

2021 FEB 25 AM 11: 59

=====

**LAUDO DE DERECHO, INSTITUCIONAL Y NACIONAL**

=====

FOLIOS... 33... FIRMA... [Firma]  
RECEPCIÓN NO IMPLICA  
CONFORMIDAD

Centro de Arbitraje Latinoamericano e Investigaciones Jurídicas  
Proceso Arbitral N° 056-2020/CEARLATINOAMERICANO

**Relación Jurídica:**

Orden de Compra N° 0000376 del año 2020

**Demandante (reconvenido):**

PMI MÉDICA S.A.C.

-vs-

**Demandado (reconveniente):**

Centro Nacional de Abastecimiento de Recursos Estratégicos en Salud – CENARES

**Tribunal Arbitral:**

*César Rommell Rubio Salcedo – Presidente*  
*Juan Manuel Hurtado Falvy – Árbitro*  
*Orlando La Torre Zegarra – Árbitro*

**Centro de Arbitraje:**

CEAR LATINOAMERICANO

Lima, 25 de febrero de 2020

### INFORMACIÓN GENERAL

<b>N° de Expediente:</b>	056-2020/CEARLATINOAMERICANO
<b>Demandante:</b>	Pmi Médica S.A.C.
<b>Demandado:</b>	Centro Nacional de Abastecimiento de Recursos Estratégicos en Salud – CENARES
<b>Relación Jurídica:</b>	Orden de Compra N° 0000376 del año 2020
<b>Objeto:</b>	Adquisición de 1'257,900 unidades de mascarillas descartable tipo N-95
<b>Monto del Contrato</b>	S/ 24'654,840.00
<b>Cuantía de la controversia</b>	S/ 20,000.00
<b>Procedimiento de selección</b>	Contratación Directa por Emergencia
<b>Monto de los honorarios del Tribunal Arbitral Unipersonal(Neto)</b>	S/ 2,073.00 netos por árbitro
<b>Monto de los honorarios de la Secretaría Arbitral (Neto) (Tasa Administrativa del Centro)</b>	S/ 2,679.78, incluido IGV.
<b>Tribunal Arbitral:</b>	César Rommell Rubio Salcedo – Presidente Juan Manuel Hurtado Falvy – Árbitro Orlando La Torre Zegarra – Árbitro
<b>Secretaría Arbitral</b>	Centro de Arbitraje Latinoamericano e Investigaciones Jurídicas
<b>Fecha de Emisión de Laudo</b>	23 de febrero del 2021
<b>Número de Folios</b>	60
<b>Pretensiones controvertidas</b>	Pago de indemnización por daños y perjuicios

### LAUDO ARBITRAL

En Lima, a los veintitrés (25) días del mes de febrero del 2021, el Tribunal Arbitral conformado por los abogados César Rommell Rubio Salcedo, Juan Manuel Hurtado Falvy y

Orlando La Torre Zegarra, en la controversia surgida entre PMI MEDICA S.A.C. con el CENTRO NACIONAL DE ABASTECIMIENTO DE RECURSOS ESTRATÉGICOS EN SALUD – CENARES; emiten el presente laudo arbitral, en los términos y fundamentos que se describen a continuación.

## I. CUESTIONES PRELIMINARES

1. **Arbitraje de Derecho:** El presente es un arbitraje de derecho, en concordancia con el artículo 45° de la Ley de Contrataciones del Estado; y el Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el Arbitraje, y su modificatoria.
2. **Cláusula arbitral:** Con fecha 23 de marzo de 2020, el Centro Nacional de Abastecimiento de Recursos Estratégicos en Salud – CENARES emitió la Orden de Compra con Guía de Internamiento N° 0000376 para la “Adquisición en el marco del Decreto Supremo N° 008-2020-PCM - Emergencia Sanitaria COVID-19” a nombre de PMI MÉDICA S.A.C., a fin de adquirir 1’257,900 unidades de mascarillas descartable tipo N-95 por el monto de S/ 24’654,840.00 (VENTICUATRO MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MIL OCHOCIENTOS CUARENTA CON 00/100 SOLES).

En consecuencia, se aplica lo previsto en el artículo 226° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. Por lo tanto, el presente proceso arbitral es de carácter institucional, conducido por el Centro de Arbitraje Latinoamericano e Investigaciones Jurídicas – CEAR LATINOAMERICANO, conforme a lo establecido en la solicitud de arbitraje de fecha 27 de mayo de 2020.

3. **Sede del arbitraje e Idioma:** El lenguaje empleado en el presente arbitraje es el idioma español. La sede del presente proceso arbitral es en las instalaciones del Centro de Arbitraje Latinoamericano e Investigaciones Jurídicas – CEAR LATINOAMERICANO,

sito Av. Sánchez Carrión N° 615, distrito de Jesús María, provincia y departamento de Lima.

4. **Normatividad aplicable:** Teniéndose en consideración la fecha de la Orden de Compra - Guía de Internamiento N° 0000376, la elaboración del presente laudo se lleva a cabo en respeto estricto del orden de prelación de la normativa que se describe a continuación:
- i) La de Contrataciones del Estado, Ley N° 30225, modificada por los Decretos Legislativos N° 1341 y N° 1444 (en adelante, “la LCE”);
  - ii) Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF y modificada por el Decreto Supremo N° 377-2019-EF y demás modificatorias (en adelante, “el Reglamento” o “el RLCE”);
  - iii) El Decreto Legislativo que norma el Arbitraje, Decreto Legislativo N° 1071 y sus modificatorias (en adelante, “el DLA”);
  - iv) Las normas de Derecho Público; y,
  - v) Las normas de Derecho Privado.

Asimismo, considerando la fecha de presentación de la solicitud de arbitraje, se aplican al arbitraje las reglas establecidas en la Decisión Arbitral N° 1 de fecha 29 de julio de 2020, y el Reglamento Procesal de Arbitraje 2020 del Centro de Arbitraje Latinoamericano e Investigaciones Jurídicas – CEAR LATINOAMERICANO.

Finalmente, conforme a lo dispuesto en la Decisión Arbitral antes mencionada, en caso de insuficiencia respecto a las reglas pactadas, el Tribunal Arbitral está facultado para establecer las reglas procesales adicionales que estime necesarias para la adecuada conducción y desarrollo del Arbitraje.

5. **Expediente del proceso arbitral:** El expediente donde obran todas y cada una de las actuaciones presentadas por las partes es el Proceso Arbitral N° 056-2020-CEAR.LATINOAMERICANO, que se encuentra en custodia del CEAR LATINOAMERICANO.
6. **Designación de Tribunal Arbitral y de Secretaría Arbitral:** El Dr. Orlando La Torre Zegarra fue designado árbitro de parte de PMI MÉDICA S.A.C. mediante su solicitud de arbitraje de fecha 27 de mayo de 2020, remitida al Centro de Arbitraje Latinoamericano e Investigaciones Jurídicas – CEAR LATINOAMERICANO.

El Dr. Juan Manuel Hurtado Falvy fue designado árbitro de parte del Centro Nacional de Abastecimiento de Recursos Estratégicos en Salud – CENARES mediante su escrito de contestación a la solicitud de arbitraje.

El Dr. César Rommell Rubio Salcedo fue designado como presidente del Tribunal Arbitral del presente proceso arbitral según lo estipulado en el escrito s/n de fecha 23 de julio de 2020; decisión que fue oportunamente comunicada a las partes y que no ha sido cuestionada hasta el momento.

La Secretaría Arbitral del presente proceso recayó sobre el Centro de Arbitraje Latinoamericano e Investigaciones Jurídicas – CEAR LATINOAMERICANO.

Finalmente, resulta importante manifestar que, hasta el momento de la emisión del presente laudo, el Tribunal Arbitral no ha sido recusado por las partes, tampoco han renunciado a su designación.

7. **Honorarios del Tribunal Arbitral y de la Secretaría Arbitral:** Ante la presentación del escrito de reconvención del Centro Nacional de Abastecimiento de Recursos Estratégicos en Salud – CENARES de fecha 25 de setiembre de 2020, se determinó

como nuevo anticipo de los honorarios de cada uno de los árbitros la suma de S/ 2,073.00 (DOS MIL SETENTA Y TRES CON 00/100 SOLES) netos, mientras que el anticipo de los honorarios de la Secretaría Arbitral era de S/ 2,679.78 (DOS MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y SIETE CON 78/100 SOLES) incluido IGV; los mismos que han sido pagados por CENARES en su integridad.

## II. ANTECEDENTES

1. Mediante Carta s/n de fecha 27 de mayo de 2020, **PMI MÉDICA S.A.C.** – indistintamente, “PMI MÉDICA” o “EL CONTRATISTA” – remitió su solicitud de Arbitraje al CENTRO DE ARBITRAJE LATINOAMERICANO E INVESTIGACIONES JURÍDICAS – CEAR LATINOAMERICANO – en adelante “**CEAR LATINOAMERICANO**”–; mediante la cual había señalado como referencia de la controversia que se deje sin efecto la resolución de la orden de compra.
2. A través del escrito s/n de fecha 9 de junio de 2020, CENARES presentó su contestación a la solicitud de arbitraje.
3. Por medio del escrito s/n de fecha 10 de julio de 2020, el abogado Orlando La Torre Zegarra presentó su declaración jurada de aceptación, independencia y deber de revelación como árbitro.
4. Mediante el escrito s/n de fecha 22 de julio de 2020, el abogado Juan Manuel Hurtado Falvy presentó su declaración jurada de aceptación, independencia y deber de revelación como árbitro.
5. A través del escrito s/n de fecha 24 de julio de 2020, los árbitros Orlando La Torre Zegarra y Juan Manuel Hurtado Falvy comunicaron que habían acordado designar al doctor César Rommell Rubio Salcedo como presidente del Tribunal Arbitral.

6. Por medio del escrito s/n de fecha 27 de julio de 2020, el abogado César Rommell Rubio Salcedo presentó su declaración jurada de aceptación, independencia y deber de revelación como presidente del Tribunal Arbitral.
7. Mediante Decisión Arbitral N° 1 de fecha 29 de julio de 2020, se instaló el Tribunal Arbitral, constituido por los árbitros César Rubio Salcedo, como presidente; Orlando La Torre Zegarra, como árbitro de parte designado por el Contratista; y Juan Manuel Hurtado Falvy, como árbitro de parte de la Entidad.

Asimismo, con dicha Decisión Arbitral se otorgó a la contratista PMI MÉDICA el plazo de diez (10) días hábiles para que presente su escrito de demanda arbitral con sus respectivos medios probatorios y anexos. Así también, se otorgó a las partes el plazo de tres (3) días hábiles para que manifiesten lo concerniente a su derecho respecto de las reglas fijadas; de acuerdo con lo regulado por el Reglamento Procesal de Arbitraje 2020 del Centro de Arbitraje Latinoamericano e Investigaciones Jurídicas – CEAR LATINOAMERICANO.

