

Lima, 09 de marzo de 2018.

Señores:

PROCURADURIA PÚBLICA DEL MINISTERIO DE SALUD

Av. Arequipa N° 810, piso 9 –

Lima Cercado.-

Ref. Exp. No. 1074-2017

Arbitraje: Medifarma S.A.- Centro Nacional de Abast. De
Recursos Estratégicos en Salud

De mi consideración:

Me dirijo a ustedes con la finalidad de informarles que el Tribunal Arbitral ha expedido el **LAUDO ARBITRAL**, en el Proceso seguido entre **MEDIFARMA S.A.** con **CENTRO NACIONAL DE ABASTECIMIENTO DE RECURSOS ESTRATÉGICOS EN SALUD - CENARES**; cuyo contenido notifico para su conocimiento.

ANEXO: Laudo arbitral (38 fs.)

Atentamente;


Abog. Silvia Tacanga Plasencia
Secretaria Arbitral
PRO ARBITRA S.A.C.



LAUDO ARBITRAL

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO DICTADO EN EL ARBITRAJE SEGUIDO POR MEDIFARMA S.A Y EL CENTRO NACIONAL DE ABASTECIMIENTO DE RECURSOS ESTRATEGICOS EN SALUD-CENARES

DEMANDANTE: MEDIFARMA S.A (en adelante, El CONTRATISTA o El DEMANDANTE)

DEMANDADO: Centro Nacional de Abastecimiento de Recursos Estratégicos en Salud-CENARES (en adelante, La ENTIDAD o El DEMANDADO)

TRIBUNAL ARBITRAL:

Marco Antonio Martínez Zamora
Ramiro Rivera Reyes
Jorge Heriberto La Rosa Ruiz

SECRETARIA ARBITRAL:

Silvia Tacanga Plasencia

IDIOMA DEL ARBITRAJE:

El idioma aplicable es el castellano.

CLASE DE ARBITRAJE:

Arbitraje Ad-Hoc, Nacional y de Derecho.

RESOLUCIÓN N° 20

Lima, 08 de marzo de 2018

I. INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

Con fecha 07 de marzo de 2017 se llevó a cabo la Audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral en las instalaciones de la sede institucional del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE, con la concurrencia de los miembros del Tribunal Arbitral, abogados Marco Antonio Martínez Zamora (Presidente), Jorge Heriberto La Rosa Ruiz (miembro) y Ramiro Rivera Reyes, (miembro), así como del representante de la Subdirección Asuntos Administrativos Arbitrales del OSCE y los representantes de la Entidad, dejándose constancia de inasistencia del Contratista.

II. NORMATIVIDAD APLICABLE AL PROCESO ARBITRAL

Según quedó establecido en el Acta de Instalación de Tribunal Arbitral, el presente procedimiento se regirá por 1) La Ley de Contrataciones del Estado,

aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1017 (modificado mediante la Ley N° 29873), 2) El Reglamento de la Ley, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF (modificado mediante el Decreto Supremo 138-2012-EF), 3) El Decreto Legislativo N° 1071, que norma el arbitraje.

III. POSICION DE LAS PARTES

1. DEMANDA PRESENTADA POR EL CONTRATISTA

Dentro de la fecha prevista en el acta de instalación, el Contratista presentó su demanda arbitral, en los siguientes términos:

1.1. PETITORIO.-

Que, de conformidad con lo dispuesto en las Reglas establecidas para las actuaciones arbitrales, interponen demanda a fin que el Tribunal Arbitral resuelva las siguientes controversias derivadas de la ejecución del contrato N° 021-2016-CENARES/MINSA entre Centro Nacional de Abastecimiento de Recursos Estratégicos en Salud -**CENARES** y **MEDIFARMA S.A.**, en los siguientes términos:

PRIMERA PRETENSION PRINCIPAL: Que, dentro del contexto de la ejecución del Contrato N° 021-2016-CENARES/MINSA (**LP N° 15-2015-DARES/MINSA**), el Tribunal Arbitral deje sin efecto la penalidad aplicada por el monto de S/ 829,201.52 a MEDIFARMA S.A. por supuesto retraso injustificado de la prestación requerida con la Orden de Compra N° 134 de fecha de fecha 14.04.2016 (Primera Entrega: Destino fuera de Lima).

PRIMERA PRETENSION ACCESORIA A LA PRIMERA PRETENSION PRINCIPAL: Que, en caso de declararse fundada la primera pretensión principal, CENARES cumpla con hacer devolución de la penalidad deducida a través de la Nota de Debito N° 001-001105 de fecha 02.12.2016 por el monto de S/ 829,201.52 (ochocientos veinte nueve mil doscientos uno y 52/100 soles) de la Contraprestación vinculada a la Orden de Compra N° 134 de fecha 14.04.2016, más los intereses legales contados a partir de la fecha en que se debió efectuar el pago: 02.12.2016, hasta que se haga efectiva la devolución.

