

**CENTRO DE ANÁLISIS Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE LA
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ**

Caso Arbitral n.º 3254-108-21

MINISTERIO DE SALUD

VS.

UTILITARIOS MÉDICOS S.A.C.

**LAUDO
DECISIÓN N° 7**

Tribunal Arbitral

Laura Castro Zapata (Presidente)

Tatiana Herrada Sánchez

Luis Puglianini Guerra

Secretaría Arbitral

Gerardo Eto Bardales

Lima, 4 de abril 2022

Índice

I. PARTES, REPRESENTANTES Y ABOGADOS	4
II. CONVENIO ARBITRAL.....	4
III. TIPO DE ARBITRAJE.....	5
IV. FORMA DE CONSTITUCIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL	5
V. LEY APLICABLE AL FONDO DE LA CONTROVERSIA.....	6
VI. ANTECEDENTES	6
VII. CONSIDERANDO:	7
VIII. CUESTIONES CONTROVERTIDAS.....	8
PRIMERA CUESTIÓN CONTROVERTIDA: DETERMINAR SI CORRESPONDE DECLARAR NULA Y/O INEFICAZ LA CARTA NOTARIAL N°001-2021 NOTIFICADA EN FECHA 05 DE ENERO DEL 2021, EN LA CUAL LA EMPRESA UTILITARIOS MÉDICOS S.A.C. COMUNICA LA RESOLUCIÓN PARCIAL DEL CONTRATO N°033-2019-MINSA «ADQUISICIÓN DE DISPOSITIVOS MÉDICOS – COMPRA CORPORATIVA POR SUBASTA INVERSA ELECTRÓNICA – 18 MESES» ÍTEM 5,6 Y 7 SUSCRITO EN FECHA 09.04.2019.	
<i>POSICIÓN DEL MINSA:.....</i>	<i>8</i>
<i>POSICIÓN DE UTILITARIOS:</i>	<i>9</i>
<i>POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL:</i>	<i>10</i>
SEGUNDA CUESTIÓN CONTROVERTIDA: DETERMINAR SI CORRESPONDE ESTABLECER QUE LA EMPRESA UTILITARIOS MEDICOS S.A.C. INCUMPLIÓ SUS OBLIGACIONES CONTRACTUALES AL NO HABER EFECTUADO LA ENTREGA DE LA TOTALIDAD DE UTENSILIOS OBJETO DEL CONTRATO DENTRO DEL PLAZO.	
<i>POSICIÓN DEL MINSA:.....</i>	<i>16</i>
<i>POSICIÓN DE UTILITARIOS:</i>	<i>16</i>
<i>POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL:</i>	<i>17</i>
TERCERA CUESTIÓN CONTROVERTIDA: DETERMINAR SI CORRESPONDE DETERMINAR LA APLICACIÓN Y PAGO DE PENALIDADES (PENALIDAD POR MORA) DERIVADAS DEL INCUMPLIMIENTO POR LA SUMA DE S/7,661.40 (SIETE MIL SEISCIENTOS SESENTA Y UNO CON 40/100 SOLES) EN MÉRITO A LOS CONSTANTES INCUMPLIMIENTOS EN LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO.	
<i>POSICIÓN DEL MINSA:.....</i>	<i>18</i>
<i>POSICIÓN DE UTILITARIOS:</i>	<i>18</i>
<i>POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL:</i>	<i>18</i>
CUARTA CUESTIÓN CONTROVERTIDA: DETERMINAR SI CORRESPONDE ORDENAR QUE LA EMPRESA UTILITARIOS MÉDICOS S.A.C. ASUMA LOS COSTOS,	

Tribunal Arbitral
Laura Castro Zapata (Presidente)
Luis Puglianini Guerra
Tatiana Herrada Sánchez

COSTAS, Y GASTOS ARBITRALES QUE SE GENEREN DEL PRESENTE PROCESO ARBITRAL.	20
<i>POSICIÓN DEL MINSA:</i>	20
<i>POSICIÓN DE UTILITARIOS:</i>	21
<i>POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL:</i>	21
IX. LAUDA:	22

Tribunal Arbitral
Laura Castro Zapata (Presidente)
Luis Puglianini Guerra
Tatiana Herrada Sánchez

LAUDO ARBITRAL (DECISIÓN N.º 7)

En Lima, con fecha 4 de abril de 2022, en la sede institucional del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, sito en la Calle Esquilache n.º 371, Piso 9, San Isidro; el Tribunal Arbitral conformado por la Presidente, Laura Rosario Castro Zapata, y los árbitros, Luis Puglianini Guerra y Tatiana Herrada Sánchez, emite el Laudo Arbitral en el proceso arbitral seguido entre el Ministerio de Salud (en adelante, «MINSA» o «ENTIDAD») y Utilitarios Médicos S.A.C. (en adelante, «UTILITARIOS» o «CONTRATISTA»), en los términos siguientes:

I. PARTES, REPRESENTANTES Y ABOGADOS

Son partes en el arbitraje:

- Demandante: Ministerio de Salud
Procurador Público: Carlos Enrique Cosavalente Chamorro
Abogados: José Luis Olivera Alva, David Fuentes - Rivera Chaupis, Carlos Arcángel Villegas Rojas, Samuel Guzmán Pillihuaman Peñafiel, Yanet Ivonne Valdivia de la Cruz, Diana Merino Obregón, Julio César Suárez Chalco, Jazmín Gianina Monrroy Polanco, Geraldine Gell Contreras Horna, Milagros Graciela Guembes Rueda, Svetlana Galia Casimiro Rivera, Karina Milagros Zavala Montoro, Jessica Helen Rivera Marcos, Giannina Giselle Espíritu Palomino, Gysella Rosy San Martín Ticse, Yolanda Janeth Cabrera Vargas, Katherine Zoila Huamán Jiménez, Vanessa Irmel Cutipa Torres, Yohana Ángela Morales Flores, Liseth Geraldine Zambrano Campos, Julio Carlos Morales Espinoza, Daniel Alberto Juárez Fernández, Francisco Javier Sosa Cárdenas, Elizabeth Muñoz Suarez, Carlos Humberto Cáceres Molina y Melody Naomi Takayesu Tessey.
- Demandado: Utilitarios Médicos S.A.C.
Gerente General: Wilder Leyva Pretel

II. CONVENIO ARBITRAL

El Convenio Arbitral se encuentra regulado en la Cláusula Vigésima del Contrato n.º 033-2019-MINSA Subasta Inversa Electrónica n.º 012-2018-CENARES/MINSA, para la «Adquisición de Dispositivos Médicos – Compra Corporativa por Subasta Inversa Electrónica – 18 meses» - Segunda Convocatoria – Ítem 05, 06 y 07, celebrado el 9 de abril de 2019 (en adelante, el «Contrato»), en los siguientes términos:

«Cláusula Vigésima: 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.

Tribunal Arbitral

Laura Castro Zapata (Presidente)
Luis Puglianini Guerra
Tatiana Herrada Sánchez

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 122º, 137º, 140º, 143º, 146º, 147º y 149º 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 el TRIBUNAL ARBITRAL conformado por tres (3) árbitros. **LA ENTIDAD Y EL CONTRATISTA** designan las siguientes instituciones arbitrales en el orden de prelación que se detallan a continuación:*

1º Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP)
2º Centro de Arbitraje del Colegio de Abogados 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 45.8 del artículo 45 de la Ley de Contrataciones del Estado.»