8. Por medio del escrito s/n de 28 de julio de 2020, LA ENTIDAD solicitó que se dé cumplimiento a lo estipulado en la Orden Procesal N° 4 y se remita a los árbitros la lista actualizada de nuevos profesionales inscritos en la nómina del Centro de Arbitraje Latinoamericano e Investigaciones Jurídicas – CEAR LATINOAMERICANO.
9. Mediante Decisión Arbitral N° 2 de fecha 12 de agosto de 2020, se estableció que carecía de objeto pronunciarse sobre el requerimiento efectuado por CENARES a través del escrito s/n de 28 de julio de 2020, toda vez que se había designado al presidente del Tribunal Arbitral.

10. A través del escrito s/n de fecha 12 de agosto de 2020, EL CONTRATISTA presentó su demanda arbitral con sus respectivos medios de prueba.
11. Por medio de la Decisión Arbitral N° 3 de fecha 13 de agosto de 2020, se otorgó a PMI MÉDICA un plazo de siete (7) días hábiles, a fin de que cumpla con subsanar lo señalado en el considerando quinto cuarto de la referida Decisión Arbitral, bajo apercibimiento de tener por no presentados los anexos 3, 4, 6 y 7, en caso no se presente su traducción; y no considerar como medio probatorio a la carta s/n de fecha 24 de marzo de 2020, si no se define la naturaleza del mismo.
12. Mediante escrito s/n de fecha 25 de agosto de 2020, EL CONTRATISTA presentó su escrito de subsanación de demanda.
13. A través de la Decisión Arbitral N° 4 de fecha 26 de agosto de 2020, se admitió a trámite la demanda arbitral, teniéndose por ofrecidos los medios probatorios adjuntos; asimismo, se corrió traslado de dicho escrito a LA ENTIDAD para que en el plazo de diez (10) días proceda a contestarla y formule reconvenición, de considerarlo pertinente.
14. Por medio de la Decisión Arbitral N° 5 de fecha 1 de setiembre de 2020, se ordenó la suspensión el presente proceso arbitral por el plazo de veinte (20) días hábiles.
15. Mediante escrito s/n de fecha 25 de setiembre de 2020, CENARES presentó su escrito de contestación, adjuntando sus medios probatorios. Al mismo, tiempo interpuso reconvenición.
16. A través de la Decisión Arbitral N° 6 de fecha 26 de octubre de 2020, y en virtud de lo informado por la Secretaría General del Centro de Arbitraje mediante la Carta N° 04-ADM/P.A.056-2020/CEAR de fecha 2 de octubre de 2020, se resolvió decretar el

archivo de las pretensiones interpuestas por el Contratista por medio de su escrito de fecha 12 de agosto de 2020, debido a la falta del pago de los honorarios arbitrales, pese a las reiteradas oportunidades otorgadas.

Asimismo, se tuvo por acreditado el pago de los gastos arbitrales del presente proceso correspondientes a la reconvencción y se declaró inadmisibile la reconvencción presentada por LA ENTIDAD, otorgándose un plazo de tres (3) días hábiles para que proceda a subsanarla, debiendo identificar cada uno de los medios probatorios ofrecidos y adjuntando estos (y no otros) al escrito respectivo, de forma ordenada.

17. Por medio del escrito s/n de fecha 5 de noviembre de 2020, CENARES presentó la subsanación a su reconvencción.
18. Mediante Decisión Arbitral N° 7 de fecha 6 de noviembre de 2020, se admitió a trámite la reconvencción presentada, así como por ofrecidos los medios de prueba, corriendo traslado de la misma a PMI MÉDICA por el plazo de diez (10) días hábiles para que cumpla con contestarla.
19. A través del escrito s/n de fecha 13 de noviembre de 2020, LA ENTIDAD comunicó delegación de representación.
20. Por medio de la comunicación electrónica de fecha 25 de noviembre de 2020, EL CONTRATISTA presentó la contestación a la reconvencción.
21. Mediante Decisión Arbitral N° 8 de fecha 18 de diciembre de 2020, se otorgó a PMI MÉDICA un plazo de tres (3) días hábiles, a efectos de que cumpla con subsanar su escrito de contestación a la reconvencción y se tuvo por delegada la representación de CENARES.

22. A través del escrito s/n de fecha 23 de diciembre de 2020, EL CONTRATISTA presentó su escrito de subsanación a la contestación de la reconvencción.
23. Por medio de la Decisión Arbitral N° 9 de fecha 28 de diciembre de 2020, se tuvo presente el escrito de subsanación a la contestación de la reconvencción, se procedió a fijar los puntos controvertidos y a precisar los medios probatorios admitidos en el presente arbitraje; lo cual, ante el silencio de las partes, quedó consentido con la Decisión Arbitral N° 10, notificada a las partes con fecha 13 de enero de 2021.
24. Mediante la Decisión Arbitral N° 10 se declaró el cierre de la etapa probatoria y se otorgó a ambas partes el plazo reglamentario de cinco (5) días hábiles, para que presenten sus alegatos finales.
25. A través la Decisión Arbitral N° 11, notificada a las partes con fecha 28 de enero de 2021, se deja constancia de que ninguna de las partes presentó en la oportunidad debida sus alegatos finales.  
  
Asimismo, por medio de dicha Decisión Arbitral, se fijó el plazo para laudar en veinte (20) días hábiles, de conformidad con lo regulado en el artículo 45° del Reglamento Procesal de Arbitraje 2020 del Centro de Arbitraje Latinoamericano e Investigaciones Jurídicas – CEAR LATINOAMERICANO, dejando constancia que, de acuerdo con ello, tal plazo podría ampliarse por quince (15) días hábiles adicionales.
26. A través de su escrito de fecha 03 de febrero del 2021, PMI MEDICA formuló reconsideración/reposición.
27. De la misma manera, con su escrito de fecha 04 de febrero del 2021, CENARES presentó su reconsideración contra la Decisión Arbitral N° 11 y presentó alegatos.

28. Con la Decisión Arbitral N° 12 del 05 de febrero del 2021, se declaró infundadas las reconsideraciones formuladas por las partes. De la misma manera, se tuvo por no presentados los alegatos escritos presentado por la Entidad.

### III. PUNTOS CONTROVERTIDOS

Que, de acuerdo con el escrito de reconvencción presentado por LA ENTIDAD y con los puntos controvertidos fijados por el Tribunal Arbitral en la Decisión Arbitral N° 9 de fecha 28 de diciembre de 2020, las pretensiones a resolver son las que se detallan a continuación:

- i. Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene a la empresa PMI MÉDICA S.A.C. pagar a favor del Centro Nacional de Abastecimiento de Recursos Estratégicos en Salud – CENARES, una indemnización por el daño causado a la imagen de la Entidad, ascendente a S/ 20,000.00 (Veinte mil con 00/100 Soles), al haber generado con su incumplimiento contractual el desabastecimiento de mascarillas N95 destinadas a impedir el contagio y muerte del personal de salud a nivel nacional.
- ii. Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral condene a la empresa PMI MÉDICA S.A.C. a asumir la totalidad de los gastos y costos del presente proceso arbitral, incluyendo demanda y reconvencción.

Estos puntos controvertidos serán analizados y desarrollados en el orden anteriormente indicado.

Por otro lado, siendo que el presente arbitraje es uno de derecho, corresponde al Tribunal Arbitral pronunciarse teniendo en cuenta el mérito de las normas aplicables, las pruebas

aportadas al proceso, así como las circunstancias reales sobre las cuales se desarrollaron los hechos afirmados y probados en esta instancia, para determinar en base a la valoración conjunta de ello, las consecuencias jurídicas que, de acuerdo a derecho, se derivan para las partes.

Finalmente, el Tribunal Arbitral deja constancia de que, al emitir el presente Laudo, ha valorado la totalidad de los medios probatorios pertinentes, ofrecidos y admitidos a trámite en el proceso arbitral, valiéndose de las reglas de la sana crítica o apreciación razonada, siendo que la no indicación expresa a alguno de los medios probatorios obrantes en autos, así como la no indicación de hechos o argumentos referidos por las partes no significa de ningún modo que tales medios probatorios o tales hechos o argumentos no hayan sido valorados. Por lo que, el Tribunal Arbitral deja establecido que en aquellos supuestos en los que este Laudo hace referencia a algún medio probatorio, hecho o argumento en particular, lo hace atendiendo a su estrecha vinculación, trascendencia, utilidad y pertinencia que tuviere respecto de la controversia materia de análisis.

#### IV. ANÁLISIS

##### 1. **Cuestión Preliminar: aspectos del presente proceso arbitral**

Previamente al análisis de la materia controvertida, corresponde confirmar lo siguiente:

- (i) Que, el Tribunal Arbitral se constituyó de acuerdo con lo establecido en la Decisión Arbitral N° 1 de fecha 29 de julio de 2020.
- (ii) Que, en ningún momento se presentó oposición al presente arbitraje, ni se recusó a ninguno de los miembros del Tribunal Arbitral, ni se impugnó o reclamó contra las disposiciones de proceso dispuestas en la Decisión Arbitral N° 1 de fecha 29 de julio de 2020, ni contra el Reglamento

Procesal de Arbitraje 2020 del Centro de Arbitraje Latinoamericano e Investigaciones Jurídicas – CEAR LATINOAMERICANO.

- (iii) Que, CENARES presentó su demanda reconvenzional dentro del plazo previsto.
- (iv) Que, PMI MÉDICA presentó su contestación a la reconvencción interpuesta por LA ENTIDAD dentro del plazo dispuesto.
- (v) Que, las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como tuvieron la facultad de presentar todas sus alegaciones y exponerlas ante el Tribunal Arbitral.
- (vi) Que de conformidad con la Decisión Arbitral N° 1 de fecha 29 de julio de 2020, con el Reglamento Procesal de Arbitraje 2020 del Centro de Arbitraje Latinoamericano e Investigaciones Jurídicas – CEAR LATINOAMERICANO y con el Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el Arbitraje, las partes han tenido la oportunidad suficiente de plantear recurso de reconsideración contra cualquier resolución distinta al Laudo emitido en el presente proceso arbitral, en caso estas hubieren incurrido en inobservancia o infracción de una regla contenida en dichos cuerpos normativos, habiéndose producido la renuncia al derecho a objetar.
- (vii) Que, el Tribunal Arbitral ha procedido a laudar dentro de los plazos aceptados por las partes.

