N° 2195, distrito, provincia y departamento de Lima, como se aprecia de la siguiente imagen:

CLÁUSULA QUINTA: DEL PLAZO DE LA EJECUCIÓN DE LA PRESTACIÓN

El plazo de ejecución del presente contrato se inicia a partir del día siguiente de la suscripción del contrato. La ejecución del contrato cuenta con un cronograma de veinticuatro (24) meses, debiendo realizarse las entregas según el Cuadro de Distribución señalado en el Anexo N° 4 de las Bases del procedimiento de selección de Subasta Inversa Electrónica Corporativa N° 009-2016-CENARES/MINSA,

Plazo de entrega:

La entrega de los bienes se realizará en el Almacén Especializado de medicamentos de **LA ENTIDAD**, sito en la Av. Venezuela N° 2195, distrito, provincia y departamento de Lima, de acuerdo a lo descrito para cada ítem, detallado en el Anexo N° 1 de las Bases del procedimiento de selección de Subasta Inversa Electrónica Corporativa N° 009-2016-CENARES/MINSA, debiendo tener en consideración las siguientes precisiones:

- 27.** Es así que, en virtud a la referida Adenda N° 01, las partes acordaron que la entrega de los medicamentos a cargo del Contratista debía realizarse en una nueva dirección: Calle Los Eucaliptos Sector Santa Genoveva Parcela 6 Sub Lote B1, distrito de Lurín, provincia y departamento de Lima, como se tiene a continuación:

CLÁUSULA SEGUNDA: OBJETO

LA ENTIDAD y EL CONTRATISTA acuerdan suscribir la Adenda N° 01, que tenga como objeto precisar el lugar de entrega de los productos farmacéuticos materia del presente Contrato, lo cual supone que las Clausulas Quinta y Novena, quedarán reductadas de la siguiente manera:

"CLÁUSULA QUINTA: DEL PLAZO DE LA EJECUCIÓN DE LA PRESTACIÓN

El plazo de ejecución del presente contrato se inicia a partir del día siguiente de la suscripción del contrato. La ejecución del contrato cuenta con un cronograma de veinticuatro (24) meses, debiendo realizarse las entregas según el Cuadro de Distribución señalado en el Anexo N° 4 de las Bases del procedimiento de selección de la Subasta Inversa Electrónica Corporativa N° 009-2016-CENARES/MINSA.

Plazo de entrega:

La entrega de los bienes se realizará en el almacén especializado de medicamentos del Centro Nacional de Abastecimiento de Recursos Estratégicos en Salud (CENARES), sito en Calle Los Eucaliptos Sector Santa Genoveva Parcela 6 Sub Lote B1, distrito de Lurin, provincia y departamento de Lima, de acuerdo a lo descrito para cada ítem, detallado en el Anexo N°1 de las Bases del procedimiento de selección de la Subasta Inversa Electrónica Corporativa N° 009-2016-CENARES/MINSA, debiendo tener en consideración las siguientes precisiones:

"CLÁUSULA NOVENA: LUGAR, FORMAS Y CONDICIONES DE ENTREGA**Horario y lugar de entrega:**

Los productos farmacéuticos adjudicados deberán ser entregados por **EL CONTRATISTA** en el almacén especializado de medicamentos del Centro Nacional de Abastecimiento de Recursos Estratégicos en Salud (CENARES), sito en Calle Los Eucaliptos Sector Santa Genoveva Parcela 6 Sub Lote B1, distrito de Lurin, provincia y departamento de Lima, en los días hábiles de lunes a viernes, los horarios de atención se establecerán en coordinación con el responsable del Almacén Especializado, previo al ingreso de los productos farmacéuticos.

28. Asimismo, adicionalmente a lo anterior, otro aspecto sustancial que tiene que ser tomado en cuenta por el Tribunal Arbitral en su análisis, corresponde a lo señalado por el Demandante en el desarrollo del proceso arbitral, respecto al hecho que, con que la suscripción de la referida Adenda N° 01, adicionalmente a la modificación del lugar para la entrega de los bienes objeto del Contrato, también se modificaron los plazos de la entrega originalmente pactados.
29. De la revisión del Contrato se aprecia que la cláusula quinta del mismo establecía los plazos para la entrega de los bienes, como se puede apreciar de la siguiente imagen:

CL ÁUSULA QUINTA: DEL PLAZO DE LA EJECUCIÓN DE LA PRESTACIÓN

El plazo de ejecución del presente contrato se inicia a partir del día siguiente de la suscripción del contrato. La ejecución del contrato cuenta con un cronograma de veinticuatro (24) meses, debiendo realizarse las entregas según el Cuadro de Distribución señalado en el Anexo N° 4 de las Bases del procedimiento de selección de Subasta Inversa Electrónica Corporativa N° 009-2016-CENARES/MINSA.

Plazo de entrega:

La entrega de los bienes se realizará en el Almacén Especializado de medicamentos de **LA ENTIDAD**, sito en la Av. Venezuela N° 2195, distrito, provincia y departamento de Lima, de acuerdo a lo descrito para cada ítem, detallado en el Anexo N° 1 de las Bases del procedimiento de selección de Subasta Inversa Electrónica Corporativa N° 009-2016-CENARES/MINSA, debiendo tener en consideración las siguientes precisiones:

Primera entrega:

Se entiende como primera entrega, la correspondiente al primer mes (Mes 1) según el Anexo N° 4 de las Bases del procedimiento de selección de Subasta Inversa Electrónica Corporativa N° 009-2016-CENARES/MINSA del cronograma general establecido, a partir del segundo mes del cronograma se considera como entregas sucesivas, así no exista programación de entregas previas.

La primera entrega (Mes 1) hasta los sesenta (60) días calendario, contados a partir del día siguiente de la suscripción del contrato.