III. TIPO DE ARBITRAJE

El presente es un arbitraje institucional, nacional y de derecho.

IV. FORMA DE CONSTITUCIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

- 4.1 Mediante la Solicitud de Arbitraje, de fecha 16 de febrero de 2021, subsanada mediante escritos de fechas 3 y 18 de marzo del mismo año, de conformidad con el artículo 14 del Reglamento del Centro de Arbitraje del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (en adelante, «Centro de Arbitraje»), el MINSA solicitó el inicio del proceso arbitral, para lo cual designó como su árbitro de parte al doctor Luis Puglianini Guerra, quien aceptó el cargo el 23 de abril de 2021.
- 4.2 Mediante escrito n.º 1, de fecha 15 de abril de 2021, UTILITARIOS, en respuesta a lo señalado por el MINSA, contestó la solicitud de arbitraje. En dicho escrito, designó como su árbitro de parte al doctor Mario Gastón Fernández Cruz, quien declinó su designación el 23 de abril de 2021. Ante
- 4.3 Mediante Comunicación de Secretaría, se le otorgó a UTILITARIOS un nuevo plazo para que nombre a su árbitro de parte.

Tribunal Arbitral

Laura Castro Zapata (Presidente)
Luis Puglianini Guerra
Tatiana Herrada Sánchez

- 4.4 Mediante escrito n.º 2, de fecha 28 de abril de 2021, UTILITARIOS designó a la abogada Tatiana Herrada Sánchez como su árbitro de parte, quien aceptó su designación el 4 de mayo de 2021.
- 4.5 Mediante Comunicación de Secretaría, se les otorgó a los árbitros de parte un plazo de cinco (5) días hábiles para que, de conformidad con el artículo 25 del Reglamento, designen al presidente del Tribunal Arbitral.
- 4.6 Mediante Carta, de fecha 16 de junio de 2021, los árbitros Luis Puglianini Guerra y Tatiana Herrada Sánchez manifestaron su conformidad con designar a la árbitro Laura Castro Zapata como presidente; quien aceptó la designación el 28 de junio de 2021, quedando constituido el Tribunal.

V. LEY APLICABLE AL FONDO DE LA CONTROVERSIA

- 5.1 La ley aplicable al fondo de la controversia será la legislación peruana.

VI. ANTECEDENTES

- 6.1 Mediante la Solicitud de Arbitraje, de fecha 16 de febrero de 2021, subsanada mediante escritos de fechas 3 y 18 de marzo del mismo año, de conformidad con el artículo 14 del Reglamento, el MINSA solicitó el inicio del proceso arbitral.
- 6.2 Mediante escrito n.º 1, de fecha 15 de abril de 2021, UTILITARIOS, en respuesta a lo señalado por el MINSA, contestó la solicitud de arbitraje.
- 6.3 Mediante Comunicación de Secretaría, de fecha 30 de junio de 2021, se otorgó a las partes un plazo de cinco (5) días hábiles para que informen sobre si tenían algún pedido de modificación de reglas del proceso.
- 6.4 Mediante escrito s/n, de fecha 1 de julio de 2021, el MINSA formuló un pedido de modificación de Reglas, el cual fue puesto en conocimiento de UTILITARIOS, mediante Comunicación de Secretaría de fecha 20 de julio del mismo año, para que se manifieste.
- 6.5 Mediante escrito n.º 3, de fecha 4 de agosto de 2021, UTILITARIOS absolvió el traslado conferido, no aceptando la propuesta de modificación del MINSA.
- 6.6 Mediante Decisión n.º 1, de fecha 2 de septiembre de 2021, se establecieron las reglas del proceso, se otorgó un plazo de diez (10) días hábiles, para que el MINSA acredite el registro en el SEACE de los nombres y apellidos completos de los miembros del Tribunal Arbitral y presente su demanda.
- 6.7 Mediante escrito s/n, de fecha 16 de septiembre de 2021, el MINSA presentó su demanda arbitral, adjuntando sus medios probatorios.
- 6.8 Mediante Decisión n.º 2, de fecha 24 de septiembre de 2021, se admitió a trámite la demanda arbitral, se tuvo por ofrecidos los medios

Tribunal Arbitral

Laura Castro Zapata (Presidente)
Luis Puglianini Guerra
Tatiana Herrada Sánchez

probatorios y se corrió traslado de la misma a UTILITARIOS, a fin de que la conteste en el plazo de diez (10) días hábiles.

- 6.9 Mediante escrito n.º 4, de fecha 12 de octubre de 2021, UTILITARIOS contestó la demanda arbitral, adjuntando sus medios probatorios.
- 6.10 Mediante Decisión n.º 3, de fecha 25 de octubre de 2021, se admitió a trámite la contestación de demanda, así como los medios probatorios, se determinó las cuestiones controvertidas, se admitieron las pruebas y se programó la Audiencia Única para el 18 de noviembre de 2021.
- 6.11 Mediante escrito s/n, de fecha 17 de noviembre de 2021, el MINSA solicitó la reprogramación de la Audiencia.
- 6.12 Mediante Decisión n.º 4, de fecha 18 de noviembre de 2021, se reprogramó la Audiencia Única para el 15 de diciembre de 2021.
- 6.13 Mediante escrito s/n, de fecha 25 de noviembre de 2021, el MINSA solicitó la reprogramación de la Audiencia.
- 6.14 Mediante Decisión n.º 5, de fecha 29 de noviembre de 2021, se reprogramó la Audiencia Única para el 12 de enero de 2022, la misma que se llevó a cabo y se otorgó a ambas partes 10 días para que presenten sus conclusiones finales.
- 6.15 Mediante escrito presentado el 13 de diciembre de 2021, el MINSA acreditó el registro del Tribunal Arbitral en el SEACE.
- 6.16 Mediante escrito presentado el 1 de febrero de 2022, MINSA acreditó el pago de los gastos arbitrales en sustitución de UTILITARIOS, solicitando —el 17 de febrero— proceder con las actuaciones arbitrales.
- 6.17 Mediante Decisión n.º 6, de fecha 21 de febrero de 2022, el Tribunal Arbitral: (i) dejó constancia que ninguna de las partes presentó sus conclusiones finales y (ii) declaró el cierre de las actuaciones arbitrales y fijó el plazo para laudar en 40 días.
- 6.18 El plazo para laudar vence el 20 de abril de 2022.

VII. CONSIDERANDO:

- 7.1 Antes de analizar la materia controvertida, corresponde recordar lo siguiente: (i) que el Tribunal Arbitral se constituyó de acuerdo al convenio arbitral suscrito por las partes; (ii) que el Tribunal Arbitral que emite el Laudo no posee alguna recusación pendiente de ser resuelta; (iii) que el MINSA presentó su demanda, dentro del plazo dispuesto; (iv) que UTILITARIOS fue debidamente emplazado con la demanda, pudiendo ejercer plenamente su derecho de defensa, de acuerdo a sus intereses; (v) que las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios; (vi) que se citó a la Audiencia de Ilustración de Hechos y Sustentación de Posiciones, a fin de que las partes expongan oralmente sus posiciones, con la asistencia de todos los involucrados; y,

Tribunal Arbitral

Laura Castro Zapata (Presidente)
Luis Puglianini Guerra
Tatiana Herrada Sánchez

(vii) que el Tribunal Arbitral ha procedido a emitir el Laudo dentro del plazo establecido en las reglas del proceso.