2. ***Primer Punto Controvertido: “Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene a la empresa PMI MÉDICA S.A.C. pagar a favor del Centro Nacional***

*de Abastecimiento de Recursos Estratégicos en Salud – CENARES, una indemnización por el daño causado a la imagen de la Entidad, ascendente a S/ 20,000.00 (Veinte mil con 00/100 Soles), al haber generado con su incumplimiento contractual el desabastecimiento de mascarillas N95 destinadas a impedir el contagio y muerte del personal de salud a nivel nacional”.*

## **2.1. Posición de CENTRO NACIONAL DE ABASTECIMIENTO DE RECURSOS ESTRATÉGICOS EN SALUD – CENARES**

En relación a que se determine que si corresponde o no que PMI MÉDICA pague a favor de LA ENTIDAD una indemnización ascendente a S/ 20,000.00 (VEINTE MIL CON 00/100 SOLES) por el daño causado a su imagen como Entidad; CENARES señala lo siguiente:

- Que, con fecha 11 de marzo de 2020, el Gobierno del Perú emitió el Decreto Supremo N° 008-2020-SA, mediante el cual declara el país en Estado de Emergencia Sanitaria por el plazo de noventa (90) días calendario e igualmente dispone medidas de prevención y control a fin de evitar la propagación del virus Covid-19.
- Por lo cual, emitió la Orden de Compra N° 376-2020 bajo el concepto de “Adquisición en el marco del D.S. N° 008-2020SA- EMERGENCIA SANITARIA COVID-19”, a favor de PMI MÉDICA, a fin de adquirir 1’257,900 mascarillas descartables tipo N-95 por el monto de S/ 24’654,840.00 (VEINTICUATRO MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MIL OCHOCIENTOS CUARENTA CON 00/100 SOLES).
- Tal contratación se realizó bajo el método de contrataciones directas al amparo del literal b) del artículo 27° LCE. Así, en la Orden de Compra,

emitida el 23 de marzo de 2020, se estableció el siguiente cronograma de entrega:

PRIMERA ENTREGA:

1'000,000 (Un millón) de unidades: máximo a los quince (15) días calendario, contabilizados a partir de recepcionada la orden de compra.

SEGUNDA ENTREGA:

257,900 (Doscientos cincuenta y siete mil novecientos) unidades: máximo a los veinticinco (25) días calendario, contabilizados a partir de recepcionada la orden de compra.

- Es decir, los plazos máximos para realizar las entregas eran: i) la primera entrega, hasta el 08 de abril de 2020; y, ii) la segunda entrega, hasta el 18 de abril de 2020.
  
- Al respecto, señala que se debe considerar que la contratación directa es un procedimiento de selección excepcional mediante el cual una entidad puede contratar con determinado proveedor por razones coyunturales económicas o de mercado. Por lo cual, el artículo 27° LCE establece que una de las causales de la contratación directa es la situación de emergencia. Dicha situación consiste en un estado de peligro o riesgo para la población relacionado con aspectos como la seguridad, salubridad, defensa y tranquilidad. Por ello, una de sus principales características es la inmediatez. La situación de emergencia comprende, a su vez, emergencias sanitarias.
  
- Por otro lado, sobre la existencia de daño, manifiesta que ha existido un incumplimiento contractual de trece (13) días por parte de EL CONTRATISTA. Sin embargo, este incumplimiento al realizarse en el

marco de una contratación directa por causal de emergencia sanitaria es un hecho lesivo a la salud del personal del Ministerio de Salud y, por ende, a los usuarios del servicio de salud (población peruana atendida es de escasos recursos).

- Por lo tanto, PMI MÉDICA tendría la obligación de indemnizar por dos (2) conceptos: 1) la obligación de indemnizar como consecuencia de incumplimiento contractual; y 2) la obligación de indemnizar por el daño contra la salud pública generado al incumplir en el marco de una contratación directa por causal de emergencia sanitaria.
- En cuanto a la obligación de indemnizar por incumplimiento contractual, indica que es una consecuencia legal prevista en la LCE y se genera a raíz de verificarse un incumplimiento que tiene como consecuencia la resolución de los contratos celebrados por el Estado, de acuerdo con lo regulado en el artículo 36° de la precitada norma.
- De igual modo, menciona que en el artículo 164° RLCE se establecen las causales de resolución de Contrato, siendo una de ellas el incumplimiento de obligaciones.
- En relación con el extremo sobre la indemnización por el daño contra la salud pública, señala se debe tener en consideración que el ordenamiento jurídico peruano en materia de Responsabilidad Civil reconoce el principio "*alterum non laedere*", es decir, todo aquel que ocasiona un daño injusto a otro está obligado a repararlo; ello se recoge en el artículo 1969° del Código Civil.

- Por lo cual, manifiesta que se estaría frente a un supuesto de culpa inexcusable por parte de EL CONTRATISTA, toda vez que estando en la posibilidad de evitar el daño –abasteciéndose de mascarillas de proveedores ubicados en países diferentes a China–, no lo hizo y conforme habría quedado acreditado, no ha solicitado ampliación de plazo en ningún momento durante la ejecución del Contrato.
- Asimismo, indica que se debe tener en cuenta que la presente contratación se realizó con la finalidad de adquirir mascarillas tipo N 95, a fin de que estas sean utilizadas por el personal de la salud que atiende a pacientes infectados con Covid-19. Esto garantizaba dos situaciones: i) el derecho de dotar al personal sanitario con los implementos necesarios para realizar su labor, lo que está directamente relacionado a los derechos de seguridad y salud en el trabajo; y ii) que los pacientes infectados accedan a los servicios de salud para su diagnóstico y tratamiento.
- No obstante ello, dado que PMI MÉDICA habría incumplido con realizar la entrega de las mascarillas, habría tenido como consecuencia necesaria e inmediata que los profesionales de la salud no contaran con un equipo de protección personal idóneo para realizar su labor (debido a la falta de mascarillas), lo que ocasionó que los profesionales de la salud se infectaran e incluso fallecieran debido a esta enfermedad.
- Adicionalmente, menciona que se debe considerar que nuestro país se encuentra en 3° lugar de los países latinoamericanos con más médicos contagiados; de conformidad con lo publicado por el Colegio Médico del Perú. Además, según lo manifestado por el Colegio de Enfermeros del Perú, hay más de cien (100) infectados entre licenciados y técnicos de enfermería infectados.

- De igual modo, señala que se debe tener presente que la cifra de médicos contagiados supera la cantidad de tres mil trescientos noventa y ocho (3,398). Además, y en atención a esta situación –la falta de equipos de protección personal-, tanto médicos como enfermeros han realizado plantones frente a diversos nosocomios del país reclamando implementos de seguridad para atender a pacientes infectados de Covid-19.
- Con respecto a la antijuricidad, en el presente caso se debe considerar lo establecido en el Código Civil sobre la buena fe.
- Así pues, manifiesta que de la revisión de las comunicaciones que EL CONTRATISTA envió a la Entidad (anexos 1-D y 1-H de la reconvencción), se aprecia que PMI MÉDICA habría tenido conocimiento de los hechos que podrían generar el incumplimiento de las obligaciones contraídas con la Entidad. Sin embargo, además de las citadas cartas, no se evidenciaría que el Contratista haya tenido un actuar diligente; es decir, no se advertiría coordinaciones con otros proveedores a fin abastecerse de las mascarillas tipo N-95 descartables, objeto del Contrato.
- En tal sentido, concluye que PMI MÉDICA no habría actuado según las normas de la buena fe en la fase de ejecución contractual.
- En cuanto al nexo causal, indica que la teoría acogida por nuestro ordenamiento en el tema de inejecución de obligaciones es la teoría de la causa próxima. Según esta teoría la “causa” del daño sería aquel hecho más próximo a su verificación.

- De acuerdo con ello, resultaría claro que la causa próxima generadora del daño moral y emergente (afectación a la reputación de la Entidad y los costos generados por una nueva contratación) es la conducta consistente en el incumplimiento imputable a EL CONTRATISTA.
- Con relación al factor de atribución, manifiesta que se debe tener en cuenta lo previsto en el artículo 1329° del Código Civil; por lo cual, de la lectura del citado artículo, se concluye que este establece una presunción *iuris tantum* sobre la culpa leve del deudor en el caso de inejecución de obligaciones.
- Por lo tanto, indica que no existe medio probatorio que acredite que el PMI MÉDICA actuó con la diligencia ordinaria requerida durante la ejecución del contrato, corresponde aplicar la citada presunción.
- Además, menciona que se debe recordar que las finalidades que persigue la responsabilidad civil son la preventiva y la resarcitoria. La primera de ellas debe ser entendida como aquella que busca desincentivar la producción de daños; y, la segunda, como aquella que busca resarcir el daño causado injustamente.
- En el presente caso, señala que el incumplimiento de EL CONTRATISTA habría generado un daño a la imagen de la Entidad.
- Por otro lado, manifiesta que, a fin de determinar el daño y el monto de resarcimiento, se debe analizar los conceptos del daño moral de la responsabilidad subjetiva (inejecución de obligaciones), el cual se encuentra regulado en el artículo 1322° del Código Civil.

- Al respecto, indica que el Tribunal Constitucional ha declarado que la persona jurídica también es titular del derecho a la reputación; por lo cual, resultaría evidente el daño a la imagen de la Entidad que se ha generado como consecuencia del incumplimiento del Contrato celebrado con el PMI MÉDICA.
- En el presente caso, menciona se debe resaltar que el contrato fue celebrado considerando como finalidad pública contar con equipos e insumos de protección personal (EPP) por contingencia, ante probabilidad de brote del nuevo Coronavirus (2019-NCOV), en establecimientos de salud (anexo 1-C).
- Asimismo, señala que el incumplimiento por parte de EL CONTRATISTA habría causado que los profesionales de la salud laboren sin equipos de protección personal, lo que habría generado un alto número de profesionales contagiados. Sin embargo, de haberse ejecutado el Contrato en los plazos establecidos, se habría evitado la pérdida irreparable de estos.
- Finalmente, manifiesta que la resolución del Contrato, debido al incumplimiento de PMI MÉDICA, habría originado que los medios de comunicación cuestionen la diligencia de las actuaciones de la Entidad destinadas a la protección de la salud pública, lo que habría afectado la reputación de la misma, toda vez que esta viene actuando con la debida diligencia a fin de contener la propagación del virus y proteger al personal médico que se encuentra al frente de la lucha contra la pandemia.

## 2.2. Posición de PMI MÉDICA S.A.C.

En relación a este punto controvertido, PMI MÉDICA había indicado en el texto de su escrito de contestación a la reconvenición de CENARES, lo siguiente:

- CENARES habría basado su pretensión en hechos falsos y la resolución del Contrato no cuenta con la debida motivación, toda vez que uno de los hechos falsos sería que la adquisición del ítem 40 estaba referida a Mascarillas tipo N95; sin embargo, ello se habría precisado recién en las especificaciones técnicas.
- Asimismo, señala que no sería cierto que tuvo la posibilidad de entregar mascarillas fabricadas en cualquier otro país, como alega LA ENTIDAD, debido a que se encontraba vinculado a la oferta técnica aprobada por CENARES, según la cual, el fabricante de las mascarillas debía ser Dongguan Zhijie Automation Equipment Co. Ltd., que se encontraba en la República de China.
- Por otro lado, manifiesta que resultaría falso lo señalado por LA ENTIDAD respecto a que no habría solicitado oportunamente la ampliación de plazo, toda vez que si bien lo ocurrido en China sobre la redistribución de demanda de mascarillas entre las empresas que quedaron luego del cierre de otras en las que se descubrió falsificación, generó un atraso en la entrega por parte del fabricante, de acuerdo con lo regulado en el RLCE, solo al finalizar el hecho generador del atraso es jurídicamente posible solicitar la ampliación de plazo. No obstante, el hecho generador en este caso no había cesado.
- Por lo cual, indica que el hecho de que se haya informado sobre los hechos que generaron el atraso al día siguiente de vencido el plazo para la primera entrega, no constituiría una negligencia por su parte, toda vez que

Los hechos ocurridos no dependieron de su voluntad, sino de la voluntad del Gobierno de China, que ordenó a las empresas chinas a cubrir obligaciones que se habían adquirido de Estado a Estado.