La orden de compra deberá ser notificada a **EL CONTRATISTA** hasta los cincuenta (50) días calendario, contados a partir del día siguiente de suscrito el contrato.

Entregas sucesivas:

Para las siguientes entregas, a partir del 2do mes (Mes 2) del cronograma, el plazo vence el último día hábil del mes correspondiente.

La orden de compra deberá ser notificada a **EL CONTRATISTA** hasta el día quince (15) del mes correspondiente a la entrega.

Si las órdenes de compra fueron giradas correctamente, pero en forma adelantada, no es necesario devolverlas, bastará con informarle a **LA ENTIDAD**, ya sea por cara, fax, o correo electrónico, que dicha orden de compra será atendida en el mes que le corresponda.

30. En ese sentido, habiéndose cambiado el lugar de entrega mediante la Adenda N° 1, a consideración de este Tribunal, también se habrían modificado los plazos de entrega originalmente acordados por las partes, dado que, el plazo de sesenta (60) días calendario que se indican en el Contrato primigenio no podía ser cumplido por propia decisión de la Entidad proveniente del cambio del lugar de entrega.

31. Incluso, como se puede apreciar del correo electrónico de fecha 10 de noviembre de 2017 (Anexo de la Demanda), la Entidad había dado indicaciones para que los medicamentos se entreguen en direcciones

distintas a la señalada en la Adenda, como se puede apreciar a continuación:

Juan Vidaurre Corbetto

De: Juan Vidaurre Corbetto
Enviado el: viernes, 10 de noviembre de 2017 05:20 p.m.
Para: 'Sonia Leon Rivera'; Marko Antonio Inzua Mabama
CC: SONIA MILY LEON RIVERA (sleon@minsa.gob.pe); Walter Garcia Chapa; Karla Feijoo Escudero
Asunto: RE: Distribución Medicamentos

Estimada Sonia:

Tenemos algunas dudas con respecto a la entrega;

1. En el cuadro figura la misma dirección para Hospital Villa el Salvador- SAMU y DIRIS Lima Norte que es Pasaje del Aguila s/m Rimac). Por favor confirmar si ambos lugares es el mismo
2. En el correo (punto 5.) indica que SAMU y HVES serán entregados en el Hospital Villa El salvador; sin embargo no nos indican dirección del referido Hospital.

Saludos,

Juan Vidaurre Corbetto
Analista de Licitaciones
Laboratorios Americanos SA.
T (511) 626 8600 anexo 6154 | F (511) 326 4793
RPC 865402092
www.labot.com.pe

De: Sonia Leon Rivera (<mailto:sonialeonrivera@gmail.com>)
Enviado el: viernes, 10 de noviembre de 2017 12:05 p.m.
Para: Marko Antonio Inzua Mabama; Juan Vidaurre Corbetto
Asunto: Distribución Medicamentos

Adjunto la información solicitada.

Saludos

Sonia León

32. Adicionalmente, el Tribunal Arbitral aprecia que existen indicaciones brindadas por la Entidad al Contratista precisando las direcciones de entrega de los medicamentos distintas a la señalada en la Adenda N° 1. Tal es el caso de lo señalado en el correo electrónico de fecha 06 de diciembre de 2017, el cual se inserta a continuación:

Juan Vidaurre Corbetto

De: Juan Vidaurre Corbetto
Enviado el: miércoles, 06 de diciembre de 2017 03:43 p.m.
Para: 'SONIA MILY LEON RIVERA'
CC: Sonia Leon Rivera (sonialeonrivera@gmail.com); Marko Antonio Inzua Mabamari; Karla Feijoo Escudero; Walter García Chapa
Asunto: RE: Distribución Medicamentos

Estimada Sra. Sonia

Sirva la presente para hacer las siguientes precisiones debido a que nos han enviado dos cuadros de distribución que difieren entre sí.

- Producto Amoxicilina 250 mg SIEC N° 009-2017 CENARES/MINSA EN LA ENTREGA 2 se indica el total del 5,000 unidades pero en DISTINTAS DISTRIBUCIONES;

PUNTO	CANTIDAD	
	CUADRO 1	CUADRO 2
RED RIMAC	0	25
RED TUPAC AMARU	0	113
RED VMT	3500	3372
LEM	0	168
RED SJL	1500	1319
SAMU	0	3
TOTAL	5000	5000

- Producto Benzatina 240000 con diluyente EN LA ENTREGA 1 y 3 se indican DISTINTAS DISTRIBUCIONES;

PUNTO	ENTREGA 1		ENTREGA 3	
	CUADRO 1	CUADRO 2	CUADRO 1	CUADRO 2
RED RIMAC	200	217	150	162
RED TUPAC AMARU	250	244	200	183
RED PUENTE PIEDRA	250	271	200	203
RED VES	200	181	150	135
RED VMT	200	181	150	135
RED BARRANCO	350	361	250	271
LEM	150	144	100	108
RED LIMA CIUDAD	1800	1809	1350	1356
RED SJL	600	589	450	442
SAMU	0	3	0	5
HOSP. VILLA EL SALVADOR	0	0	0	0
TOTAL	4000	4000	3000	3000

- Producto Clindamicina 300 mg EN LA ENTREGA 1, 2 y 3 se indican DISTINTAS DISTRIBUCIONES;

33. Cabe precisar que estas comunicaciones electrónicas no han sido cuestionadas ni desvirtuadas por la Entidad, por lo que, a criterio del Tribunal Arbitral, demuestran que, durante la ejecución contractual, la Entidad modificó unilateralmente los lugares de entrega de los medicamentos.