- 7.2 El Tribunal Arbitral deja constancia de que ha analizado todos los argumentos de defensa expuestos por las partes en los escritos presentados dentro del proceso. Asimismo, se deja constancia de que ha examinado las pruebas presentadas, de acuerdo a las reglas de la sana crítica y al principio de libre valoración de la prueba, recogido en el Decreto Legislativo n.º 1071, que regula el Arbitraje (la Ley de Arbitraje). Finalmente, deja constancia de que el sentido de su decisión es el resultado de ese análisis y de su convicción sobre la controversia, al margen de que algunas de las pruebas presentadas y algunos de los argumentos esgrimidos por las partes pudieran no haber sido expresamente citados en el presente laudo.
- 7.3 En tal sentido, y de conformidad a lo establecido en la Decisión n.º 3, de fecha 25 de octubre de 2021, se procederán a resolver las Cuestiones Controvertidas del proceso.

VIII. CUESTIONES CONTROVERTIDAS

PRIMERA CUESTIÓN CONTROVERTIDA: DETERMINAR SI CORRESPONDE DECLARAR NULA Y/O INEFICAZ LA CARTA NOTARIAL N°001-2021 NOTIFICADA EN FECHA 05 DE ENERO DEL 2021, EN LA CUAL LA EMPRESA UTILITARIOS MÉDICOS S.A.C. COMUNICA LA RESOLUCIÓN PARCIAL DEL CONTRATO N°033-2019-MINSA «ADQUISICIÓN DE DISPOSITIVOS MÉDICOS – COMPRA CORPORATIVA POR SUBASTA INVERSA ELECTRÓNICA – 18 MESES» ÍTEM 5,6 Y 7 SUSCRITO EN FECHA 09.04.2019.

POSICIÓN DEL MINSA:

- 8.1 El MINSA señala que, el 9 de abril de 2019 suscribió el CONTRATO con UTILITARIOS, con un plazo de ejecución de dieciocho (18) meses, el mismo que se computaría desde el día siguiente de la suscripción y se ejecutaría, conforme al cronograma pactado.
- 8.2 Mediante correo electrónico de fecha 17 de diciembre del 2020, la Dirección de Servicios de Atención Móvil de Urgencias habría informado y solicitado a la Unidad de Adquisiciones y Programación que UTILITARIOS cumpla con la totalidad de las entregas programadas. Ante ello, mediante correo electrónico de fecha 20 de diciembre del 2020, se le informó el incumplimiento de las entregas según lo programado, por un importe de S/33,506.00.
- 8.3 En respuesta a ello, mediante Carta Notarial n.º 001-2021, UTILITAROS habría pretendido resolver parcialmente el CONTRATO, al amparo del numeral 3 del artículo 135º del Reglamento de la Ley de Contrataciones. Dicha parte alegaba que el MINSA no habría comunicado la continuación del CONTRATO ni el lugar de ejecución de las prestaciones.
- 8.4 El MINSA sostiene que, conforme a las Bases y el CONTRATO, las partes tenían conocimiento de la programación y el lugar de entrega de las prestaciones, conforme se precisara en la Cláusula Quinta.

Tribunal Arbitral

Laura Castro Zapata (Presidente)
Luis Puglianini Guerra
Tatiana Herrada Sánchez

- 8.5 Asimismo, la Entidad alega que, con Orden de Compra n.º 0049 de fecha 29 de enero del 2020, se le hizo de conocimiento a UTILITARIOS de la programación del número de entrega y las cantidades a internar de acuerdo a la suscripción del contrato teniendo como término de entrega el mes de noviembre del 2020.
- 8.6 Respecto de la emergencia sanitaria, el MINSA señaló que UTILITARIOS fue la única empresa que desconoció los términos pactados en la pandemia. De otro lado, manifiesta que el Comunicado n.º 005-2020-OSCE que citó UTILITARIOS en su Carta de resolución solo hace mención a ampliaciones de plazo y no a causales de resolución, las cuales estarían expresas en la Cláusula Décimo Sexta.
- 8.7 Para el MINSA, UTILITARIOS no habría justificado la razón de la resolución parcial, sino que ésta ha sido utilizada, luego de imputado el incumplimiento del mes de diciembre de 2020.
- 8.8 El MINSA argumenta que no existe una imposibilidad definitiva de continuar con la ejecución de las prestaciones objeto del CONTRATO, pues no se cumplen los supuestos señalados en el Código Civil, para la fuerza mayor. En este caso, la ENTIDAD sostiene que UTILITARIOS debió demostrar que existía un impedimento para la ejecución de la obligación, basado en su diligencia ordinaria.
- 8.9 Por el contrario, el MINSA señala que UTILITARIO ha incumplido con todas sus obligaciones contractuales, pues no se han entregado los productos, respecto a los ítems 5, 6 y 7.

POSICIÓN DE UTILITARIOS:

- 8.10 UTILITARIOS argumenta que, durante el periodo de marzo de 2020 hasta la fecha de resolución del CONTRATO, este se encontraba dentro del periodo de la pandemia COVID-19, conforme se desprendería de los Decretos Supremos n.º 044-2020-PCM y n.º 008-2020-SA, junto con sus modificaciones.
- 8.11 En ese orden, sostiene que la materia prima para la fabricación de los productos aumentó, lo cual generó el incremento del precio del producto, conforme a lo ofertado. Esto habría sucedido por la demanda mundial, lo que generó la existencia de una imposibilidad definitiva del CONTRATO.
- 8.12 UTILITARIOS sostiene que esto se encontraría sustentado en los correos y DUAS de importación que acreditarían el incremento del precio de los bienes y la imposibilidad de cumplimiento de la Orden de Compra.
- 8.13 Asimismo, UTILITARIOS señala que, mediante el Comunicado n.º 005-2020-OSCE, se precisó que, en los casos en que pueda continuarse con la ejecución del CONTRATO, se debía entregar un correo electrónico para las coordinaciones. En ese orden, manifiesta que el MINSA nunca le comunicó la continuación del CONTRATO.

Tribunal Arbitral

Laura Castro Zapata (Presidente)
Luis Puglianini Guerra
Tatiana Herrada Sánchez

- 8.14 UTILITARIOS señala que, al 9 de mayo de 2020, el precio del bien (guante de examen sin polvo) había subido el precio de manera excesiva, lo que hacía imposible su entrega por debajo del costo del producto.
- 8.15 En este caso, UTILITARIOS señala que citó la existencia de un caso fortuito o fuerza mayor, al ser un evento extraordinario, impredecible e irresistible, el que generó que no se cumpla con el CONTRATO.
- 8.16 Así, señalan que, al no poder modificar el precio del CONTRATO, la Ley de Contrataciones y su Reglamento solo otorgan como solución la resolución del CONTRATO por la imposibilidad de ejecutar las prestaciones.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL:

- 8.17 La presente controversia se basa en determinar si la resolución del CONTRATO, realizada por UTILITARIOS, fue conforme a las normas que resultan aplicables. El Tribunal Arbitral verificará si la causal invocada para finalizar el CONTRATO, de manera parcial, podía ser utilizada.
- 8.18 En el presente caso, el MINSA solicita la ineficacia de la resolución parcial del CONTRATO, efectuada a través de la Carta n.º 001-2021, de fecha 4 de enero de 2021, por no cumplirse el requisito traído por UTILITARIOS.
- 8.19 Para analizar la Resolución del CONTRATO, corresponde estudiar qué establece la normativa aplicable al caso en concreto y, posteriormente, determinar si el supuesto de hecho utilizado, efectivamente, se cumplió en la realidad.
- 8.20 A partir de lo señalado por UTILITARIOS en la Carta n.º 001-2021, dicha parte señaló que había existido un hecho sobreviniente a la firma del CONTRATO, motivo por el cual procedía a finalizar el vínculo con la Entidad.