- Además, menciona que habría estado realizando esfuerzos para tratar de superar los problemas presentados, sucediendo que, al vencerse el plazo sin poder efectuar la entrega, inmediatamente se informó de los hechos relatados.
- De este modo, señala que quedaría demostrado que habría actuado de manera diligente y cómo es que estos eventos de fuerza mayor extraordinarios, imprevisibles e irresistibles, generaron retrasos en la entrega de los bienes objeto del Contrato.
- En ese sentido, manifiesta que CENARES no debió resolver el Contrato omitiendo los eventos ocurridos que justificarían el incumplimiento y sin precisar cómo es que las pruebas aportadas no tienen eficacia probatoria, ni cuáles serían las pruebas que a su juicio son eficaces para demostrar la existencia de tales eventos de fuerza mayor, o cómo es que la Carta N° PMI 028-2020 de fecha 20 de abril de 2020 no acredita que el incumplimiento de la primera entrega sea justificado, ni cómo es que el incumplimiento en la segunda entrega resulta requerible con Carta N° 233-2020-DG-CENARES/MINSA de fecha 17 de abril de 2020, si es que la fecha para dicha entrega era el 18 de abril de 2020.
- Con respecto a la pretendida indemnización solicitada por LA ENTIDAD, indica que se debe considerar, en primer lugar, que no cabe indemnización sólo porque se ha probado la existencia de un daño.

- Así, menciona que la existencia de dicho pacto en el presente caso se encontraría revelada en el último párrafo de la Carta N° 233-2020-DG-CENARES/MINSA de fecha 17 de abril de 2020.
- Por lo tanto, señala que, no habiéndose aplicado penalidades al caducar tal posibilidad, no es factible reconducirlas hacia el pago de indemnizaciones, que además sería ilegales e improbadas.

### 2.3. Posición del Tribunal Arbitral

A fin de establecer si corresponde o no reconocer a favor de CENARES una indemnización por daños y perjuicios, ello como consecuencia del incumplimiento contractual por parte de PMI MÉDICA, se deberá analizar los elementos de la responsabilidad civil relativos a la antijuridicidad, daño, relación de causalidad y factor de atribución que se encuentran contemplados en el Código Civil, y que resulta aplicable a todo caso de solicitud de reparación de daño y perjuicios de naturaleza contractual.

Asimismo, se debe determinar primero si la solicitud indemnización de daños y perjuicios corresponde a una Responsabilidad Contractual o Extracontractual, a efectos de resolver si se cumplieron con los requisitos de la Responsabilidad Civil correspondiente.

La Responsabilidad Contractual es la obligación de reparar cuando no se ha cumplido la obligación convencional. También puede ser definida como los daños que se producen al acreedor en el incumplimiento o cumplimiento defectuoso por parte del deudor de la obligación que entre ellos existía. Así, el artículo 1321° del Código Civil señala lo siguiente:

*“Indemnización por dolo, culpa leve e inexcusable*

*Artículo 1321.- Indemnización por dolo, culpa leve e inexcusable*

*Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve”.*

Por su parte, FERNANDO DE TRAZEGNIES GRANDA menciona que en el caso de la Responsabilidad Contractual es cuando dos partes involucradas en el daño han tenido un trato previo, es decir, se han vinculado voluntariamente<sup>1</sup>:

*“En la responsabilidad contractual, las dos partes involucradas en el daño - el causante y la víctima - han tenido un trato previo. **Esto significa que se han vinculado voluntariamente y que han buscado en común ciertos propósitos: su reunión no es casual o accidental; y esta reunión se ha producido en torno a obtener un cierto resultado (las respectivas prestaciones recíprocas).***

*Por consiguiente, tenemos una situación en la que el elemento de intencionalidad o de voluntad predomina. Pero, además, esta voluntad se encuentra de alguna manera documentada, es decir, presenta un antecedente textual.*

*Por "documento" no queremos significar aquí necesariamente la existencia de un texto escrito: basta que exista un "texto" (es decir, el contenido de un acuerdo), cualquiera que sea la forma -verbal o escrita- como se encuentre expresado (el problema de probanza -que puede ser muy grave si no hay documento escrito- no altera el carácter textual del acuerdo)".*  
(resaltado propio)

Ahora, la Responsabilidad Extracontractual se produce cuando una persona causa daño a otra, sin que entre ellas exista una relación obligacional previa o cuando, aun existiendo ésta, el daño se cause fuera de ella. El artículo 1969º del Código Civil señala:

<sup>1</sup> TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *La Responsabilidad Extracontractual*. 7ta Edición. Volumen IV, Tomo II – Segunda Parte. Pontificia Universidad Católica del Perú: Lima. 200. Ver especialmente la pág. 463.

***“Indemnización por daño moroso y culposo***

***Artículo 1969.- Indemnización por dolo, culpa leve e inexcusable***

*Aquel que por dolo o culpa causa daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor.”*

Al respecto, FERNANDO DE TRAZEGNIES GRANDA expresa que en la Relación Extracontractual no hay ninguna delimitación previa entre las partes, ni mucho menos una intencionalidad, es decir, no existe una relación anterior al daño<sup>2</sup>:

***“En cambio, en la responsabilidad extracontractual no existe delimitación previa de causante y víctima: uno y otro pueden ser cualquiera, sin que los una necesariamente ninguna relación anterior al daño.***

*Tampoco hay ninguna intencionalidad subyacente a la relación entre ambos ni, consiguientemente, hay un "texto" o acuerdo que pueda servir de pauta para establecer la razón por la que ahora están en contacto.*

*En el campo de la responsabilidad extracontractual es la voluntad exclusivamente unilateral de una de las partes (acto ilícito) o el azar combinado con una suerte de intencionalidad social (accidente) que conforman la situación dañina. No hay documento de ninguna clase (oral o escrito) en la misma medida de que no hay texto que constituya una pauta de intencionalidad común”. (resaltado propio)*

Por lo tanto, se advierte que la pretensión de indemnización solicitada por LA ENTIDAD se configura en una de Responsabilidad Civil Contractual, toda vez que el supuesto perjuicio ha surgido como consecuencia del incumplimiento contractual por parte de EL CONTRATISTA.

<sup>2</sup> TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. Op. cit. Ver especialmente la pág. 463-464.

Por otro lado, el nuestro ordenamiento jurídico peruano determina que los elementos esenciales para determinar la responsabilidad son: Antijuridicidad o Conducta Antijurídica, Daño, Relación de Causalidad y Factor de Atribución.

## CONDUCTA ANTIJURÍDICA O ANTIJURIDICIDAD

El primer elemento para determinar la responsabilidad es la conducta antijurídica, que no es otra cosa que todo aquello que es contrario al Derecho. Respecto a este punto, ESPINOZA ESPINOZA señala que la doctrina distingue dos tipos de antijuridicidad; la formal y la material. La antijuridicidad formal se identifica con la ilegalidad, mientras que la antijuridicidad material se relaciona con la contrariedad a las prohibiciones que surgen de los principios del orden público<sup>3</sup>:

*“La Doctrina argentina distingue la antijuridicidad formal de la material. La primera se idéntica con la ilegalidad y la segunda con la contrariedad a las prohibiciones que surgen de “los principios que sostiene el orden público: político, social y económico, las buenas costumbres, etcétera.” Para un sector de la doctrina italiana, la ilicitud y antijuridicidad expresan la misma noción de contrariedad de la norma”. Nótese que el concepto de ilicitud (o antijuridicidad) se aplica tanto en la responsabilidad por inejecución de las obligaciones, como en la responsabilidad extra contractual.” (resaltado propio)*

Sin embargo, no todo hecho antijurídico acarrea la obligación de resarcir los daños causados, ya que existen diversos hechos que tienen distinto tipo de sanción, o en su defecto no lo tienen.

<sup>3</sup> ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de la Responsabilidad Civil*. 6ta Edición. Editorial Rodhas: Lima. 2001. Ver especialmente las págs. 94-95.

De esta manera, se desprende que las causas de justificación que no son otra cosa que determinadas circunstancias que tienen la virtualidad de borrar la antijuridicidad de un acto dañoso y, por ende, eximen de responsabilidad.

## DAÑO INDEMINZABLE

El segundo elemento a analizar para efectos de determinar si estamos ante un supuesto de Responsabilidad Civil es el "daño", que proviene del latín "demere" que significa "menguar", que es entendido como "el detrimento" o menoscabo a un interés jurídicamente tutelado por el ordenamiento jurídico (que en un primer momento corresponde al Interés Jurídico General de "no verse dañado por la conducta de otro sujeto", tornándose luego en un interés específico de la víctima). Al ser el daño un menoscabo a un interés jurídicamente tutelado la indemnización debe perseguir "no una sanción" sino una "satisfacción" de dicho interés conculcado.

ESPINOZA ESPINOZA sostiene que el daño no sólo puede ser entendido como lesión de un interés protegido, sino que son los efectos negativos que se derivan de la lesión del interés<sup>4</sup>:

*“El daño no puede ser entendido solo como una lesión de un interés protegido, por cuanto ello resulta equivoco y sustancialmente impreciso: **el daño incide más bien en las consecuencias, aquellos efectos (negativos) que se derivan de la lesión del interés protegido.** En sustancia, interés lesionado y consecuencias negativas de la lesión son momentos vinculados entre sí, pero “autónomos conceptualmente, cuanto al contenido y a la naturaleza”. Es por ello que de una lesión patrimonial pueden resultar consecuencias (al lado de aquellas patrimoniales) no patrimoniales y viceversa. Así tenemos que se habla de daño-evento (lesión del interés*

<sup>4</sup> ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Op. Cit. Ver especialmente la pág. 246.

*tutelado) y de un daño consecuencia (daño emergente, lucro cesante y daño moral)”. (resaltado propio)*

En términos generales, daño es el menoscabo que a consecuencia de un evento determinado sufre una persona, ya en sus bienes vitales o naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio.

Por su parte, FELIPE OSTERLING PARODI Y MARIO CASTILLO FREYRE señalan que el daño es la lesión que de otro recibe una persona en un bien jurídico que le pertenece o que es todo menoscabo que experimente un individuo en su persona y bienes a causa de otro, por la pérdida de un beneficio de índole material o moral, o de orden patrimonial o extrapatrimonial<sup>5</sup>:

*“Podríamos resumir, entonces, que el daño, desde una óptica jurídica, es la lesión que por dolo o culpa «de otro» recibe una persona en un bien jurídico que le pertenece, lesión que le produce una sensación desagradable por la disminución de ese bien, es decir, de la utilidad que le producía, de cualquier naturaleza que ella fuese; o que es todo menoscabo que experimente un individuo en su persona y bienes a causa de otro, por la pérdida de un beneficio de índole material o moral, o de orden patrimonial o extrapatrimonial”.*

De expuesto en los párrafos anteriores se desprende que existen dos tipos de daño: el daño material o patrimonial, y el daño moral.