34. Oportunidad de la entrega de bienes: A criterio del Tribunal Arbitral es preciso evaluar la oportunidad de la entrega de los bienes

en función a como se desarrolló el Contrato en atención a lo indicado por las partes. Así tenemos, que la Cláusula Quinta del Contrato estableció las oportunidades de entrega de los bienes, habiéndose precisado las siguientes:

- La primera entrega, hasta los sesenta (60) días calendario, contados a partir del día siguiente de la suscripción del Contrato. Teniendo en cuenta que el Contrato se suscribió con fecha 22 de agosto de 2017, esta primera entrega se debía de realizar hasta el 21 de octubre de 2017.
- Para las siguientes entregas, a partir del segundo mes (Mes 2) del cronograma, el plazo vence el último día hábil del mes correspondiente. En atención a esta disposición la segunda entrega se realizaría a más tardar el 30 de noviembre de 2017.

No obstante, conforme se aprecia del correo electrónico de fecha **11 de octubre de 2017** (Anexo A-5 de la Demanda) remitido diez (10) días antes del vencimiento del plazo para la primera entrega de los bienes, conforme se ha detallado precedentemente, fue la propia Entidad que le indicó al Contratista que se modificaría el lugar de la entrega de los bienes, como se advierte de la siguiente imagen:

Juan Vidaurre Corbetto

De: MOISES EMILIO LOA UGAZ <mloa@minsa.gob.pe>
Enviado el: miércoles, 11 de octubre de 2017 06:24 p.m.
Para: Marko Antonio Inzua Mabama; Juan Vidaurre Corbetto; Karen Chihua Ccahuana
CC: FLOR HILDA VERASTIGUE SALAZAR; JORGE VICTOR TORRES PAREDES; SONIA MILY LEÓN RIVERA; LUIS MAMANI GILBERTO
Asunto: RE: NOTIFICACION DE ORDEN DE COMPRA 1129-2017 - INFORMACION COMPLEMENTARIA.
Datos adjuntos: O.C. 1129.pdf

Estimados Señores
LABORATORIOS AMERICANOS S.A.

En relación a la Orden de Compra N° 1129-2017 notificada a su representada el día 04/10/2017, adjuntamos la reformulación de las cantidades de medicamentos correspondiente a las tres primeras entregas del presente ejercicio, la cual incluye al Hospital de Villa El Salvador; con lo cual se cumple con la distribución de la mensualidad establecida en el Anexo N° 04 de las Bases Subasta Inversa Electrónica Corporativa N 010-2016-CENARES/MINSA.

Asimismo, informamos que habiéndose desactivado el Instituto de Gestión de Servicios de la Salud EX-IGSS a inicios de año, se ha coordinado acciones con el Centro Nacional de Abastecimiento de Recursos Estratégicos en Salud – CENARES, para la recepción de los medicamentos destinados a las dependencias a cargo del EX-IGSS en sus almacenes debidamente implementados, la misma que se formalizará a través de una adenda.

En tal sentido, deberán hacer la entrega de los suministros según las cantidades detalladas en la Orden de Compra reformulada a las siguientes direcciones según corresponda:

- Almacén de productos no refrigerados: Calle Los Eucaliptos Sector Santa Genoveva Parcela 6 Sub Lote B1 distrito de Lurín – CENARES;
- Almacén de productos refrigerados: Av. Quilca N° 630 Callao – CENARES;

Atentamente.

MOISES EMILIO LOA UGAZ

Asimismo, resulta sustancial para el Tribunal Arbitral evidenciar que este mail se encuentra corroborado con la Carta N° 197-2017-OGA-MINSA de fecha 02 de noviembre de 2017 (Anexo A-3 de la Demanda), en la cual, la Entidad señaló que se modificaría el contrato mediante adenda cambiando el lugar de entrega de los bienes, como se puede leer de la siguiente imagen:

	PERU Ministerio de Salud	"Año del Buen Servicio al Ciudadano"
Lima, 02 NOV. 2017		
CARTA N° 197-2017-OGA/MINSA		
Señores LABORATORIOS AMERICANOS S.A. Calle Felipe Santiago Salaverry N°419, Urb El Pino - San Luis Presente.-		
Asunto:	Adenda que modifica lugar de entrega de los productos farmacéuticos al Contrato N° 139-2017-MINSA – S.I.E.C. N° 009-2016-CENARES/MINSA – Primera Convocatoria – EX IGSS	
Por medio del presente, tengo el agrado de dirigirme a usted, a efectos de señalar lo siguiente:		
Conforme fue comunicado oportunamente vía correo electrónico, la modificación del lugar de entrega de los productos farmacéuticos al almacén sito en Calle Los Eucaliptos Sector Santa Genoveva Parcela S, Sub Lote B1, distrito de Lurín, provincia y departamento de Lima, sería formalizada mediante la suscripción de la respectiva adenda.		
Al haberse determinado por parte de la Dirección General de Operaciones en Salud –DGOS que a partir del 27 de octubre de 2017 se dará inicio al proceso de verificación y recepción de los productos farmacéuticos de los contratos derivados de la SIEC N° 009-2016-CENARES/MINSA y SIEC N° 010-2016-CENARES/MINSA, se estaría cerrando el hecho generador del atraso para la primera entrega de los productos farmacéuticos, dado que en mérito de lo señalado por el área usuaria (lugar de entrega, personal encargado de la recepción de los productos farmacéuticos y plazo de atención para la entrega), la Entidad recién cuenta con todos los elementos que permiten la suscripción de la adenda que modifica el lugar de entrega de los productos farmacéuticos, en estricto cumplimiento de lo establecido en el numeral 34.1 del artículo 34 de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, concordado con el artículo 142 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Decreto Supremo N° 360-2015-EF.		

Con ello, resulta claro que la primera oportunidad de entrega de los bienes fue cambiada por la propia decisión de la Entidad.