En este contexto se aprecia claramente que en caso de existir hechos sobrevinientes a la firma del contrato cualquiera de las partes puede resolver el contrato por causales no imputables a las partes y que imposibilite de manera definitiva la continuación de la ejecución del contrato.

*Por los considerandos expuestos, que son hechos sobrevinientes a la firma de contrato y no atribuible a las partes, **tenemos a bien solicitar se proceda a la resolución parcial del contrato de conformidad al artículo 135º del Decreto Supremo N° 350-2015-EF y sus modificatorias**, correspondientes a las prestaciones pendientes de entrega que se encuentran en el ANEXO N° 01 a la presente.*

- 8.21 Ahora bien, como primer aspecto en controversia, se debe tener presente que, conforme al artículo 36.1 de la Ley de Contrataciones, «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 lo establecido en el reglamento, o por hecho sobreviniente al perfeccionamiento del contrato que no sea imputable a alguna de las partes.»
- 8.22 El supuesto de resolución de contrato, por caso fortuito, fuerza mayor o por hecho sobreviniente al perfeccionamiento del contrato que no sea imputable a las partes y que imposibilite de manera definitiva la

Tribunal Arbitral

Laura Castro Zapata (Presidente)
Luis Puglianini Guerra
Tatiana Herrada Sánchez

continuación de la ejecución del contrato, también se encuentra regulado en el artículo 135.3 del Reglamento de la Ley de Contrataciones, por lo que, de una revisión legal, el supuesto utilizado por UTILITARIOS podría invocarse.

8.23 Asimismo, para este caso en concreto, a diferencia de los supuestos que se relacionan con la imputación de un incumplimiento contractual, no es necesario que exista un apercibimiento de la parte resolutora, pues el hecho generador de la resolución es uno objetivo (caso fortuito, fuerza mayor o hecho sobreviniente).

8.24 Ahora bien, respecto al primer argumento utilizado por UTILITARIOS, referido a que, conforme al Comunicado n.º 005-2020-OSCE, resultaba necesario que el MINSA informara de la continuidad del CONTRATO, este Tribunal precisa que no comparte lo señalado por dicha parte.

8.24.1 No existe comunicación de UTILITARIOS, de manera previa a la Carta n.º 001-2021, mediante la cual haya informado el fin del vínculo contractual.

Para que un contrato finalice, se debe cumplir con las prestaciones pactadas. En el presente caso, conforme a la propia Carta n.º 001-2021 señala, UTILITARIOS reconoce que, a partir del 15 de marzo de 2020, fecha en la que aún se encontraba vigente el CONTRATO, existieron disposiciones emitidas por el Gobierno Central, en la que se declaraba el Estado de Emergencia, por el COVID – 19.

En ese orden de ideas, el propio Comunicado n.º 005-2020-OSCE facultó a que las partes pactaran la suspensión del plazo de ejecución del contrato, hasta que cese la situación de fuerza mayor o sus efectos, pudiendo acordarse igualmente la prórroga de tal suspensión.

Es importante enfatizar que OSCE no señaló la existencia de una situación de fuerza mayor, de manera automática, sino que debía analizarse en el caso en concreto, pues cada una de las situaciones que se presentaban, para la ejecución de los contratos respectivos, dependían del tipo de prestación que debía ejecutarse.

En ese orden, este Tribunal observa que no existía una comunicación de alguna parte indicando el fin del CONTRATO, motivo por el cual, no se puede amparar este argumento.

8.24.2 El Comunicado n.º 005-2020-OSCE no habilitaba a resolver el CONTRATO, por sí mismo.

El tenor del Comunicado emitido por el OSCE no era habilitar a que las partes resuelvan los contratos; por el contrario, su finalidad era que se acuerden las acciones necesarias para su reinicio, habilitando periodos de suspensión o ampliaciones de plazo contractual.

Tribunal Arbitral
Laura Castro Zapata (Presidente)
Luis Puglianini Guerra
Tatiana Herrada Sánchez

El numeral 3 citado por UTILITARIOS no señala que la consecuencia jurídica de no emitir una comunicación al contratista sea la finalización del vínculo contractual. Por el contrario, la consecuencia jurídica era que UTILITARIOS tenía derecho a solicitar una ampliación de plazo, conforme se lee a continuación:

- «3. En aquellos casos en que pueda continuarse la ejecución del contrato, corresponde a las Entidades comunicar al contratista, en formas que no vulneren el mandato de aislamiento o inmovilización social, una dirección de correo electrónico para las coordinaciones respectivas y la entrega de las prestaciones, cuando esto sea posible; **de lo contrario, el contratista tiene derecho a solicitar la ampliación de plazo.**»

Para este Tribunal, la interpretación de UTILITARIOS no se condice con lo establecido en el Comunicado n.º 005-2020-OSCE, pues, en modo alguno, se generó un supuesto de resolución de contrato, por falta de comunicación.

Adicionalmente, dentro del supuesto periodo de falta de comunicación, este Tribunal no ha observado algún documento en el que UTILITARIOS solicitara indicaciones, respecto a la ejecución del CONTRATO.

La comunicación que el Tribunal Arbitral observa es la contenida en los correos electrónicos del MINSA, informando que UTILITARIOS no había cumplido con el cronograma de entregas.

Correo electrónico de fecha 20 de diciembre de 2020

Estimados señores :

Me dirijo a ustedes para saludarlos y manifestarles que hemos recibido comunicación del área usuaria DISAMU, en relación a las entregas correspondiente al contrato No. 033-2019 (Dispositivos médicos) el cual indican que a la fecha existen entregas que su representada no ha realizado como se explica en el cuadro indicado líneas abajo, Es por ello que solicitamos informen el motivo que ha conllevado a la falta de atención debido que las entregas se encuentran programadas en meses anteriores y estarían incurriendo al incumplimiento del presente contrato según lo establece en el Reglamento de la Ley de Contrataciones. Espero su pronta respuesta.

Correo electrónico de fecha 17 de diciembre de 2020

Tribunal Arbitral
Laura Castro Zapata (Presidente)
Luis Puglianini Guerra
Tatiana Herrada Sánchez

Estimada Gisela

Buenas tardes

Mediante la presente hacer de conocimiento que la empresa UTILITARIOS MEDICOS a fecha no ha cumplido con la totalidad entregas de los dispositivos médicos correspondiente al contrato 033-2019 la cual tenía como plazo de entrega noviembre 2020, por tal motivo se solicita comunicar al contratista si realizara la entregas pendientes ya que no contamos con el dispositivo medico.

A la espera por favor de su respuesta.

En ese orden, este Tribunal observa que no existía una comunicación de UTILITARIOS, precisando que no se habían recibido indicaciones para la continuación del CONTRATO; por el contrario, existieron requerimientos previos a la Carta n.º 001-2021, motivo por el cual, no se puede amparar este argumento.

8.24.3 Si el CONTRATO había finalizado, bajo el argumento de UTILITARIOS, no era necesaria la Carta n.º 001-2021 que lo «resolvía».