Respecto al daño material o patrimonial se puede manifestar que es aquel menoscabo que experimenta una persona. Él recae sobre el patrimonio, sea directamente en las cosas o

<sup>5</sup> OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. *Tratado de las Obligaciones*. Cuarta Parte Tomo X. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú: Lima. 2003. Ver especialmente la pág. 373.

bienes que lo componen, sea indirectamente como consecuencia o reflejo de un daño causado a la persona misma en sus derechos o facultades. A su vez, la doctrina distingue el daño patrimonial en dos formas típicas: “daño emergente” y “lucro cesante”, siendo el primero la disminución del patrimonio ya existente; y el segundo, la pérdida de un enriquecimiento patrimonial previsto. En cuanto a la indemnización, ésta debe comprender ambos aspectos, salvo que la ley estipule lo contrario<sup>6</sup>.

Así pues, según lo manifestado por OSTERLING PARODI Y CASTILLO FREYRE <sup>7</sup>, el daño moral es cuando el acto ilícito no comporta necesariamente por sí ningún menoscabo para el patrimonio, en su contenido actual o en sus posibilidades futuras, pero hace sufrir a la persona, molestándola en su seguridad personal, o en el goce de sus bienes, o hiriéndola en sus afecciones legítimas.

Al respecto, el artículo 1322° del Código Civil indica que el daño también es susceptible de resarcimiento:

***“Indemnización por daño moral***

***Artículo 1322°.- El daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento”.***

Por otro lado, ESPINOZA ESPINOZA argumenta que las personas jurídicas pueden también sufrir lesiones en sus derechos cuando se llegan a realizar alguna violación o información inexacta sobre ellos; y que por ende le correspondería poder interponer una indemnización por daños no patrimoniales<sup>8</sup>:

<sup>6</sup> OSTERLING PARODI, Felipe. *Indemnización por Daño Moral*. Ver vínculo: <http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/Indemnizaci%C3%B3n%20por%20Da%C3%B1o%20Moral.pdf>

<sup>7</sup> OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Op. Cit. Ver especialmente la pág. 375.

<sup>8</sup> ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Op. Cit. Ver especialmente la pág. 261.

*“La persona jurídica también puede ser titular de situaciones jurídicas existenciales, como el derecho a la identidad, reputación, privacidad, entre otros. En efecto, se le pueden lesionar estos derechos a la persona jurídica si se hacen afirmaciones inexactas sobre ellas, si se hacen juicios de valor negativos o si se viola su correspondencia. **Por ello podría solicitar una indemnización por daños patrimoniales y extra-patrimoniales. Si bien es cierto que la persona jurídica (en estos casos) puede solicitar una indemnización por daño a la persona (art. 1985 c.c.), al haberse lesionado sus derechos no patrimoniales, no podrá hacer lo mismo respecto del daño moral, por cuanto, por su particular naturaleza no puede encontrarse en un situación de dolor, sufrimiento o aflicción (denominado por los juristas romanos pecunia doloris, en el common law como pain and suffering o por los alemanes Schmerzengeld): ello corresponde solo a las personas naturales”.**(resaltado propio)*

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional peruano, reconoce un listado de los derechos de las personas jurídicas (Expediente N°4972-2006-PA/TC); según se describe a continuación:

*“(…) En medio del contexto descrito y aun cuando no se pretende ensayar aquí una enumeración taxativa de los derechos que puedan resultar compatibles con la naturaleza o estatus de las personas jurídicas, cabe admitirse, entre otros, y desde una perspectiva simplemente enunciativa, los siguientes:*

- a) *El derecho a la igualdad ante la ley (Artículos 2, incisos 2, 60, 63)*
- b) *Las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento. El derecho a fundar medios de comunicación (Artículo 2, inciso 4)*
- c) *El derecho de acceso a la información pública (Artículo 2, inciso 5)*

- d) *El derecho al secreto bancario y la reserva tributaria (Artículo 2, inciso 5, párrafo segundo)*
- e) *El derecho a la autodeterminación informativa (Artículo 2, inciso 6)*
- f) ***El derecho a la buena reputación (Artículo 2, inciso 7)***
- g) *La libertad de creación intelectual, artística, técnica y científica (Artículo 2, inciso 8)*
- h) *La inviolabilidad de domicilio (Artículo 2, inciso 9)*
- i) *El secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados (Artículo 2, inciso 10)*
- j) *La libertad de residencia (Artículo 2, inciso 11)*
- k) *El derecho de reunión (Artículo 2, inciso 12)*
- l) *El derecho de asociación (Artículo 2, inciso 13)*
- m) *La libertad de contratación (Artículo 2, inciso 14)*
- n) *La libertad de trabajo (Artículo 2, inciso 15, y Artículo 59)*
- o) *El derecho de propiedad (Artículo 2, inciso 16)*
- p) *El derecho a la participación en la vida de la nación (Artículo 2, inciso 17)*
- q) *El derecho de petición (Artículo 2, inciso 20)*
- r) *El derecho a la nacionalidad (Artículo 2, inciso 21)*
- s) *El derecho a la inafectación de todo impuesto que afecte bienes, actividades o servicios propios en el caso de las universidades, institutos superiores y demás centros educativos (Artículo 19)*
- t) *La libertad de iniciativa privada (Artículo 58)*
- u) *La libertad de empresa, comercio e industria (Artículo 59)*
- v) *La libre competencia (Artículo 61)*
- w) *La prohibición de confiscatoriedad tributaria (Artículo 74)*
- x) *El derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional (Artículo 139°, inciso 3)'' (resaltado propio)*

## NEXO CAUSAL

La relación de causalidad es la relación entre el acto antijurídico y la conducta desplegada. Es decir, un nexo entre la conducta ilícita y el daño. En el ámbito jurídico el nexo de la relación causal está considerado como el elemento esencial de la responsabilidad civil; de ahí, la importancia de que la acción antijurídica no es punible si no media entre el hecho imputable y el daño, el nexo de causalidad para que el autor de ese comportamiento deba indemnizar el perjuicio. Se precisa que el nexo causal es propio de la esencia de la responsabilidad, ya sea contractual o extracontractual.

## FACTOR ATRIBUCIÓN

ESPINOZA ESPINOZA cuando se ocupa de este elemento, plantea la siguiente pregunta: ¿A título de qué se es responsable? La respuesta a la pregunta deviene en el fundamento del “deber indemnizar”<sup>9</sup>:

*“Este elemento contesta al a pregunta ¿a título de qué es responsable?, vale decir, constituye “el fundamento del deber de indemnizar”. Existen factores de atribución subjetivas (culpa y dolo), objetivos (realizar actividades o ser titular de determinadas situaciones jurídicas que el ordenamiento jurídico considera – si se quiere ser redundante – objetivamente o – si se quiere optar por una definición residual – prescindiendo del criterio de culpa). También forma parte de los factores de atribución el abuso de derecho y la equidad. La doctrina trata a estos dos últimos como sub- tipos de factores de atribución objetivos (porque no se basan en culpa); pero prefiero considerarlos de manera independiente, dados sus particulares características”. (resaltado propio).*

<sup>9</sup> ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Op. Cit. Ver especialmente la pág. 150.

En virtud de lo expuesto, se advierte que en el análisis de los hechos no basta el daño para que la víctima o el acreedor puedan pedir reparación civil, sino que ese supuesto daño se debe conjugar el factor de responsabilidad subjetiva (culpa y dolo) y objetiva (realización de actividades) que la ley reputa como idóneo para atribuirlo a una determinada persona.

La cuestión es importante en la materia que se viene analizando, porque la imputabilidad o la atribución legal va a determinar quién es el sujeto que debe responder por el daño causado.

Al respecto, el artículo 1331° del Código Civil nos señala lo siguiente:

*“La prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía también corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación.”*

Es por ello, que quien tiene la carga de la prueba según el artículo 1331° del Código Civil – norma supletoria que se aplica al caso concreto–, es quien afirma que ha sido perjudicado con el incumplimiento contractual. Así, y estando lo indicado, queda claro, que quien tiene que la carga de probar si se le provocó algún tipo de daño es CENARES.

Bajo ese contexto, en correlación con los sucesos acontecidos, corresponderá evaluar si se ha configurado los criterios de indemnización establecidos anteriormente; a la luz de las actuaciones, las imputaciones vertidas y los medios probatorios ofrecidos para el presente proceso arbitral tanto por LA ENTIDAD como por EL CONTRATISTA.

Respecto a lo anterior, cabe mencionar que los documentos y medios probatorios alcanzados no han sido cuestionados en su forma o contenido por las partes. Por lo cual, el Tribunal Arbitral evaluará oportunamente su valor probatorio.

No obstante lo anterior, de manera previa al análisis antes referido, esto es, respecto a la determinación de la existencia de los elementos de la antijuricidad, resulta importante tener en consideración los siguientes sucesos acontecidos:

- Mediante Decreto Supremo N° 008-2020-SA de fecha 11 de marzo de 2020, se declaró la Emergencia Sanitaria a nivel nacional por el plazo de noventa (90) días calendario, y se dictaron medidas para la prevención y control para evitar la propagación del COVID-19.
- De esta manera, a través del Decreto de Urgencia N° 025-2020 de fecha 11 de marzo de 2020, se dictaron medidas urgentes destinadas a reforzar el sistema de vigilancia y respuesta sanitaria frente al grave peligro de la propagación de la enfermedad causada el COVID-19, siendo una de ellas la autorización, de manera excepcional, al Ministerio de Salud, a través de su UNIDAD EJECUTORA 124: CENTRO NACIONAL DE ABASTECIMIENTOS DE RECURSOS ESTRATÉGICOS DE SALUD – CENARES, para que en el año fiscal 2020, con cargo a su presupuesto institucional, pueda realizar contrataciones a favor de los establecimientos de salud del Ministerio de Salud.
- Como consecuencia de ello, CENARES emitió la Orden de Compra N° 376-2020 de fecha 23 de marzo de 2020, bajo el concepto de “Adquisición en el marco del D.S. N° 008-2020SA- EMERGENCIA SANITARIA COVID-19”, a favor de PMI MÉDICA, a fin de adquirir 1’257,900 mascarillas descartables tipo N-95 por el monto de S/ 24’654,840.00 (VEINTICUATRO MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MIL OCHOCIENTOS CUARENTA CON 00/100 SOLES).