Del mismo modo, resulta necesario establecer que la segunda oportunidad de entrega de los bienes establecida en el Contrato y que debía cumplirse a más tardar el 30 de noviembre de 2017, también fue variada debido a que como se advierte de los correos electrónicos de fechas 10 y 14 de noviembre de 2017 (Anexos A-9 y A-10 de la Demanda) la Entidad indicó direcciones distintas a la establecida en la Adenda N° 1, como se puede advertir del siguiente documento:

Juan Vidaurre Corbetto

De: Juan Vidaurre Corbetto
Enviado el: viernes, 10 de noviembre de 2017 05:20 p.m.
Para: 'Sonia Leon Rivera'; Marko Antonio Inzua Mabana
CC: SONIA MILY LEON RIVERA (sleon@minsa.gob.pe); Walter Garcia Chapa; Karla Feijoo Escudero
Asunto: RE: Distribución Medicamentos

Estimada Sonia:

Tenemos algunas dudas con respecto a la entrega:

1. En el cuadro figura la misma dirección para Hospital Villa el Salvador- SAMU y DIRIS Lima Norte que es Pasaje del Aguila s/m Rimac). Por favor confirmar si ambos lugares es el mismo
2. En el correo (punto 5.) indica que SAMU y HVES serán entregados en el Hospital Villa El salvador; sin embargo no nos indican dirección del referido Hospital.

Saludos,

Juan Vidaurre Corbetto
Analista de Licitaciones
Laboratorios Americanos SA.
T (511) 626 8600 anexo 6154 | F (511) 326 4793
RPC 965402092
www.labo.com.pe

Atentamente,
Juan Vidaurre Corbetto

De: Sonia Leon Rivera [mailto:sonialeonrivera@gmail.com]
Enviado el: viernes, 10 de noviembre de 2017 12:05 p.m.
Para: Marko Antonio Inzua Mabana; Juan Vidaurre Corbetto
Asunto: Distribución Medicamentos

Adjunto la información solicitada.

Saludos

Sonia León

De esta manera, resulta diáfano establecer que las oportunidades de entrega de los bienes fueron variadas por la decisión de la Entidad, habiendo incluso dado indicaciones distintas a las establecidas en el Contrato y en la Adenda N° 1.

El Tribunal Arbitral, además, advierte que ninguna de las comunicaciones, ni medios probatorios presentados por el Contratista han sido desvirtuados por la Entidad, ni tampoco se ha negado su existencia o validez.

35. Ahora, resulta necesario analizar el requerimiento efectuado por la Entidad mediante Carta N° 355-2017-OGA/MINSA de fecha 19 de diciembre de 2017, a través de la cual, se emplaza al Contratista a cumplir con la entrega de los medicamentos:

CARTA NOTARIAL

Lima, 19 de Diciembre de 2017

CARTA N° 355-2017-OGA/MINSA

Señores:
LABORATORIOS AMERICANOS S.A.
Calle Felipe Santiago Salaverry 11419, Jirón P. 10 - Centro
Proyecto:-

Asunto: Requerimiento de cumplimiento de obligaciones del Contrato N° 04-2017-MINSA - S.I.E.O. N° 009 2016 CENARES/MINSA - Primera Convocatoria - EX 1835 (Orden de Compra N° 1129-2017).

Por medio del presente, tengo el honor de dirigirme a usted, a efectos de informarle lo siguiente.

La Cláusula Quinta del contrato suscrito establece que respecto a la primera entrega de los productos farmacéuticos, se realiza hasta los sesenta (60) días calendario, contados a partir del día siguiente de la suscripción del contrato, debiendo la orden de compra ser notificada al Contratista hasta los cincuenta (50) días calendario, contados a partir del día siguiente de suscripción del contrato. De lo cual se viene informando en ese momento de representada cuenta con un plazo máximo de diez (10) días calendario para realizar la primera entrega de los productos farmacéuticos.

La Adenda que modifica el primer entrega de los productos farmacéuticos se suscribió con su representante el 08 de noviembre de 2017, por lo que la Empresa debía entregar los productos farmacéuticos correspondientes a la primera entrega hasta el sábado 16 de noviembre de 2017, fecha que se trasladó hasta el lunes 20 de noviembre de 2017 por aplicación supletoria de lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 165 del Código Civil.

Asimismo, respecto a las entregas sucesivas la Cláusula Quinta del contrato establece que a partir del 2do mes (Mes 2) del cronograma, el plazo vence el último día hábil del mes correspondiente, debiendo la orden de compra ser notificada al Contratista hasta a diecinueve (19) del mes correspondiente a la entrega.

En ese sentido, tomando en cuenta la fecha de suscripción del contrato y habiendo la Entidad cumplido con notificar la Orden de Compra N° 1129-2017 dentro del plazo previsto en el párrafo precedente, al último día hábil del 2do mes correspondiente al 19 de noviembre de 2017, por lo cual la Empresa tenía hasta dicha fecha para entregar los productos farmacéuticos de la segunda entrega.

Ahora bien, la representante se encuentra en la obligación de cumplir con cada uno de las entregas de los productos farmacéuticos, de acuerdo al cronograma señalado en las bases del procedimiento de selección, no obstante conforme a lo informado por el área usuaria su representante no ha cumplido con realizar la entrega de los bienes que a continuación se detallan, respecto de la primera y segunda entrega según se hace a las señas:

ENTREGA 3					
CD	DESCRIPCION DE LA ENTREGA	FECHA	QUANTIDAD	LABORATORIO	VALOR
00000	DIACETILINA 250 mg TABLETA	01	100.000	LABORATORIOS AMERICANOS SA	5.000
00001	DIACETILINA 250 mg TABL. 10 mg AL. INTERFAB. S.A.	01	100.000	LABORATORIOS AMERICANOS SA	5.000
00002	DIACETILINA 250 mg TABL. 10 mg AL. INTERFAB. S.A.	01	100.000	LABORATORIOS AMERICANOS SA	5.000
00003	DIACETILINA 250 mg TABL. 10 mg AL. INTERFAB. S.A.	01	100.000	LABORATORIOS AMERICANOS SA	5.000
00004	DIACETILINA 250 mg TABL. 10 mg AL. INTERFAB. S.A.	01	100.000	LABORATORIOS AMERICANOS SA	5.000
00005	DIACETILINA 250 mg TABL. 10 mg AL. INTERFAB. S.A.	01	100.000	LABORATORIOS AMERICANOS SA	5.000
00006	DIACETILINA 250 mg TABL. 10 mg AL. INTERFAB. S.A.	01	100.000	LABORATORIOS AMERICANOS SA	5.000
00007	DIACETILINA 250 mg TABL. 10 mg AL. INTERFAB. S.A.	01	100.000	LABORATORIOS AMERICANOS SA	5.000
00008	DIACETILINA 250 mg TABL. 10 mg AL. INTERFAB. S.A.	01	100.000	LABORATORIOS AMERICANOS SA	5.000
00009	DIACETILINA 250 mg TABL. 10 mg AL. INTERFAB. S.A.	01	100.000	LABORATORIOS AMERICANOS SA	5.000
00010	DIACETILINA 250 mg TABL. 10 mg AL. INTERFAB. S.A.	01	100.000	LABORATORIOS AMERICANOS SA	5.000

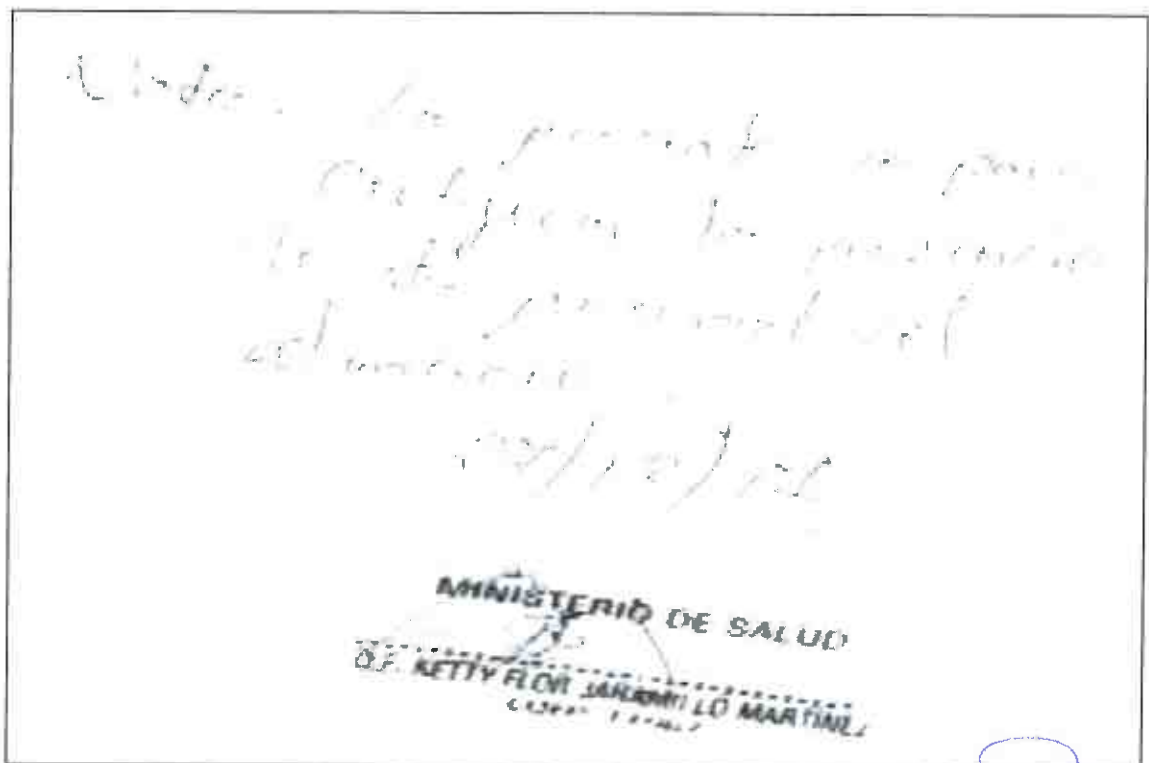
Finalmente, precisamos que la entrega de los productos farmacéuticos correspondiente a la tercera entrega vence el 20 de diciembre de 2017, no obstante estando a cierre del ejercicio fiscal, solicitamos que en el plazo máximo de tres (3) días de recibido el presente, nos confirme a los correos electrónicos iverastigue@minsa.gob.pe y acayllahuay@minsa.gob.pe la fecha estimada en que realizará dicha entrega.

MINISTERIO DE SALUD
DIRECCION GENERAL DE ADMINISTRACION
JOSÉ ERNESTO MONTAÑA DE PAULA
DIRECTOR GENERAL
DIRECCION GENERAL DE ADMINISTRACION

Página 43 de 54

37. Esta situación, a criterio del Tribunal Arbitral, genera la convicción de que pese a que el Contratista estaba en la posibilidad de entregar los bienes a su cargo, en la medida en que ha quedado acreditado que el mismo contaba con aquellos oportunamente, las reiteradas indicaciones de la Entidad señalando distintos lugares para la entrega producía que el Demandante finalmente no pudiera cumplir con su prestación, al impedir una adecuada programación.