SEGUNDA PRETENSION PRINCIPAL: Que, los gastos arbitrales que originen el presente proceso arbitral, sean cubiertos por la Entidad en su integridad.

1.2. FUNDAMENTOS DE HECHO.-

a. PROCESO DE SELECCIÓN.-

El Demandante participó en el proceso de selección L.P. x SIP N° 15-2015-DARES/MINSA; habiendo sido adjudicataria de la Buena Pro de diversos

Ítems, por lo que de acuerdo con los artículos 137°, 138° y 148° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado suscribieron los contratos respectivos, estableciendo cronogramas de Recepción y Conformidad bajo las condiciones establecidas en el contrato.

b. EJECUCION CONTRACTUAL.-

a) Suscripción del Contrato:

El demandante y la Entidad suscribieron el contrato N° 021-2016-CENARES/MINSA con fecha **08.03.2016**. Dentro del contexto de la regulación contractual para la primera entrega, las partes debían cumplir las siguientes obligaciones:

PRIMERA ENTREGA:

"(...)

9.3.3 Para la realización de la primera entrega, es necesario que la Unidad Ejecutora envíe a EL CONTRATISTA la orden de compra correspondiente, la misma que podrá ser entregada hasta 10 días antes del cumplimiento del plazo de 60 días calendarios, sin que se altere el plazo de entrega.

9.3.4. Para el caso de los productos farmacéuticos adjudicados a la CENARES (Ex-DARES), esta deberá entregar la respectiva orden de compra hasta los 40 días calendarios contados a partir del día siguiente de suscrito el contrato y la respectiva PECOSA hasta los 50 días calendarios contados a partir del día siguiente de suscrito el contrato, cuando se trate de entrega a destino diferente al de su propio almacén.

"(...)"

(El énfasis es nuestro)

Sostiene que, para que Medifarma realice la Primera entrega de los productos farmacéuticos, la Entidad debía cumplir previamente con lo siguiente:

PRIMERO: Remitir la respectiva ORDEN DE COMPRA máximo hasta los 40 días calendarios siguientes de suscrito el contrato.

SEGUNDO: Entregar la PECOSA máximo hasta los 50 días calendarios de suscrito el contrato.

b) Primera entrega:

El Contrato se suscribió con fecha 08.03.2016. En este sentido, el plazo para que la Entidad remitiera a nuestra representada la Orden de Compra a fin que realice la PRIMERA ENTREGA tenía como plazo máximo el **15.04.2016**.

La Entidad remitió la O/C N° 134 de fecha 14.04.2016, VIA CORREO ELECTRONICO, el día **viernes 15.04.2016; en ese sentido**, la Orden de Compra se tiene por recibida al día hábil siguiente de remitido el correo electrónico; esto es el **lunes 18.04.2016**, según el Formato N° 06 de las Bases.

FORMATO N° 06

SOLICITUD DE AUTORIZACIÓN EXPRESA PARA NOTIFICACIÓN DE LAS ORDENES DE COMPRA POR CORREO ELECTRONICO Y DEMÁS NOTIFICACIONES

LICITACIÓN PÚBLICA N° 15-2015-DARES/MINSA-SUBASTA INVERSA PRESENCIAL

El que suscribe identificado con DNI N° representante legal de la empresa con RUC N° con poder inscrito en el Asiento N° de la Partida Registral N° de la Oficina Registral de solicito expresamente a la (nombre de la entidad) para que realice la notificación de las Ordenes de Compras derivadas de la buena pro del proceso de selección N°-2015-DARES/MINSA - Adquisición de al siguiente correo electrónico:

Correo electrónico para notificar O/C

En caso no representada, no acuse recibo de la recepción de la orden de compra, esta se tendrá como notificada y recepcionada, al día hábil siguiente de remitida el correo electrónico por la DARES - Unidad de Adquisiciones.

c) ORDEN DE COMPRA ATRASADA:

El numeral 9.3.10 de la Cláusula Novena del contrato, establece lo siguiente:

ORDEN DE COMPRA ATRASADA:

"(...)

9.3.10 Una orden de compra (O/C) se considera atrasada en los siguientes casos:

-...

-...

• **Para el caso de CENARES (Ex - DARES), se considera orden atrasada, cuando el plazo exceda lo previsto en el numeral 9.3.5. (...)**

9.3.11. Para el caso de las "Órdenes de Compra Atrasadas", una vez recepcionada la orden de compra el "CONTRATISTA" DEBERA ENTREGAR EL PRODUCTO FARMACEUTICO EN UN PLAZO MAXIMO DE QUINCE (15) DÍAS CALENDARIOS, plazo establecido para todas las entidades participantes.