- Mediante Carta s/n de fecha 24 de marzo de 2020, con certificado de traducción n.º 115-2020, el fabricante Dongguan Zhije Automation Equipment Co. Ltd. informó a PMI MÉDICA que se ha iniciado la producción de 1,5 millones de mascarillas tipo N-95, encontrándose en plena producción; por lo cual, el plazo de entrega será en ocho (8) días.
- A través de la Carta s/n de fecha 7 de abril de 2020, con certificado de traducción n.º 114-2020, el proveedor Dongguan Zhije Automation Equipment Co. Ltd. puso en conocimiento de EL CONTRATISTA que el primer lote de 300 000 unidades de mascarillas tipo N-95 terminadas de producir, ello posteriormente al retraso comunicado mediante Carta s/n de fecha 31 de marzo de 2020, había sido tomado por el gobierno chino para suplir algunos compromisos con gobiernos europeos; por lo cual, dicho stock y los siguientes pedidos de 700 000 y 500 000 piezas programadas debían retrasarse nuevamente debido a la presión del gobierno.
- Con Carta N° PMI 026-2020 de fecha 7 de abril de 2020, PMI MÉDICA informó a LA ENTIDAD respecto a su esfuerzo de reducir el precio unitario de las mascarillas, a fin de incrementar la cantidad de las mismas sin variar el monto total de la orden de compra; asimismo, puso en conocimiento sobre las dificultades que estaba atravesando su proveedor ubicado en China, Dongguan Zhije Automation Equipment Co. Ltd., relacionadas a la elaboración y exportación de mascarillas, toda vez que menciona que el fabricante le había informado que se había visto afectado por causas externas, siendo ellas: i) La presión de demanda en fábricas formales como la suya, como consecuencia de la clausura de algunas fábricas por parte del gobierno chino a raíz de las denuncias internacionales sobre la exportación de productos defectuosos; ii) La imposición de cuotas de fabricación por parte del gobierno chino a las empresas formales,

generado a causa del compromiso asumido por dicho gobierno con países Europeos para el abastecimiento de mascarillas, motivo por el cual ocasiono que los fabricantes no tengan capacidad para producir lotes destinados a exportación; iii) La escasez de materia prima; iv) El costo de los fletes es elevado; y, v) La lista de espera larga para vuelos.

Asimismo, comunicó a CENARES que su proveedor le había informado que las 300 000 unidades puestas en cola para ser despachadas vía área, ello como consecuencia del retraso informado por el fabricante, habían sido re direccionada a otro destino por orden del gobierno chino.

- Mediante Carta N° 229-2020-DG-CENARES/MINSA de fecha 14 de abril de 2020, notificada a través del correo electrónico el 14 de abril de 2019, LA ENTIDAD solicitó a EL CONTRATISTA, en respuesta a lo informado mediante Carta N° PMI 026-2020 de fecha 7 de abril de 2020, el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, a fin de que se efectúen las coordinaciones para atender la Orden de Compra N° 376-2020, y que comunique la fecha cierta del internamiento de la primera entrega de los bienes, en un plazo no mayor de dos (2) días calendarios de recibido el documento.
- A través de la Carta N° 233-2020-DG-CENARES/MINSA de fecha 17 de abril de 2020, notificada mediante correo electrónico el 17 de abril de 2019, CENARES requirió a PMI MÉDICA que en un plazo no mayor de un (1) día de recibido el documento, cumpla con sus obligaciones contractuales, bajo apercibimiento de resolver la orden de compra.
- Con escrito s/n de fecha 18 de abril de 2020, Perú Container Line informó a EL CONTRATISTA que, en las cargas áreas de China, existe una sobredemanda de espacios en la exportación de mascarillas de China a

todas partes del mundo, llegando a colapsar el aeropuerto de Hong Kong, llegándose a incrementar el flete a siete veces su valor; asimismo, manifestó que la aduana china había modificado los procedimientos aduaneros y estaba siendo más riguroso en las certificaciones e inspecciones de cada carga, quedándose retenida o embarcada si no se cumplía los requisitos hasta presentar el expediente completo.

- Mediante Carta N° PMI 028-2020 de fecha 20 de abril de 2020, PMI MÉDICA informó a LA ENTIDAD que, además de los sucesos informados mediante Carta N° PMI 026-2020 de fecha 7 de abril, existe una sobrecarga en la aduana de China que se traduce en demoras de dos (2) a cuatro (4) días, alta demanda de vuelos áreas que ocasiona lista de espera entre cinco (5) a diez (10) días y costo cuadruplicado de fletes aéreos; por lo tanto, señaló que era imposible atender la orden de compra en el plazo de 24 horas.
- Con Carta N° 236-2020-DG-CENARES/MINSA de fecha 21 de abril de 2020, notificada el 21 y 22 de abril de 2019, CENARES informó a EL CONTRATISTA su decisión de resolver la Orden de Compra N° 376-2020, toda vez que no había cumplido con atender el requerimiento efectuado a través de la Carta N° 233-2020-DG-CENARES/MINSA.

Así pues, de los hechos expuestos antes descritos, se tiene como actuación efectuada por LA ENTIDAD a través de la Carta N° 236-2020-DG-CENARES/MINSA de fecha 21 de abril de 2020, mediante la cual se advierte que CENARES resuelve Orden de Compra N° 376-2020 amparándose en la causal de incumplimiento injustificado de obligaciones contractuales establecida en el literal a) del artículo 164° RLCE:

***“Artículo 164. Causales de resolución***

164.1. La Entidad puede resolver el contrato, de conformidad con el artículo 36 de la Ley, en los casos en que el contratista:

- a) **Incumpla injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese a haber sido requerido para ello;**
- b) *Haya llegado a acumular el monto máximo de la penalidad por mora o el monto máximo para otras penalidades, en la ejecución de la prestación a su cargo; o*
- c) *Paralice o reduzca injustificadamente la ejecución de la prestación, pese a haber sido requerido para corregir tal situación". (resaltado propio).*

Por lo tanto, mediante interposición de la respectiva reconvenición, LA ENTIDAD solicita a PMI MÉDICA que le pague una indemnización por haber incurrido en incumplimiento contractual.

Al respecto, OSTERLING PARODI manifiesta que la inexecución de las obligaciones es un concepto genérico que lleva incorporado al incumplimiento como la imposibilidad, sea por dolo o por culpa; además el incumplimiento genera pérdidas al acreedor que dan origen al lucro cesante y al daño emergente<sup>10</sup>:

***"La inexecución de la obligación, concepto genérico que incorpora tanto el incumplimiento como la imposibilidad, con culpa o sin culpa, se regula en el título final de Libro VI.***

*(...) El incumplimiento de la obligación de hacer, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, a que se refieren los artículos 1150 y 1151 citados, se ubican en el supuesto de que exista dolo o culpa del deudor. La ausencia de culpa determinaría la ausencia de responsabilidad. El artículo 1150 proporciona al acreedor, ante el incumplimiento de la obligación de*

<sup>10</sup> OSTERLING PARODI, Felipe. "Las Obligaciones". 8va edición. Editorial Griley. Lima, 2007. Ver especialmente las páginas 55, 68, 74 y 249.

*hacer, la posibilidad de optar, alternativamente, por una cualquiera de las tres medidas allí previstas: exigir la ejecución forzada, a no ser que fuese necesario para ello emplear violencia contra la persona del deudor; exigir que el hecho sea ejecutado por persona distinta del deudor, pero por cuenta de éste; o dejar sin efecto la obligación. El artículo 1157, finalmente, al utilizar la expresión genérica de inejecución, abarca tanto las hipótesis de incumplimiento como de imposibilidad, que se han analizado. (...) Las pérdidas que sufre el acreedor como consecuencia de la inejecución de la obligación, o de su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, corresponden al daño emergente; las utilidades que deja de percibir, por iguales motivos, corresponden al lucro cesante. El daño emergente es el empobrecimiento del patrimonio del acreedor. El lucro cesante corresponde al legítimo enriquecimiento que se frustró.” (resaltado propio).*

En ese orden de ideas, los nacionales OSTERLING PARODI Y CASTILLO FREYRE indican que el incumplimiento parcial, excesivo, anticipado, tardío, defectuoso o no de la misma, coloca a las partes en el campo de la inejecución de las obligaciones; en algunos casos habrá responsabilidad, dolo o culpa, y en otro no los habrá <sup>11</sup>:

*“(…) Precisa destacarse la importancia de que en el Perú se fomente una cultura de pago, para la sana convivencia de las personas y la tranquilidad social. Todo aquél que tiene la condición de deudor debe también saber que es responsable del fiel cumplimiento de sus obligaciones, y que sólo podrá liberarse de las mismas si ocurre alguna situación excepcional que le impida pagar; es decir, que no le permita proceder conforme a lo convenido por la voluntad de las partes o a lo prescrito por la ley. Tanto el*

<sup>11</sup> OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. “Compendio de Derecho de las Obligaciones”. Palestra Editores. Lima, 2008. Ver especialmente la página 817.

*incumplimiento absoluto de una obligación, como el cumplimiento parcial, excesivo, anticipado, tardío, defectuoso o no adecuado de la misma, nos coloca en el campo de la inejecución de obligaciones, más allá de los diversos aspectos que se pueden apreciar en relación con las consecuencias prácticas del tema. En cada tipo de inejecución —parcial, total, tardía, defectuosa— hay consecuencias diversas y, además, en función de las variables del factor de atribución correspondiente, también variarán dichas consecuencias. En algunos casos —si hay culpa o dolo— habrá responsabilidad, y en otros —ausencia de culpa, caso fortuito o fuerza mayor— no la habrá. En ciertos casos se disolverá el vínculo, liberando al deudor; en otros éste será imputable y deberá resarcir al acreedor con la indemnización que corresponda; también, según el caso, la prestación deteriorada sin culpa del deudor reducirá el monto de la contraprestación, etc.” (resaltado propio).*

Por su parte, CASTILLO FREYRE Y RIVAS CASO expresan que el incumplimiento de las obligaciones representa un desfallecimiento contractual y que las consecuencias dependen de las causas que originaron el incumplimiento, que puede ser imputable o no imputable<sup>12</sup>:

*“(…) La inejecución de una obligación se constituye como una situación anómala en la relación obligatoria; representa un desfallecimiento contractual.*

*Las consecuencias del incumplimiento en la ejecución de una obligación dependen de la causa que originó el referido incumplimiento. Así, el incumplimiento que escapa de las manos del obligado (esto es, una situación ajena al control del sujeto, que le impide cumplir con su obligación) deriva en que éste no es responsable por el incumplimiento.*

<sup>12</sup> CASTILLO FREYRE, Felipe y RIVAS CASO, Gino. “La Diligencia y la Inejecución de las Obligaciones”. En Revista Ius Veritas N°48. Lima, 2014. Ver especialmente las páginas 136 y 137.