38. Asimismo, se aprecia que, ante el requerimiento realizado por la Entidad, el Contratista se presentó en la dirección establecida en la Adenda N° 1, a efecto de realizar la entrega de los bienes programada para el día 27 de diciembre de 2017; siendo que de la revisión del reverso de la Guía de Remisión N° 0002926 (Anexo A-16 de la Demanda), se constata que la Sra. Ketty Flor Jaramillo Martínez, funcionaria de la Entidad, dejó constancia de que el Demandante se apersonó al lugar indicado en la referida Adenda N° 1 a efectos de dar cumplimiento a su obligación, como se aprecia a continuación:



39. Si bien, es necesario precisar que en dicha indicación no se aprecia mayor detalle de parte de esta funcionaria de la Entidad, si es importante considerar que la Guía de Remisión antes señalada indica la dirección establecida en la referida Adenda N° 1, con lo cual, a criterio del Tribunal Arbitral, se acredita que el Contratista se presentó en dicha dirección para realizar la entrega de los bienes a su cargo, como se aprecia a continuación:

 Laboratorios Americanos S.A. LABOT Calle Felipe Santiago Salaverry N° 419 - Urb. El Pino - San Luis - Lima Telf.: 826-8600 Telefax: 826-4793 drog@labot.com.pe		R.U.C. N° 20255361695 GUIA DE REMISION REMITENTE N° 011 - 0002926		
FECHA DE EMISION: 26/12/2017 FECHA INICIO DEL TRASLADO: 26/12/2017		NÚMERO GUÍA: GR011-0002926		
DOMICILIO DE PARTIDA J. Santa María Sub. Lote S-A MZ. L Urb. Ind. Aurora - Are		DOMICILIO DE LLEGADA AV. Los Eucaliptos Lote B, Parcela 6, Sector Santa Guinevere - Lurin - Lurin		
ORDEN DE VENTA: DV_0059354 DESTINATARIO		FCF011-0002902 UNIDAD DE TRANSPORTE / CONDUCTOR		
CÓDIGO: 20131373237 NOMBRE O RAZÓN SOCIAL: MINISTERIO DE SALUD		MARCA: HYUNDAI PLACA: AHM-625 CERTIFICADO DE INSCRIPCIÓN: LICENCIA DE CONDUCIR: 042622087 TRANSPORTISTA: Laboratorios Americanos S.A.		
JO / DNI: 20131373237 OIC: 1131 DE PROCESO: SEC N° 0005-0116		RUC / DNI: 20255361695		
ITEM	CÓDIGO	DESCRIPCIÓN	UND.	CANT.
1	20000005	CEFTRIAXONA 1GR. POLVO PARA INYECTABLE Cant.: 30,000.00 Lote: 659170972 Vencimiento: 29/09/2020	VIAL	30,000.00
2	20000051	AGUA ESTÉRIL PARA INYECCIÓN 10ML X 50 AMPOLLAS Cant.: 30,000.00 Lote: 170660 Vencimiento: 29/06/2020	AMP	30,000.00

A ello, se debe agregar que el Contratista dejó constancia de esta situación mediante comunicación electrónica de fecha 27 de diciembre de 2017, lo que se aprecia de la siguiente imagen:

Guillermo Pimentel Trujillo

De: Juan Vidaurre Corbetto
Enviado el: miércoles, 29 de diciembre de 2017 a las 03:04 p.m.
Para: SONIA MIRY LEON REVERA (sleon@minsa.gob.pe); ANGELO CAVILANSA CHUCAR (ecavilansa@minsa.gob.pe); jbohenques@minsa.gob.pe
CC: Marco Antonio Inzua Melamed; Martín Anzures María Tereza; Procurador Guillermo Pimentel Trujillo; Luis Elencor Zapata
Asunto: CARTA NOTARIAL N° 355,258 Y 361 2017 UGA- MINSA

Estimados:

Sirva la presente para saludarle y a la vez manifestarle que el día de hoy nos apersonamos por segundo día consecutivo para poder dar cumplimiento a la entrega de las Órdenes de Compra N° 1129, 1131 y 1108 requeridas mediante cartas notariales del asunto; sin embargo, su Entidad no pudo aceptar las setecientos (750) cajas que contenían todos los productos debido a que no contaban con espacio suficiente para el almacenamiento según lo manifestado por la QF Giovana y la QF Jaramillo, por lo que postergó el internamiento para el viernes 29-Dic-2017.

Cabe precisar, que la no atención el día de hoy es debido a la decisión de la Entidad de no recibir por falta de espacio, lo que escapa de nuestro radio de acción y responsabilidad. Asimismo, dicha situación nos perjudica debido a que estaríamos respaldando y movilizand las referidas órdenes de compra por tercera vez, costos no contemplados al momento de ofertar a su Entidad. De la misma forma, las profesionales de MIPSA nos indican que actualmente no cuentan con mayor espacio para recibir la tercera entrega de medicamentos que corresponderían a diciembre 2017.

Por lo que, solicito a su Entidad nos confirme la fecha y hora para poder cumplir con el internamiento de las referidas órdenes compra requeridas mediante carta notarial así como para la tercera entrega con fecha límite 29-Dic-2017.

Atentamente,

Juan Vidaurre Corbetto
Analista de Licitaciones
Laboratorios Antibioticos SA.
T (511) 626.9600 Anexo 6154 | F (511) 005 4292
RPC 965492002
www.labot.com.pe

40. En atención a los mencionados documentos, el Tribunal Arbitral considera que el Contratista realizó las acciones para cumplir con la entrega de los medicamentos en todo momento, pero que ello no fue posible debido a situaciones imputables a la Entidad.

41. Sobre la necesidad de formular una ampliación de plazo por parte del Contratista: Un punto de necesaria evaluación es el aspecto central de la defensa de la Entidad en relación a la necesidad de que el Contratista debió solicitar una ampliación de plazo frente a los eventos anteriormente descritos, los mismos que no han permitido cumplir con los términos del Contrato.

Así, la Entidad ha manifestado que, en atención a lo establecido por el OSCE en la Opinión N° 195-2017/DTN, el Contratista debía presentar una ampliación de plazo para no caer en aplicación de penalidades.

42. Sobre el particular, el Tribunal Arbitral considera necesario precisar que el objeto de la presente controversia radica en la aplicación de penalidades por mora en la ejecución del Contrato.