(...)" (el énfasis es nuestro)

Dentro del contexto de lo señalado, "Si la O/C se entrega al Contratista después de los plazos máximos establecidos para la primera entrega se considera como una orden de compra atrasada". **En este sentido la O/C N° 134 tiene la naturaleza de O/C "atrasada"**. El plazo de entrega de la O/C indicada venció el 15.04.2016 (plazo de recepción se produjo el 18.04.2016 conforme a lo arriba señalado) por lo tanto estamos ante una Orden de Compra con el carácter de "atrasada" tal como la propia Entidad lo reconoce en su Memorando N° 275-2016-CADQD-CENARES/MINSA de 03.11.2016.

d) ENTREGA DE PECOSA:

De acuerdo con el Numeral 9.3.4 del Contrato La PECOSA deberá ser entregada por la Entidad "hasta los 50 días Calendarios contados a partir del día siguiente de suscrito el contrato"; en este sentido, la Entidad tenía como plazo máximo para la entrega el miércoles **27.04.2016**; sin embargo fue entregada y recepcionada por Medifarma S.A., el **31.05.2016**, tal como se aprecia del cargo de recepción el cual adjuntamos como medio probatorio.

e) Plazo de Entrega de la prestación derivada de Orden de Compra Atrasada y PECOSA:

De acuerdo con el Numeral 09.03.11 "...una vez recepcionada la O/C el Contratista deberá entregar el producto farmacéutico en un plazo máximo de quince (15) días calendario..." (**Hasta el 15.06.2016**). Como quiera que estamos ante una prestación a cumplirse fuera de los almacenes de CENARES, debe recepcionarse además la PECOSA, conforme al numeral 9.3.4 del Contrato y las Bases Integradas del Proceso de Selección. Esto quiere decir que el plazo para la primera entrega debe computarse a partir de la recepción de ambos documentos (O/C y PECOSA); la O/C se recepcionó el 18.04.2016 y la PECOSA el 31.05.2016. En este orden de ideas, a partir del 31.05.2016 se computa los 15 días calendarios siguientes para la primera entrega, plazo que vencía el 15.06.2016. (Se culminó con la ejecución de la prestación correspondiente a la primera entrega el **10.06.2016**, dentro del plazo contractual).

(Ver Cuadro Numeral....del presente escrito)

Que, dentro de la Primera Entrega, la última entrega realizada por nuestra representada a las diversas Entidades del CENARES a nivel nacional, se efectuó el **10.06.2016**; según los cargos de notificación de las guías de remisión ofrecidas como medio probatorio de nuestra demanda; en razón de lo cual se ha cumplido con la primera entrega total – Orden de Compra N° 134 del contrato N° 021-2015-DARES/MINSA, dentro de los plazos previstos para la misma, no habiéndose incurrido en retraso injustificado pasible de aplicación de penalidad.

C. APLICACIÓN INDEBIDA DE PENALIDAD.-

El demandante sostiene que culminó con la entrega de la Orden de Compra N° 134 con fecha **10.06.2016**, dentro del plazo máximo de entrega **(15.06.2016)**, de acuerdo a la calidad de orden de Compra Atrasada que corresponde.

Sin perjuicio de ello, indica que, con fecha 02.12.2016, CENARES les remite la Nota de Débito N° 001-001105, mediante la cual comunican la aplicación de penalidad por una supuesta entrega fuera de plazo de los productos contenidos en la orden de compra N° 134-2016 ascendiente al monto de **S/ 829,201.52**.

La Entidad fundamenta la aplicación de la penalidad en lo siguiente:

MEMORANDO N° 275-2016-CADQD-CENARES/MINSA LIQUIDACION DE PAGO N° 907-2016-CADQD-CENARES/MINSA

"(...)

DESTINO: En el numeral 9.3.4 del Contrato señala: "Para el caso de los productos farmacéuticos adjudicados a la CENARES (Ex-DARES), esta deberá entregar la respectiva orden de compra hasta los 40 días calendarios contados a partir del día siguiente de suscrito el contrato..." por lo que a la fecha límite para la entrega de la orden de compra era el 17/04/2016, sin embargo con fecha 15/04/2016, se notificó vía correo electrónico la orden de compra al proveedor, al no haber acuse de recibo de la recepción de la orden se aplica lo indicado en el Formato N° 06 de las bases del proceso – solicitud de Autorización Expresa para Notificación de las Órdenes de Compra por correo electrónico y demás notificaciones, la misma que a la letra indica: "En caso mi representada, no acuse recibo de la recepción de la orden de compra, esta se tendrá por recibida y recepcionada al día siguiente de remitido el correo electrónico por la DARES", siendo la fecha de entrega de la orden de compra es el 18/04/2016, considerándose como una orden de compra atrasada.