Bajo la lógica jurídica de UTILITARIOS, el CONTRATO habría «finalizado», por la falta de comunicación de la continuación, por lo que no era necesaria una «resolución de contrato», conforme lo dispone la Carta n.º 001-2021.

El Tribunal Arbitral observa que, del tenor de la Carta n.º 001-2021 no se observa que UTILITARIOS haya informado que el contrato ya había finalizado, sino, conforme consta en el último párrafo del mencionado documento tuvo *«a bien solicitar se proceda a la resolución parcial del contrato de conformidad al artículo 135º del Decreto Supremo N° 350-2015-EF y sus modificatorias»*.

Es decir, el acto de finalización del vínculo contractual que debe ser analizado para determinar su validez es aquel contenido en la Carta n.º 001-2021.

8.25 De la revisión de la Carta n.º 001-2021, así como sus anexos, el Tribunal Arbitral observa que UTILITARIOS habría señalado la imposibilidad de continuar ejecutando la prestación.

8.26 De la revisión del supuesto utilizado para la resolución, el Tribunal no observa que dicha parte haya diferenciado, de manera adecuada, si se encontraba utilizando la existencia de (i) caso fortuito o fuerza mayor o (ii) imposibilidad sobreviniente.

8.27 Al respecto, el Tribunal analizará si, de ser el caso, alguno de dichos supuestos se cumple.

8.28 Para el caso de la imposibilidad sobreviniente, este supuesto de ineficacia se presenta cuando el CONTRATO no puede ser ejecutado por un motivo fáctico o jurídico que surge posterior al perfeccionamiento del contrato (que puede ser responsabilidad de las partes o no), conforme lo establece

Tribunal Arbitral

Laura Castro Zapata (Presidente)
Luis Puglianini Guerra
Tatiana Herrada Sánchez

el artículo 36 de la Ley de Contrataciones que se debe leer conjuntamente con los artículos 1431, 1432 y 1433 del Código Civil.

- 8.29 En ese sentido, para que se presente el caso de la imposibilidad sobreviniente, se debe presentar la imposibilidad efectiva de cumplimiento de la prestación.
- 8.30 Al respecto, este Tribunal observa, a tenor de la propia contestación de UTILITARIOS, que no existió una imposibilidad efectiva para el cumplimiento de la prestación, por lo siguiente:

8.30.1 La causa era económica

Conforme alegó UTILITARIOS en su demanda, la razón por la que el producto no había sido provisto al MINSA era que el precio había aumentado, por encima del costo ofertado.

Ahora bien, debemos de manifestar Señor del Tribunal, que en fecha 09 de mayo del 2020 nuestro proveedor nos proforma los guantes de examen sin polvo cuyo precio puesto en el puerto de Malasia (Precio FOB) es CINCUENTA DOLARES (\$ 50.00) el cajón x 10 cajitas, es decir la cajita x 100 unidades a CINCO DOLARES (\$ 5.00), lo que aproximadamente equivale al tipo de cambio del día 09 de mayo del 2020 de DIESISIETE CON 25/100 SOLES (S/ 17.25) y el par a S/ 0.345 en el puerto de Malasia y a ello hay que incluir el flete, seguro, advaloren, IGV y otros de índole administrativo, lo que hace que el precio se incremente en dicha fecha, haciendo imposible que se pueda entregar el bien por debajo del costo del producto.

De la revisión del precio pactado en la Cláusula Tercera, el Tribunal observa que, efectivamente, se había acordado un monto de S/ 0.248 para los guantes para examen descartable tallas M y L y de S/ 0.234 para la talla S.

CLÁUSULA TERCERA: MONTO CONTRACTUAL

El monto total del presente contrato asciende a S/ 76,614.00 (Setenta y seis mil seiscientos catorce con 00/100 Soles) que incluye todos los impuestos de Ley, conforme al siguiente detalle:

ÍTEM	NOMBRE DEL DISPOSITIVO MÉDICO	UNIDAD DE MEDIDA	CANTIDAD	PRECIO (S/.)	MONTO TOTAL (S/.)
5	Guante para Examen Descartable Talla L	PAR	60,000	0.248	14,880.00
6	Guante para Examen Descartable Talla M		114,000	0.248	28,272.00
7	Guante para Examen Descartable Talla S		143,000	0.234	33,462.00
				TOTAL	76,614.00

Estos montos comprenden el costo de los bienes, todos los tributos, seguros, transporte, inspecciones, pruebas y, de ser el caso, los costos laborales conforme la legislación vigente, así como cualquier otro concepto que pueda tener incidencia sobre la ejecución de la prestación materia del presente contrato.

Conforme presento UTILITARIOS, el proveedor con el que venía trabajando realizó un cambio de precio; sin embargo, en modo alguno se acreditó la inexistencia del bien.

PRODUCT: LATEX LOW POWDER, SMOOTH, 5.0G
LABEL: SANEX
PRICE: USD45.75 / 1000 PIECES FOB PORT KLANG
TOTAL QTY: 78,000,000 PIECES (20 X 40"HC)
PAYMENT TERM: 30% DEPOSIT BY TT, 70% BALANCE BY TT PAYABLE 15 DAYS BEFORE SHIPMENT DATE

Tribunal Arbitral

Laura Castro Zapata (Presidente)
Luis Puglianini Guerra
Tatiana Herrada Sánchez

Así, la posibilidad de proveer los bienes al MINSA era posible; sin embargo, era más oneroso, lo que nos lleva a la situación de onerosidad en la prestación y no a una de resolución por imposibilidad de cumplimiento.

8.30.2 UTILITARIOS no utilizó algún otro remedio para cuestionar el aumento de precio de los proveedores

Conforme se ha desarrollado en las líneas previas, el problema que se presentó en la ejecución fue el aumento del precio de los productos; por lo tanto, el remedio que correspondía ejercer, por lo menos en un primer momento, era el ajuste del precio del CONTRATO.

Este Tribunal tiene presente que el COVID-19 representó una situación ajena al control de las partes; sin embargo, esto no implica que, por el solo hecho de la existencia de la pandemia, los contratos puedan resolverse. En cada caso en concreto, el Tribunal analiza si las circunstancias presentadas llevan a que se determine una validez de la resolución, lo cual, en este caso, no ocurrió.

8.30.3 El riesgo de un proveedor incluye el riesgo de la sub provisión.

En el caso de los contratos de adquisición de bienes, las empresas que no son proveedoras directas¹ asumen los riesgos de la sub provisión de los bienes. En estos casos, es claro que ellos son unos intermediarios, pues no fabrican el bien, sino sólo lo comercializan.

Para este Tribunal, el asumir un contrato de provisión, como lo era el presente, cuando uno tiene una función de comercializador, implica que el riesgo de cambio de condiciones del proveedor sea interiorizado. Para el presente caso, UTILITARIOS suscribió determinados contratos de provisión o tenía acuerdos con terceros, los cuales no puede hacer oponibles frente al MINSA.

Dicha parte puede realizar las acciones que considere adecuadas, si se le generó un daño por el incumplimiento de los contratos de provisión o el cambio de circunstancias acordadas; no obstante, esos hechos no pueden afectar el CONTRATO. Para el Tribunal, en el marco de la relación jurídica MINSA y UTILITARIOS, éste último es el responsable de proveer los bienes pactados.

8.31 Por lo expuesto, el Tribunal no observa que se haya establecido una situación de imposibilidad sobreviniente.

¹ Un proveedor directo es aquel que produce el bien que va a comercializar.