*Por otro lado, la no ejecución que se da sin que haya elemento ajeno o externo que haya impedido al sujeto cumplir con su obligación, se erige como un supuesto de incumplimiento culposo. En otras palabras, la inejecución de obligaciones puede tener una causa (i) imputable, esto es, el sujeto encargado de la obligación incumple con ella de manera culposa, es decir, que fue su propio descuido el que derivó en el incumplimiento de la obligación y (ii) no imputable, que significa que hubo ausencia de culpa.” (resaltado propio).*

En atención a ello, contrarrestando lo indicado por CENARES, EL CONTRATISTA argumenta, en su escrito de contestación a la reconvención, que el retraso en el cumplimiento de la entrega de los bienes se debía a eventos de fuerza mayor, siendo ello comunicado oportunamente a LA ENTIDAD:

6. De lo expuesto queda demostrado que desde el principio obramos con la diligencia ordinaria requerida para el caso, precisando los imponderables presentados y como es que estos eventos de fuerza mayor causaban de manera extraordinaria, imprevisible e irresistible, retrasos en el cumplimiento de la primera entrega, consecuentemente, al informársele con las pruebas pertinentes a CENARES de los eventos de fuerza mayor acaecidos, no puede hoy válidamente CENARES omitir pronunciamiento acerca de que el incumplimiento que se nos imputa es justificado o no omitiendo ponderar que tales eventos existieron y tuvieron efectos reales como viene argumentando a fin de obtener una indemnización reñida con los hechos y la Ley.

En este punto, es pertinente señalar que la solicitud de arbitraje formulada por PMI MEDICA SAC con fecha 27 de mayo del 2020, había señalado como una las eventuales pretensiones a las que se describen a continuación:

**“PRETENSIONES:** *(El petitorio debe ser determinado con claridad y precisión)*

1. *Que el plazo para presentar la solicitud de ampliación de plazo no había vencido conforme a norma.*
2. *Se deje sin efecto la resolución del contrato o la orden de compra realizada a mi representada”*

Por otro lado, en su escrito de demanda arbitral, PMI MEDICA SAC había invocado la nulidad de la Carta N° 236-2020-DG-CENARES/MINSA de fecha 21 de abril del 2020, que declaró la resolución de la Orden de Compra N° 000376-2020-CENARES/MINSA del 23 de marzo del 2020:

**I.1. PRETENSION ARBITRAL**

Que, se declare NULO el ACTO ADMINISTRATIVO contenido en la CARTA No. 236-2020-DG-CENARES/MINSA del 21 de Abril de 2020 mediante el cual se nos comunica la decisión de resolver la Orden de Compra No 0000376-2020-CENARES/MINSA del 23 de marzo de 2020 por persistir supuestamente en el incumplimiento injustificado de nuestra obligaciones pese a haber sido requeridos para el efecto, por adolecer de vicio de nulidad absoluta previsto en el Artículo 10 incisos 1 y 2 del TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General aprobado por D.S. No. 006-2017-JUS concordante con el Art. 36 de la Ley 30225 de Contrataciones del Estado y el Art. 164 de su Reglamento aprobado por D.S. 344-2016-EF al ser JUSTIFICADO el incumplimiento en que ha incurrido PMI MEDICA S.A.C. respecto de la entrega de los bienes indicados en la Orden de Compra – Guía de Internamiento No 0000376 de fecha 23 de Marzo 2020 NO HABIENDO POR TANTO INCURRIDO EN RESPONSABILIDAD PMI MEDICA S.A.C..<sup>1</sup>

Por su parte, la Entidad en su escrito de contestación de demanda, había manifestado que la entonces demandante PMI MEDICA no había cumplido con sustentar la nulidad de la Carta N° 236-2020-DG-CENARES/MINSA por la que se comunicó la resolución de la Orden de

Compra N° 376-2020. De la misma manera, informa que PMI MEDICA no había cumplido con desarrollar los numerales 1 y 2 del artículo 10 del TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General. En ese orden de ideas, no se había señalado con precisión el defecto u omisión de alguno de los requisitos de validez:

15. Sobre la pretensión del demandante, precisamos que esta consiste en que el tribunal arbitral declare la nulidad, en tal sentido decimos que:
16. En ninguna parte de la demanda se sustenta, fundamenta o argumenta respecto a la pretensión relacionada a la nulidad de la Carta N° 236-2020-DG-CENARES/MINSA mediante la cual comunica la resolución de la Orden de Compra N° 376-2020.
17. Asimismo, es importante precisar que de la lectura de la demanda tampoco se evidencia un desarrollo de los numerales 1 y 2 del artículo 10 del TUO de la LPAG en lo que fundamentaría la alegada nulidad. No observándose que hechos fundamentan los vicios que tiene Carta N° 236-2020-DG-CENARES/MINSA, que lo hacen ilegal o cual es el defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, motivo por el cual se procederá a demostrar la legalidad de la actuación de la Entidad.

A continuación, CENARES sustentó la legalidad de sus actuaciones, invocando para este efecto el incumplimiento del literal a) del artículo 164° RLCE; como se transcribe a continuación:

#### **LEGALIDAD DE LAS ACTUACIONES DE CENARES:**

18. La resolución de la Orden de Compra comunicada por la Entidad mediante Carta N° 236-2020-DG-CENARES/MINSA, se efectuó en atención a la causal de incumplimiento injustificado de obligaciones contractuales, al amparo del literal a) del artículo 164° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 344-2018-EF.

De la misma manera, se invocó el artículo 36° LCE, según detalle a seguir:

21. La resolución de los contratos celebrados por el Estado está regulada en el artículo 36° de la Ley de Contrataciones del Estado, el que a la letra dice:

"Art. 36.- Resolución de contratos

36.1. Cualquiera de las partes puede resolver el contrato por caso fortuito o fuerza mayor que imposibilite de manera definitiva la continuación del contrato, **por incumplimiento de sus obligaciones** conforme a lo establecido en el reglamento, o por hecho sobreviniente al perfeccionamiento del contrato que no sea imputable a las partes." (el resaltado es nuestro)

Indica para ello, que en el presente caso se había configurado uno de los supuestos contemplados en la norma; produciéndose la resolución del contrato por incumplimiento e las obligaciones por parte del contratista:

23. En tal sentido, se aprecia que en el presente caso se ha configurado uno de los supuestos contemplados en la norma. Es decir, se resolvió el contrato por incumplimiento de las obligaciones por parte del contratista pese a haber sido requerido para ello.

A continuación, CENARES formuló reconvencción en el sentido de generar una pretensión indemnizatoria por S/ 20,000; por el incumplimiento contractual llevado a cabo por PMI MEDICA, y el consecuente desabastecimiento de mascarillas N95 destinadas a impedir el contagio y muerte del personal de salud a nivel nacional:

- **PRIMERA PRETENSIÓN:** SE ORDENE A PMI S.A.C PAGUE UNA INDEMNIZACIÓN POR EL DAÑO CAUSADO A LA IMAGEN DE LA ENTIDAD CONSISTENTE EN S/. 20,000 SOLES AL HABER GENERADO CON SU INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL, EL DESABASTECIMIENTO DE MASCARILLAS N 95 DESTINADAS A IMPEDIR EL CONTAGIO Y MUERTE DEL PERSONAL DE SALUD A NIVEL NACIONAL.

A mayor abundamiento, CENARES manifiesta la existencia del daño “**DEMOSTRADO A LO LARGO DE LA CONTESTACIÓN**”, por la existencia de un incumplimiento contractual de 13 días:

54. **SOBRE LA EXISTENCIA DEL DAÑO:** Conforme se ha demostrado a lo largo de la contestación, ha existido un incumplimiento contractual de 13 días, sin embargo este incumplimiento al realizarse en el marco de una contratación directa por causal de emergencia sanitaria, es un hecho lesivo a la Salud del personal del Ministerio de Salud y por ende a los usuarios del servicio de salud (población peruana que es atendida que además es de escasos recursos).

Precisamente, en lo que corresponde a la ANTIJURIDICIDAD –ver página 16 del escrito de contestación de demanda y reconvencción– la entidad reconveniente hizo mención al incumplimiento de las obligaciones contraídas:

65. De la revisión de las comunicaciones que el contratista envió a la entidad (Anexo 1- D y Anexo 1-H), se aprecia que el contratista tuvo conocimiento de los hechos que podrían generar el incumplimiento de sus obligaciones contraídas con la entidad sin embargo, además de las citadas Cartas, no se evidencia que el Contratista haya tenido un actuar diligente. Es decir, de la información adjuntada por la demandante no se advierten coordinaciones con otros proveedores a fin abastecerse de las mascarillas tipo N-95 descartables. En tal sentido, se concluye que el contratista no habría actuado según las normas de la buena fe en la fase de ejecución contractual.

En torno a ello, el Tribunal Arbitral considera oportuno advertir la Naturaleza de la relación jurídica contenida en la Orden de Compra N° 0000376 del año 2020, a partir de lo cual se podrá determinar los alcances de las instituciones y su aplicación.

Para tal efecto, en primer lugar, resulta relevante considerar lo señalado por el Tribunal Constitucional respecto del carácter de la contratación pública: ***“La contratación estatal tiene un cariz singular que lo diferencia de cualquier acuerdo de voluntades entre particulares, ya que, al estar comprometidos recursos y finalidades públicas, resulta necesaria una especial regulación que permita una adecuada transparencia en las operaciones.”***<sup>13</sup> (resaltado y subrayado, propios).

La misma línea es adoptada por la doctrina, así, para JUAN CARLOS CASSAGNE, *“En el ámbito contractual, la idea de lo público se vincula, por una parte, con el Estado como sujeto contratante, pero, fundamentalmente, su principal conexión es con el interés general o bien común que persiguen, de manera relevante e inmediata, los órganos estatales al ejercer la función administrativa.”*<sup>14</sup>

Siendo ello así, podemos advertir que nos encontramos frente a una categoría típica del Derecho Administrativo, el “contrato administrativo”, sobre el cual, MANUEL MARÍA DIEZ,

<sup>13</sup> Sentencia recaída sobre el Expediente N° 020-2003-AI/TC, del 17.May.2004, Numeral 11.

<sup>14</sup> CASSAGNE, Juan Carlos. El Contrato Administrativo, Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot, segunda edición, Pág. 13.

señala que es “(...) un acuerdo de voluntades entre un órgano del Estado y un particular que genera efectos jurídicos en materia administrativa, razón por la cual el órgano del Estado debe haber actuado en ejercicio de su función administrativa.”<sup>15</sup>

En el mismo sentido, señala DROMI que el contrato administrativo es “toda declaración bilateral o de voluntad común, productora de efectos jurídicos, entre dos o más personas, de las cuales una está en ejercicio de la función administrativa”, siendo que el Derecho Administrativo versa sobre el régimen jurídico de la función administrativa”<sup>16</sup>.

En consecuencia, las relaciones jurídicas originadas bajo el ámbito de la Ley de Contrataciones del Estado tienen naturaleza administrativa formando parte del Derecho Administrativo.

En base a ello, la relación jurídica originada en la Orden de Compra N° 0000376 del año 2020 es de naturaleza administrativa, siéndole de aplicación la normativa especial de Contrataciones del Estado, contenida en la LCE y su Reglamento, la cual, de conformidad con la Primera Disposición Complementaria Final de dicha Ley, prevalecen sobre las normas del procedimiento administrativo general, de derecho público y sobre aquellas de derecho privado que le sean aplicables.

En el marco expuesto, se debe tener presente que el artículo 162 RLCE establece la penalidad por mora como la figura que corresponde aplicar al contratista en caso de retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones a su cargo, la cual tiene una finalidad resarcitoria de los posibles daños y perjuicios ocasionados a la Entidad por estos.