- 43.** En atención a ello, y de la propia literalidad de la Opinión argumentada por la Entidad, no se aprecia de su texto con la meridiana claridad que entiende esta parte, que es condición indispensable para no aplicar penalidad que el contratista haya solicitado ampliación de plazo. En efecto, la referida Opinión en su Conclusión señala:

“La normativa de contrataciones del Estado ha regulado la causal de ampliación de plazo por atrasos y/o paralizaciones no imputables al contratista; pudiendo *-entre otros casos-* sustentarse estos sobre la base de la configuración de un “*caso fortuito o fuerza mayor*”. No obstante, corresponde a la Entidad determinar si, en efecto, se configura dicha causal, a fin de resolver la solicitud de ampliación de plazo y notificar su decisión al contratista, conforme a lo establecido en el Reglamento; caso contrario, si esta determina que no se configura la causal, aplica la “*penalidad por mora en la ejecución de la prestación*” al contratista.”

- 44.** Siendo así, el mencionado argumento resulta improcedente, más aun cuando con posterioridad a la emisión de la referida Opinión, el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, a través de la Opinión N° 061-2018/DTN, expreso lo siguiente:

“En el marco de lo dispuesto por la normativa de contrataciones del Estado, las penalidades se aplican cuando la Entidad verifique el incumplimiento injustificado de las obligaciones del contratista, conforme a lo establecido en los artículos 133° y 134° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, según corresponda; con independencia de que un “atraso” en la ejecución de sus prestaciones contractuales le hubiera causado un perjuicio a la Entidad.”

45. En el caso de las penalidades, estas, de conformidad con lo establecido en el artículo 133° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, se aplican en función a la acreditación de un retraso injustificado en la ejecución de la prestación objeto del contrato, atribuible al Contratista.
46. Por ello, a criterio del Tribunal Arbitral, en el presente caso el análisis debe centrarse en el extremo de si corresponde la aplicación de una penalidad por mora en relación con el hecho de si el Contratista se ha retrasado injustificadamente en la ejecución de la prestación a su cargo.
47. Atendiendo a lo expuesto, de lo actuado en el presente proceso arbitral, se aprecia que de conformidad con las indicaciones dadas por la Entidad vía comunicaciones electrónicas y en el marco de la buena fe desarrollada por el Contratista, este no pudo cumplir la prestación a su cargo de conformidad a los términos contractuales aplicables.
48. **Mora del Acreedor:** En el presente caso, el Tribunal Arbitral advierte que la Entidad ha incurrido en mora al no haber desplegado los actos necesarios para aceptar la prestación del Contratista de conformidad con lo establecido en el artículo 1338°¹³ del Código Civil.
49. En atención a lo establecido en el artículo 1338° del Código Civil, el acreedor incurre en mora cuando sin motivo legítimo se niega a aceptar la prestación ofrecida o no cumple con practicar los actos necesarios para que se pueda ejecutar la obligación.
50. Así, podemos señalar que la negativa del acreedor no se limita al rechazo de la prestación, sino que también abarca los casos de

¹³ **CÓDIGO CIVIL. Artículo 1338°.- Mora del acreedor**

El acreedor incurre en mora cuando sin motivo legítimo se niega a aceptar la prestación ofrecida o no cumple con practicar los actos necesarios para que se pueda ejecutar la obligación.

negativa tácita: no concurrir a recibir la prestación en el lugar y tiempo pactados o no tomarla cuando el deudor la ha puesto a su disposición¹⁴.

51. Dentro del marco de la ejecución de un contrato las partes deben de cumplir con sus respectivas obligaciones, así, el deudor debe cumplir con ejecutar la prestación a su cargo y el acreedor debe aceptar la ejecución de dicha prestación.

52. De lo actuado en el presente proceso se aprecia que la Entidad realizó acciones (emitió indicaciones) que llevaban a que el Contratista no pueda cumplir con la ejecución de la prestación a su cargo, habiendo en diversos momentos variado las direcciones de los lugares en donde debía realizar la entrega de los medicamentos.

53. A ello, se debe agregar que si bien el Contratista ha indicado que ello se debía a que la Entidad no contaba con el espacio físico suficiente para almacenar los medicamentos, esta aseveración se ha visto corroborada con los medios probatorios presentados por el Demandante, los mismos que no han sido negados ni desvirtuados por la Entidad.

54. En base a lo expuesto, el Tribunal Arbitral considera que los retrasos en la ejecución de la prestación a cargo del Demandante no son injustificados, debido a que estos han sido generados por causas imputables a la propia Entidad siendo que, en consecuencia, no corresponde aplicar penalidad al Contratista debiéndose amparar la Primera Pretensión de la Demanda.

55. "SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO: En caso el Tribunal Arbitral no ampare la Primera Pretensión Principal,

¹⁴ **OSTERLING PARODI, Felipe y REBAZA GONZÁLEZ, Alfonso.** Mora del acreedor. fundamentos y alcances sobre los mecanismos de liberación. Ver: <http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/Mora%20del%20acreedor.pdf>.

determinar si corresponde o no reducir la penalidad aplicada por el Demandado.”

Teniendo en cuenta la naturaleza de esta pretensión al haber sido formulada en calidad de subordinada, habiéndose amparado la primera pretensión carece de objeto pronunciarse sobre este punto controvertido.

56. “CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde o no al Tribunal Arbitral ordenar la devolución del monto indebidamente retenido por el Demandado que asciende a S/ 566,808.52 por la aplicación de penalidades, más los intereses legales correspondientes.”

Sobre este punto es importante tener en cuenta que, al haberse declarado fundada la Primera Pretensión de la Demanda se ha determinado la nulidad, invalidez e ineficacia de la penalidad aplicada por la Entidad.

En atención a ello, corresponde ordenar la devolución del monto indebidamente retenido por la Entidad, más los intereses legales devengados, los cuales se contabilizan desde la fecha de presentación de la Solicitud de Arbitraje hasta su fecha efectiva de pago, de conformidad con lo establecido en la Octava Disposición Complementaria¹⁵ la Ley de Arbitraje.