Tribunal Arbitral

Laura Castro Zapata (Presidente)
Luis Puglianini Guerra
Tatiana Herrada Sánchez

- 8.32 Respecto a una situación de fuerza mayor, ésta consiste en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, siendo todos sus elementos necesarios para que se configure uno de estos hechos.
- 8.33 Uno de los requisitos que establece la normativa es el de irresistibilidad, el cual debe entenderse como «(...) la imposibilidad de cumplimiento. **La dificultad de cumplimiento no exonera al deudor, aun cuando la prestación se haya convertido en más onerosa de lo previsto.** Tampoco interesa la situación personal del deudor; la ausencia de medios económicos para cumplir la obligación no tiene fuerza liberatoria.»²
- 8.34 En el presente caso, resulta claro que lo único que se acredita con los documentos presentados por UTILITARIOS es que la prestación se convirtió en más onerosa de lo previsto y, por tanto, de mayor dificultad para el cumplimiento.
- 8.35 De la propia revisión de las pruebas, no existe un solo documento que acredite una situación de desabastecimiento, lo cual podría suponer la imposibilidad de entrega; por el contrario, es claro que los bienes que se habían pactado en el CONTRATO seguían existiendo en el mercado y, por tanto, UTILITARIOS se encontraba en posibilidad de adquirirlo. La irresistibilidad involucra que las partes no puedan, bajo alguna circunstancia, ejecutar su prestación.
- 8.36 Este Tribunal Arbitral ha observado que no se verifica el supuesto de (i) caso fortuito o fuerza mayor ni (ii) imposibilidad sobreviniente, por lo que la resolución Parcial del CONTRATO contenida en la Carta Notarial n.º 001-2021, notificada el 5 de enero de 2021, realizada por UTILITARIOS es ineficaz.

Por todos los argumentos expuestos, el Tribunal Arbitral considera pertinente declarar **FUNDADA** la Primera Pretensión del MINSA, en consecuencia, **DECLARAR** ineficaz la Resolución Parcial del CONTRATO contenida en la Carta Notarial n.º 001-2021, notificada el 5 de enero de 2021, realizada por UTILITARIOS.

SEGUNDA CUESTIÓN CONTROVERTIDA: DETERMINAR SI CORRESPONDE ESTABLECER QUE LA EMPRESA UTILITARIOS MEDICOS S.A.C. INCUMPLIÓ SUS OBLIGACIONES CONTRACTUALES AL NO HABER EFECTUADO LA ENTREGA DE LA TOTALIDAD DE UTENSILIOS OBJETO DEL CONTRATO DENTRO DEL PLAZO.

POSICIÓN DEL MINSA:

- 8.37 El MINSA alega que UTILITARIOS no entregó los bienes materia del CONTRATO, por lo que ha incumplido con sus obligaciones contractuales.

POSICIÓN DE UTILITARIOS:

- 8.38 UTILITARIOS señala que el MINSA no ha cumplido con el procedimiento establecido en los artículos 135 y 136 del Reglamento de la Ley de

² REVOREDO DE DEBAKEY, Delia. Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios. Lima, 1985. Parte III. P. 441.

Tribunal Arbitral

Laura Castro Zapata (Presidente)
Luis Puglianini Guerra
Tatiana Herrada Sánchez

Contrataciones, por lo que el requerimiento realizado no tendría fundamento.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL:

- 8.39 Este Tribunal tiene presente que, conforme a los correos de diciembre de 2020, UTILITARIOS no había cumplido con la entrega programada en noviembre del mismo año, lo cual, incluso, se ve ratificado por el Anexo 1 de la Carta n.º 001-2021, pues en ella reconoce que no ha ejecutado prestaciones desde junio de 2020

ANEXO N° 01

TIPO DE PROCESO	CONTRATO	CONTRATISTA	Código SISMED	Código SIGA	Nombre de los Productos Farmacéuticos	Cantidad Programada	ORDEN DE COMPRA PENDIENTE DE INGRESO	Nº de Entrega Pendiente	CANTIDAD PENDIENTE DE ENTREGA	FECHA DE FIRMA DE CONTRATO	FECHA LÍMITE DE INGRESO
SIE N° 0012 - 2018 - MINSA	033 - 2019 - MINSA	UTILITARIOS MEDICOS	29449		GUANTE PARA EXAMEN DESCARTABLE TALLA L - PAR	60,000	049-2020	13va	10000	09/04/2019	jun-20
							049-2020	16va	10000	09/04/2019	sep-20
			29448		GUANTE PARA EXAMEN DESCARTABLE TALLA M - PAR	114,000	049-2020	13va	20000	09/04/2019	jun-20
							049-2020	16va	10000	09/04/2019	sep-20
			29450		GUANTE PARA EXAMEN DESCARTABLE TALLA S - PAR	143,000	049-2020	18va	20000	09/04/2019	nov-20
							049-2020	11va	8000	09/04/2019	abr-20
							049-2020	12va	8000	09/04/2019	may-20
							049-2020	13va	8000	09/04/2019	jun-20
							049-2020	14va	8000	09/04/2019	jul-20
							049-2020	15va	8000	09/04/2019	ago-20
							049-2020	16va	8000	09/04/2019	sep-20
							049-2020	17va	8000	09/04/2019	oct-20
							049-2020	18va	13000	09/04/2019	nov-20

- 8.40 **Es importante señalar que, para el 5 de enero de 2021, el propio documento de UTILITARIOS reconoce que existían incumplimientos de entrega previos.**

- 8.41 Ahora bien, conforme al artículo 1220 del Código Civil, «Se entiende efectuado el pago sólo cuando se ha ejecutado íntegramente la prestación.» El pago, conforme señalan Castillo y Osterling³, se define «como el medio ideal de extinción de las obligaciones. **El pago implica la ejecución de la obligación en las condiciones convenidas en su origen, es decir el cumplimiento dentro de los términos previstos. Pagar es actuar conforme a lo debido. Pagar es llegar al destino natural de toda obligación. Significa la ejecución voluntaria de la misma, en estricto orden a lo convenido o previsto por la ley.**».

- 8.42 Las prestaciones acordadas eran la entrega de los productos acordados, por lo que el cumplimiento de la prestación se entiende hecho cuando se ejecuta dicho acto.

- 8.43 Asimismo, el propio Código, en su artículo 1229, establece que «La prueba del pago incumbe a quien pretende haberlo efectuado»; en consecuencia, el cumplimiento de la prestación, en el tiempo y pacto realizado, corresponde a UTILITARIOS.

- 8.44 Para este Tribunal, la carga de la prueba del cumplimiento de la prestación es de cargo de UTILITARIOS, por lo que siendo que no existe alguna

³ Castillo Freyre, Mario y Osterling, Felipe. Principios generales sobre el pago. En: Revista de Derecho "Ius et Ratio". Pág. 65.

Tribunal Arbitral

Laura Castro Zapata (Presidente)
Luis Puglianini Guerra
Tatiana Herrada Sánchez

prueba que acredite algún motivo justificado en el retraso de entrega, este Tribunal adquiere convicción de que existe y, por tanto, dicha parte se encuentra en incumplimiento.