Efectivamente, la Dirección Técnica Normativa del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, mediante la Opinión N° 027-2010, ha señalado lo siguiente:

15 MARÍA DIEZ, Manuel. Derecho Administrativo, Buenos Aires: Editorial Plus Ultra, 1979, segunda edición, Tomo III, Pág. 33.

16 DROMI, Roberto. Derecho Administrativo. Ciudad Argentina 10ª ed. Buenos Aires 2004. Pág. 262-263

*“(…) la aplicación de la penalidad por mora cumple una función resarcitoria de los eventuales daños y perjuicios que el contratista haya ocasionado a la Entidad con su cumplimiento tardío, la cual se concibe como un mecanismo destinado a fijar la reparación en caso de cumplimiento tardío y siempre que este incumplimiento sea imputable al deudor” (resaltado y subrayado propio)*

Asimismo, se debe tener presente a su vez que, el numeral 1 del artículo 166° RLCE, establece las consecuencias económicas que recaen sobre el contratista cuando el contrato es resuelto por la Entidad:

**“Artículo 166. Efectos de la resolución**

*166.1. Si la parte perjudicada es la Entidad, esta ejecuta las garantías que el contratista hubiera otorgado sin perjuicio de la indemnización por los mayores daños irrogados...” (subrayado propio).*

En base a ello, la consecuencia de una resolución de un contrato bajo el ámbito de la LCE y su Reglamento, por causa imputable al contratista, es la ejecución de las garantías que el contratista hubiera otorgado, de ser el caso, sin perjuicio de la indemnización por los mayores daños irrogados.

En este sentido, y según lo ha recogido el OSCE a través de, por ejemplo, la Opinión N° 15-2018-DTN, la garantía de fiel cumplimiento tiene una función resarcitoria, dado que, *“(…) lo que se pretendía a través de su ejecución era indemnizar a la Entidad por los eventuales daños y perjuicios que haya sufrido debido al incumplimiento de las obligaciones del contratista”.*

Por lo expuesto, la LCE y su Reglamento, como normativa especial que regula la relación jurídica originada en la Orden de Compra N° 0000376 del año 2020, establece una especial regulación respecto a la indemnización por daños y perjuicios a la Entidad por el incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, en primer lugar a partir de la imputación de las respectivas penalidades; y, de ser el caso, de la garantía de fiel

cumplimiento, a consecuencia de la resolución del contrato por causa imputable al contratista, sin perjuicio de la indemnización por los mayores daños irrogados.

En este punto de análisis es de especial relevancia advertir, que la actual normativa, a diferencia del Decreto Legislativo N° 1017, circunscribe la posibilidad que la Entidad reclame daños irrogados, cuando estos sean “mayores”, es decir, cuando se acredite que estos no puedan ser cubiertos a consecuencia de las penalidades impuestas y/o la Garantía de fiel cumplimiento de contrato ejecutada.

Al respecto, corresponde señalar que, es un principio general de todo proceso el de la carga de la prueba, dicha norma elemental de lógica jurídica en materia de probanza se encuentra incluso recogida en nuestro ordenamiento jurídico, y en particular en el artículo 196° del Código Procesal Civil (que se considera pertinente referir para el caso, pues no resulta incompatible con la naturaleza del arbitraje).

Esta disposición establece que *“Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma los hechos de su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos”*.

En este sentido, los medios probatorios tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes y producir certeza respecto de las materias controvertidas.

Siendo ello así, corresponde tener presente que, la Entidad no ha probado en qué medida la indemnización por S/ 20,000.00 (VEINTE MIL CON 00/100 SOLES) no ha podido ser cubierta por las penalidades que aplicó o pudo haber aplicado, o de la garantía de fiel cumplimiento; lo cual, tampoco ha sido sometido al presente arbitraje como materia controvertida.

Efectivamente, es necesario recordar que mediante la Decisión Arbitral N° 6 de fecha 28 de octubre del 2020, este colegiado dispuso el archivamiento de las pretensiones interpuestas por el contratista en su escrito de demanda de fecha 12 de agosto del 2020. De la misma manera, se dispuso que carecía de objeto emitir pronunciamiento sobre lo mencionado por CENARES en su contestación de demanda, toda vez que la demanda había sido archivada. Asimismo, resulta necesario afirmar que esta decisión arbitral quedó consentida en tanto no fue cuestionada oportunamente por las partes.

Por otro lado, resulta pertinente que si bien es cierto inicialmente este Tribunal Arbitral conoció la controversia referida a la resolución del contrato por presunto incumplimiento en la ejecución de las obligaciones, finalmente no hubo pronunciamiento alguno sobre el fondo del mismo; debido al incumplimiento de pago de los honorarios arbitrales que ascendía la controversia.

En tal sentido, al no haberse determinado en esta vía el supuesto incumplimiento de las obligaciones y la posterior resolución del contrato, tampoco es posible establecer si la indemnización por el supuesto incumplimiento de las obligaciones invocado por la Entidad o la posterior resolución contractual, serían mayores a los montos que podría ser cubiertos por la aplicación de penalidades o la garantía de fiel cumplimiento, de ser el caso. En ese orden de ideas, tampoco será posible continuar con el análisis de los elementos restantes de la responsabilidad contractual.

Con lo cual, corresponderá no admitir la pretensión de CENARES referida a que ***“se ordene a PMI S.A.C. pague una indemnización por el daño causado a la imagen de la Entidad, consistente en S/ 20,000.00 soles, al haber generado con su incumplimiento contractual el desabastecimiento de mascarillas N95 destinadas a impedir el contagio y muerte del personal de salud a nivel nacional”***; debiéndose declarar infundada, por los fundamentos expuestos.

3. **Segundo Punto Controvertido:** *“Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral condene a la empresa PMI MÉDICA S.A.C. a asumir la totalidad de los gastos y costos del presente proceso arbitral, incluyendo demanda y reconvencción”.*

3.1. **Posición de Centro Nacional de Abastecimiento de Recursos Estratégicos en Salud – CENARES**

En relación a que se determine que si corresponde o no que PMI MÉDICA asuma la totalidad de los gastos y costos del presente proceso arbitral; CENARES señala lo siguiente:

- Que el Tribunal declare fundada la demanda en cuanto la Entidad sería la parte agraviada en la presente controversia, no correspondiendo que asuma un costo mayor al perjuicio ya recibido.
- Asimismo, se debe tener en consideración que es interés de la Contratista el dejar sin efecto la resolución del Contrato para su beneficio particular, al evitar la sanción de OSCE por haber incumplimiento de Contrato.

3.2. **Posición de PMI MÉDICA S.A.C.**

En base al segundo punto controvertido, PMI MÉDICA no ha emitido ningún pronunciamiento en su escrito de contestación a la reconvencción de CENARES.

3.3. **Posición del Tribunal Arbitral**

El artículo 70º del DLA dispone que será el Tribunal Arbitral quien fijará en el laudo los costos de arbitraje; comprendiendo esta categoría los honorarios y gastos del tribunal arbitral, los honorarios y gastos del secretario, los gastos administrativos de la institución arbitral, los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el

tribunal arbitral, los gastos incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje, y los demás gastos razonables originados en las acusaciones arbitrales; según se transcribe a continuación:

***“Artículo 70.- Costos.***

*El tribunal arbitral fijará en el laudo los costos del arbitraje. Los costos del arbitraje comprenden:*

- a. Los honorarios y gastos del tribunal arbitral.*
- b. Los honorarios y gastos del secretario.*
- c. Los gastos administrativos de la institución arbitral.*
- d. Los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral.*
- e. Los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje.*
- f. Los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales.”*

Con lo cual, se entiende que los gastos incurridos para el pago del servicio de patrocinio en el presente proceso arbitral que invoca CENARES, deben configurarse en la categoría de costos del arbitraje.

Al respecto, el artículo 73° del DLA prescribe que será el Tribunal Arbitral el que impute o distribuya los costos del arbitraje; debiendo ordenarse ello en la decisión que ordene la terminación de las actuaciones o laudo:

***“Artículo 73.- Asunción o distribución de costos.***

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

*que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.*

*2. Cuando el tribunal arbitral ordene la terminación de las actuaciones arbitrales por transacción, desistimiento, declaración de incompetencia o por cualquier otra razón, fijará los costos del arbitraje en su decisión o laudo.*

*3. El tribunal arbitral decidirá también los honorarios definitivos del árbitro que haya sido sustituido en el cargo, de acuerdo al estado de las actuaciones arbitrales, en decisión definitiva e inimpugnable.”*

Se prevé entonces que el Tribunal Arbitral que conduce el presente proceso tiene competencia para pronunciarse respecto de la distribución de costos originados en el desarrollo del arbitraje; debiendo considerar para ello el acuerdo de las partes al respecto, o en su defecto, los criterios del artículo 73° del DLA.

Al respecto, se tiene que, en el transcurso del proceso, iniciado por PMI MEDICA SAC, CENARES asumió en su integridad los gastos referidos a la formulación y presentación de su reconvencción.

Por lo que, atendiendo a los hechos y fundamentos señalados en la presente decisión, el Tribunal Arbitral considera que cada parte debe asumir sus propios gastos realizados en el marco del presente proceso; tal como ha sucedido.

En ejercicio de las competencias y facultades establecidas en la Ley de Contrataciones del Estado, su Reglamento, el Decreto Legislativo que regula el Arbitraje; y demás normas modificatorias y complementarias; el Tribunal Arbitral, en DERECHO; **LAUDA:**

**ARTÍCULO PRIMERO: DECLARAR INFUNDADA** la primera pretensión de la reconvencción del **CENTRO NACIONAL DE ABASTECIMIENTO DE RECURSOS ESTRATÉGICOS EN**

**SALUD – CENARES** referida a que “se ordene a PMI S.A.C. pague una indemnización por el daño causado a la imagen de la Entidad, consistente en S/ 20,000.00 soles, al haber generado con su incumplimiento contractual el desabastecimiento de mascarillas N95 destinadas a impedir el contagio y muerte del personal de salud a nivel nacional”; por los fundamentos expuestos.

**ARTÍCULO SEGUNDO: DETERMINAR** que **PMI MÉDICA** y **CENARES** deberán asumir sus propios gastos realizados en el presente proceso arbitral, por los fundamentos expuestos; tal como ha sucedido.



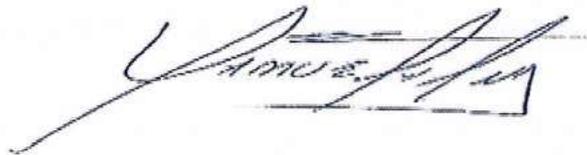
ESAR R RUBIO BALCEDO  
ABOGADO COLEGIADO  
C.A.L. 38172

Presidente



ORLANDO LA TORRE ZEGARRA

Árbitro



JUAN MANUEL HURTADO FALVY

Árbitro



CEIAR  
ALEXIA YABAR VIZCARRA  
SECRETARÍA ARBITRAL