57. “QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde o no al Tribunal Arbitral ordenar al Demandado que asuma el

¹⁵**DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS**

(...)

OCTAVA. Mora y resolución de contrato.

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

pago del íntegro de las costas, costos y gastos arbitrales del presente arbitraje, y demás conceptos en los que se ha tenido que incurrir para ejercer la defensa del Demandante."

El numeral 2 del artículo 56° de la Ley de Arbitraje, dispone que el Tribunal Arbitral se pronunciará en el laudo sobre la asunción o distribución de los costos del arbitraje, según lo previsto en el artículo 73° del mismo cuerpo normativo.

Por su parte, el referido artículo 73° establece que 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.

En el convenio arbitral contenido en el Contrato, las partes no han establecido pacto alguno acerca de los costos del arbitraje. Atendiendo a esta situación, corresponde que el Tribunal Arbitral se pronuncie sobre este tema de manera discrecional y apelando a su debida prudencia.

Al respecto, Huáscar Ezcurra Rivero ha comentado el artículo 73° de la Ley de Arbitraje y señaló que: *"existe en la norma actual un énfasis muy claro en el sentido de que el que perdió el arbitraje, en principio, pagará los costos del arbitraje. Y los costos del arbitraje comprenden la obligación de la parte vencida de devolver a la parte vencedora todo lo que ella gastó con motivo del proceso arbitral; lo que en ocasiones podría ser un monto considerable (...)"*¹⁶.

¹⁶ **EZCURRA RIVERO, Huáscar.** "Comentario al artículo 70 de la Ley Peruana de Arbitraje". En: Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje. SOTO COAGUILA, Carlos Alberto y BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo (Coordinadores). Tomo II. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2010, p. 810.

En relación con el concepto de "gastos razonables", Huáscar Ezcurra Rivero señala que:

"(...) a nuestro criterio, [el concepto de gastos razonables] indica que en el caso de gastos de abogados (que son una parte importante de los costos del arbitraje), la regla primera a aplicar es la regla de la razonabilidad. Es decir, antes de obligar a la parte vencida a asumir los costos del arbitraje, corresponde definir cuáles son los costos del arbitraje; y, en lo que a gastos en abogados se refiere, el legislador ha querido que los árbitros sean sumamente cuidadosos y tengan amplia discrecionalidad a fin de evitar abusos, disponiendo que, primero, los árbitros deberán, aplicando el principio de razonabilidad, definir cuáles serían los gastos razonables de abogados, que merecerían reconocimiento"¹⁷.

En el presente caso, el Tribunal Arbitral considera que se debe tener en cuenta el comportamiento procesal de las partes a lo largo del arbitraje.

Del desarrollo de los puntos controvertidos se aprecia que ambas partes han tenido motivos atendibles para defender sus intereses en el presente proceso, observando que éstas han actuado, basados en razones existentes y atendibles para litigar, convencidas en sus posiciones, razón por la que corresponde que el Demandante y el Demandado asuman los costos del presente proceso en partes iguales.

En consecuencia, el Tribunal Arbitral estima que cada parte debe asumir el 50% de los costos y gastos del presente proceso; precisándose que los gastos de defensa deben ser asumidos por cada parte, así como, cualquier otro gasto relacionado al arbitraje debe ser asumido por cada parte.

¹⁷EZCURRA RIVERO, Huáscar. Ob. cit.; p. 812.

DECISIÓN.-

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

En atención a ello y siendo que el Tribunal Arbitral no representa los intereses de ninguna de las partes y ejerce el cargo con estricta imparcialidad y absoluta discreción, así como que en el desempeño de sus funciones ha tenido plena independencia y no han estado sometidos a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones, gozando del secreto profesional; por lo que habiéndose agotado todas las etapas del proceso y no existiendo pretensión por analizar, el Tribunal Arbitral por unanimidad **LAUDA EN DERECHO** de la siguiente manera:

- 1. DECLARAR FUNDADA** la Primera Pretensión Principal de la Demanda, por lo que, no corresponde la aplicación de penalidades por retraso, debiéndose declarar la invalidez de la aplicación de penalidades por retraso en la entrega de medicamentos comunicada mediante Carta N° 705-2018-OA-OGA/MINSA de fecha 12 de julio de 2018 por un monto ascendente a S/ 566,808.52.
- 2. DECLARAR QUE CARECE DE OBJETO** que el Tribunal Arbitral se pronuncie respecto de la Primera Pretensión Subordinada de la Primera Pretensión Principal de la Demanda, por lo que, no corresponde determinar la reducción de la penalidad aplicada por la

el Ministerio de Salud.

- 3. DECLARAR FUNDADA** la Segunda Pretensión Principal de la Demanda, por lo que se declara que los retrasos producidos en la entrega de medicamentos no son imputables a Laboratorios Americanos S.A., no correspondiendo la aplicación de penalidad alguna.
- 4. DECLARAR FUNDADA** la Tercera Pretensión Principal de la Demanda, por lo que, se dispone la devolución del monto indebidamente retenido por el Ministerio de Salud que asciende a la suma de S/ 566,808.52 por la aplicación de penalidades, más los intereses legales devengados, los cuales, se contabilizan desde la fecha de la presentación de la Solicitud de Arbitraje y hasta la fecha efectiva de la devolución.
- 5. ESTABLECER** que cada parte asuma el pago del 50% de las costas y costos del presente arbitraje, precisando que los gastos de defensa y otros en que han incurrido deben ser asumidos por estas.


RICARDO RODRIGUEZ ARDILES
Presidente del Tribunal Arbitral


IVES BECERRA NACCHA
Miembro del Tribunal


JOSE ENRIQUE PALMA NAVEA
Miembro del Tribunal