- 8.45 Cabe precisar que este colegiado no desconoce que desde el 15 marzo de 2020 existió una situación de inamovilidad social producto de la pandemia COVID-19; sin embargo, no todas las actividades económicas se vieron afectado de igual manera, sin dejar de lado que hubieron actividades bajo excepciones (como son algunas relacionadas a la salud) y, además, las restricciones se fue relativizando en el transcurrir de los meses, sobre todo desde junio de 2020, siendo que el Contratista no ha probado como esta situación afectó el cumplimiento de su prestación en concreto ni por cuanto tiempo específicamente.
- 8.46 Asimismo, todo contratista (y en general, toda parte de un contrato) tiene la obligación de actuar de buena fe y, en ese sentido, realizar las acciones que sean razonablemente posibles para mitigar cualquier impacto en la ejecución de sus obligaciones; siendo que en este caso en concreto, UTILITARIOS no ha explicado ni probado qué acciones realizó para evitar alguna afectación en el plazo de ejecución de las prestaciones a su cargo.

Por lo expuesto, el Tribunal Arbitral declara **FUNDADA** la Segunda Pretensión de la Demanda del MINSA, en consecuencia, **DECLARAR** que UTILITARIOS ha incumplido con las obligaciones objeto del CONTRATO.

TERCERA CUESTIÓN CONTROVERTIDA: DETERMINAR SI CORRESPONDE DETERMINAR LA APLICACIÓN Y PAGO DE PENALIDADES (PENALIDAD POR MORA) DERIVADAS DEL INCUMPLIMIENTO POR LA SUMA DE S/7,661.40 (SIETE MIL SEISCIENTOS SESENTA Y UNO CON 40/100 SOLES) EN MÉRITO A LOS CONSTANTES INCUMPLIMIENTOS EN LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO.

POSICIÓN DEL MINSA:

- 8.47 El MINSA alega que UTILITARIOS no entregó los bienes materia del CONTRATO, por lo que le corresponde aplicar el monto máximo de la penalidad. Dicha parte alega que el incumplimiento o retraso en el cumplimiento habilitan la imposición de penalidades, conforme lo regula el artículo 161 del Reglamento de la Ley de Contrataciones, lo que habría ocurrido en este caso.
- 8.48 El MINSA argumentó que, en caso UTILITARIOS habría tenido algún inconveniente con las entregas debido al aislamiento o inmovilización social establecida, tenía el derecho de solicitar la ampliación del contrato, sin embargo, no lo hizo.

POSICIÓN DE UTILITARIOS:

- 8.49 UTILITARIOS sostiene que, al haberse declarado infundadas la primera y segunda pretensión, no corresponde la aplicación de alguna penalidad.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL:

Tribunal Arbitral

Laura Castro Zapata (Presidente)
Luis Puglianini Guerra
Tatiana Herrada Sánchez

- 8.50 El Tribunal Arbitral tiene presente que, conforme a lo resuelto en el Primer y Segundo Punto Controvertido, el CONTRATO no se resolvió y UTILITARIOS, desde junio de 2020, no había cumplido con sus prestaciones, lo cual, a la fecha, no ha cambiado en modo alguno.
- 8.51 El incumplimiento de las prestaciones, incluso, no se habría encontrado justificado, pues el propio Anexo 1 de la Carta n.º 001-2021, reconoce que no ha ejecutado prestaciones desde junio de 2020, lo cual, para el momento en el que se enviaba el documento, ya había alcanzado el monto máximo de penalidad.
- 8.52 De conformidad con la Cláusula Décima Quinta, ante el retraso en la ejecución de las prestaciones, se aplica una penalidad por mora por cada día de atraso.

CLÁUSULA DÉCIMA QUINTA: PENALIDADES

Si **EL CONTRATISTA** incurre en retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, **LA ENTIDAD** le aplica automáticamente una penalidad por mora por cada día de atraso, de acuerdo a la siguiente fórmula:

$$\text{Penalidad Diaria} = \frac{0.10 \times \text{Monto}}{F \times \text{Plazo en días}}$$

Donde:

F = 0.25 para plazos mayores a sesenta (60) días o;

F = 0.40 para plazos menores o iguales a sesenta (60) días.

Tanto el monto como el plazo se refieren, según corresponda, al contrato vigente o ítem que debió ejecutarse o, en el caso que estos involucren obligaciones de ejecución periódica, a la prestación parcial que fuera materia de retraso.

Se considera justificado el retraso, cuando **EL CONTRATISTA** acredite, de modo objetivamente sustentado, que el mayor tiempo transcurrido no le resulta imputable. Esta calificación del retraso como justificado no da lugar al pago de gastos generales de ningún tipo, conforme el artículo 133 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Esta penalidad se deduce de los pagos a cuenta o del pago final, según corresponda; o si fuera necesario, se cobra del monto resultante de la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento.

Este tipo de penalidad puede alcanzar un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente, o de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse.

Cuando se llegue a cubrir el monto máximo de la penalidad por mora, **LA ENTIDAD** puede resolver el contrato por incumplimiento.

- 8.53 Dicha cláusula guarda consonancia con el artículo 132 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, pues establece la posibilidad de imponer penalidades por retraso en el cumplimiento de prestaciones, conforme se observa a continuación:

«Artículo 132.- Penalidades

El contrato establece las penalidades aplicables al contratista ante el incumplimiento injustificado de sus obligaciones contractuales, las mismas que deben ser objetivas, razonables y congruentes con el objeto de la convocatoria.

La Entidad debe prever en los documentos del procedimiento de selección la aplicación de la penalidad por mora; asimismo, puede prever otras penalidades.

Tribunal Arbitral

Laura Castro Zapata (Presidente)
Luis Puglianini Guerra
Tatiana Herrada Sánchez

Estos dos tipos de penalidades pueden alcanzar cada una un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente, o de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse.

En el caso de obras, dentro de las otras penalidades que se establezcan en los documentos del procedimiento, deben incluirse las previstas en el capítulo VII del presente título.

Estas penalidades se deducen de los pagos a cuenta, de las valorizaciones, del pago final o en la liquidación final, según corresponda; o si fuera necesario, se cobra del monto resultante de la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento.»

- 8.54 Se debe tener presente que, en este caso, existe un incumplimiento por más de un año, el cual, claramente, excede el monto máximo que puede ser pasible de penalidad por mora, por lo que, al amparo de la normativa aplicable, corresponde que se aplique el monto máximo que puede ser penalizado.
- 8.55 En el presente caso, es el 10% del CONTRATO, el cual, correspondería a S/ 7,661.40 (siete mil seiscientos sesenta y uno con 40/100 Soles), pues el CONTRATO, en su cláusula tercera, pactó que el monto total ascendía a S/ 76,614.00 (setenta y seis mil seiscientos catorce con 00/100 Soles).

CLÁUSULA TERCERA: MONTO CONTRACTUAL

El monto total del presente contrato asciende a S/ 76,614.00 (Setenta y seis mil seiscientos catorce con 00/100 Soles) que incluye todos los impuestos de Ley, conforme al siguiente detalle:

ITEM	NOMBRE DEL DISPOSITIVO MÉDICO	UNIDAD DE MEDIDA	CANTIDAD	PRECIO (S/.)	MONTO TOTAL (S/.)
5	Guante para Examen Descartable Talla L	PAR	60,000	0.248	14,880.00
6	Guante para Examen Descartable Talla M		114,000	0.248	28,272.00
7	Guante para Examen Descartable Talla S		143,000	0.234	33,462.00
TOTAL					76,614.00

Estos montos comprenden el costo de los bienes, todos los tributos, seguros, transporte, inspecciones, pruebas y, de ser el caso, los costos laborales conforme la legislación vigente, así como cualquier otro concepto que pueda tener incidencia sobre la ejecución de la prestación materia del presente contrato.

- 8.56 Por lo tanto, al haberse verificado el incumplimiento de la prestación en los plazos pactados (sin justificación válida por dichos retrasos), corresponde que el MINSA aplique a UTILITARIOS el monto máximo de penalidad por mora.

Por todos los argumentos expuestos, el Tribunal Arbitral declara **FUNDADA** la Pretensión Accesorio a la Segunda Pretensión Principal de la Demanda del MINSA, en consecuencia, **DECLARAR** que UTILITARIOS ha incurrido en una penalidad por mora, por la suma de S/ 7,661.40 (siete mil seiscientos sesenta y uno con 40/100 Soles).

CUARTA CUESTIÓN CONTROVERTIDA: DETERMINAR SI CORRESPONDE ORDENAR QUE LA EMPRESA UTILITARIOS MÉDICOS S.A.C. ASUMA LOS COSTOS, COSTAS, Y GASTOS ARBITRALES QUE SE GENEREN DEL PRESENTE PROCESO ARBITRAL.

POSICIÓN DEL MINSA:

- 8.57 El PSI señala que no resulta aplicable el principio de equidad, toda vez que la parte perdedora de un proceso es la que debe asumir los gastos arbitrales generados.

POSICIÓN DE UTILITARIOS:

- 8.58 UTILITARIOS señala que son las pretensiones del MINSA las que carecen de fundamento, por lo que corresponde que sea esta quien asuma el pago de los costos del proceso.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL:

- 8.59 De acuerdo al artículo 73 de la Ley de Arbitraje, a falta de acuerdo de las partes, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida, pudiendo el tribunal arbitral distribuir y prorratear estos costos entre las partes si es que estima que ello es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.
- 8.60 Asimismo, estando el presente arbitraje regido por el Reglamento de Arbitraje 2017 del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, corresponde tener en cuenta lo dispuesto en su artículo 56(g), el cual señala que el laudo final se pronuncia sobre los costos del arbitraje y decide si una de las partes debe pagarlos o la proporción en que debe distribuirse entre ellas.
- 8.61 Los costos arbitrales incluyen: (i) los honorarios y gastos del tribunal arbitral; (ii) los honorarios y gastos del secretario; (iii) los gastos administrativos de la institución arbitral; (iv) los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral; (v) los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje; y (vi) los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales.
- 8.62 De conformidad con la Ley de Arbitraje, en caso no exista un acuerdo sobre la asunción de los costos en el pacto arbitral, la responsabilidad de ello recaerá sobre la parte vencida. De la revisión del convenio arbitral celebrado entre las partes, se advierte que las mismas no acordaron alguna regla particular sobre la asunción de costos arbitrales, por lo que, corresponde que la distribución de estos sea determinada por el Tribunal Arbitral teniendo en cuenta las circunstancias del caso.
- 8.63 En consecuencia, corresponde que el Tribunal Arbitral valore la asunción de cada uno de los costos establecidos en el proceso; en otras palabras, dependiendo del resultado emitido en este Laudo sobre el bloque de pretensiones que corresponde a cada liquidación, el Tribunal determinará qué parte debe asumirlo.
- 8.64 Respecto de la demanda arbitral del MINSA, este Tribunal Arbitral determinó que la misma es fundada en todos sus extremos, pues (i) la resolución del CONTRATO fue indebidamente realizada por UTILITARIOS, (ii) dicha parte, incluso para el 5 de enero de 2021, había incumplido sus obligaciones desde junio de 2020 y (iii) era acreedora de una penalidad por mora.

Tribunal Arbitral

Laura Castro Zapata (Presidente)
Luis Puglianini Guerra
Tatiana Herrada Sánchez

- 8.65 En consecuencia, de acuerdo a lo resuelto por este Tribunal Arbitral, corresponde que UTILITARIOS asuma el 100% de los honorarios del Tribunal Arbitral y de los gastos administrativos de la institución arbitral, por concepto de demanda.
- 8.66 Se precisa que, de los demás conceptos que no se encuentran incluidos en el presente laudo, cada parte deberá asumir los costos en los que incurrió o se comprometió a pagar.
- 8.67 De esta manera, tomando en cuenta la liquidación efectuada por la secretaría arbitral y la información que ésta nos remitiera, se tiene los siguientes montos:

Concepto	Monto
Honorarios del Tribunal Arbitral	S/. 12,395.00 neto correspondiendo a cada árbitro S/. 4,131.67 neto
Gastos Administrativos del Centro	S/. 5,232.00 más IGV.

Los referidos montos fueron pagados en su totalidad por el MINSA, quién ante la falta de pago del Contratista, fue autorizado para asumirlos en sustitución.

Por todos los argumentos expuestos, el Tribunal Arbitral considera pertinente Declarar **FUNDADA** la Tercera Pretensión Principal de la Demanda, en consecuencia, se **ORDENA** que UTILITARIOS asuma el 100% de los honorarios del Tribunal Arbitral ascendente a S/ 13,472.82 (que incluye el impuesto a la renta) y de los gastos administrativos de la institución arbitral, ascendente a S/ 6,173.76 (incluido IGV) por concepto de demanda.

Por lo tanto, el Tribunal Arbitral,

IX. LAUDA:

PRIMERO: Declarar **FUNDADA** la Primera Pretensión del MINSA, en consecuencia, **DECLARAR** ineficaz la Resolución Parcial del CONTRATO contenida en la Carta Notarial n.º 001-2021, notificada el 5 de enero de 2021, realizada por UTILITARIOS.

SEGUNDO: Declarar **FUNDADA** la Segunda Pretensión de la Demanda del MINSA, en consecuencia, **DECLARAR** que UTILITARIOS ha incumplido con las obligaciones objeto del CONTRATO.

TERCERO: Declarar **FUNDADA** la Pretensión Accesorio a la Segunda Pretensión Principal de la Demanda del MINSA, en consecuencia, **DECLARAR** que UTILITARIOS ha incurrido en una penalidad por mora, por la suma de S/ 7,661.40 (siete mil seiscientos sesenta y uno con 40/100 Soles).

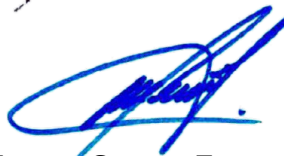
CUARTO: Declarar **FUNDADA EN PARTE** la Tercera Pretensión Principal de la Demanda, en consecuencia, **DISPONER** que UTILITARIOS reembolse al MINSA el 100% de los honorarios del Tribunal Arbitral (ascendente a S/

Tribunal Arbitral

Laura Castro Zapata (Presidente)
Luis Puglianini Guerra
Tatiana Herrada Sánchez

13,472.82) y de los gastos administrativos de la institución arbitral (ascendente a S/ 6,173.76) por concepto de demanda.

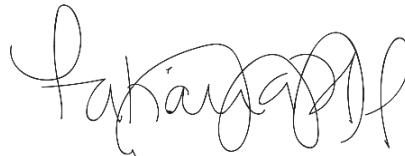
QUINTO: PRECISAR que, de los demás conceptos que no se encuentran incluidos en el presente laudo, cada parte deberá asumir los costos en los que incurrió o se comprometió a pagar.



Laura Castro Zapata
Presidente del Tribunal Arbitral



Luis Puglianini Guerra
Árbitro



Tatiana Herrada Sánchez
Árbitro