- De acuerdo al numeral 9.3.11 del contrato señala: "...una vez recepcionada la orden de compra el CONTRATISTA deberá entregar el producto farmacéutico en un plazo máximo de quince (15) días calendarios,... siendo el plazo máximo el 02/05/2016.
(...)"

La Entidad, al efectuar el recuento de los plazos para la entrega de la Orden de Compra N° 134, incurriría en error, al señalar que la fecha máxima de entrega de los productos farmacéuticos culminó el 02.05.2016, sin considerar la fecha de recepción de la PECOSA; de allí que indebidamente aplica a Medifarma una penalidad por 39 días de atraso ascendentes a S/ 829,201.52.

La Entidad realiza el cómputo de los plazos para la entrega de la orden de compra N° 134, sin tomar en cuenta que, además de la obligación que tenía la Entidad de remitir la Orden de Compra, también debía remitir la PECOSA

dentro de los 50 días hábiles siguientes a la fecha de suscripción del contrato; La PECOSA constituiría un documento obligatorio para la entrega de los productos tal como lo establece las bases y el contrato.

d. ENTREGA DE LOS PRODUCTOS FARMACEUTICOS – ORDEN DE COMPRA 134 DENTRO DEL PLAZO

Medifarma sostiene que cumplió con la entrega de los productos contenidos en la Orden de Compra N° 134, dentro del plazo establecido para la entrega para una orden de compra atrasada; según el siguiente detalle:

**CRONOLOGIA DE ENTREGA
ORDEN DE COMPRA N° 134 Y PECOSA**

Suscripción del contrato	40 días calendario para entrega de la O/C	Recepción de O/C	Recepción de PECOSA	Recepción de PECOSA	15 días calendario para entrega de la O/C 134	Plazo entrega total de O/C 134
08/03/2016		18/04/2016		31/05/2016	15/06/2016	10/06/2016
		(O/C ATRASADA)	(50 días a partir de suscripción contrato 27/04/2016)	(O/C ATRASADA)		ANTES DE FECHA LIMITE 15/06/2016

En esa línea el Demandante sostiene que cumplió con la entrega de la orden de compra dentro del plazo establecido; en consecuencia, la Entidad no debió aplicarr penalidad por retraso en la entrega de la Orden de compra N° 134.

La remisión tardía, por parte de la Entidad, de la PECOSA (documento obligatorio) a Medifarma, propició el retraso en la entrega de las prestaciones que s parte debió internar mediante la Orden de Compra 134; hecho que no podría calificarse como retraso injustificado.

La Entidad afectó el patrimonio del demandante al aplicar indebidamente una penalidad astronómica de **S/ 829,201.52**. Dentro de este contexto la Entidad fue quien incumplió con la obligación diligente de remitir tanto la orden de compra como la PECOSA dentro de los plazos establecidos en las bases y el contrato

RECEPCION Y CONFORMIDAD.- Las diversas entidades receptoras del CENARES, han recepcionado conforme la prestación tal y como se aprecia

en las guías de remisión que adjuntamos a la presente; de allí que las áreas usuarias al verificar las condiciones contractuales de la entrega nunca observaron la misma como cumplimiento tardío. Nuestra representada fue sorprendida al recibir la nota de débito aplicándonos la indebida penalidad a que hemos hecho referencia precedentemente.

NATURALEZA JURIDICA DE LA PENALIDAD.- El Artículo 165º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado establece lo siguiente:

"En caso de retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la entidad le aplicará al contratista una penalidad por cada día de atraso, hasta por un monto máximo equivalente al diez por cien (10%) del monto del contrato vigente o, de ser el caso, del pago final o en la liquidación final; o si fuese necesario se cobrará del monto resultante de la ejecución de las garantías de fiel cumplimiento o adicional por el monto diferencial de la propuesta"

Como puede apreciarse de la norma, no basta el retraso en la ejecución de la prestación para aplicar la sanción; **aquel tiene que tener la naturaleza de injustificado**. Dentro de este contexto lo primero que debemos examinar son los elementos que obligan al cumplimiento de la prestación dentro de un plazo determinado. Por lo tanto, el primer documento a revisar es la recepción de la Orden de Compra y la PECOSA respectiva; además, lo fundamental en una relación de recíprocas obligaciones es determinar si la conducta contractual de la otra parte propicia efectos contractuales deficientes o irregulares (tardíos o defectuosos) y, respecto de la contraparte, ésta no puede ejercer actos de sanción cuando ella misma causó el incumplimiento (remisión tardía de la PECOSA). A pesar de esto, de manera arbitraria, les aplicó la penalidad por supuesto retraso injustificado.

Como el retraso injustificado obedece a la supuesta culpa del contratista, sostiene que solo le cabe probar que la recepción de la prestación fue conforme, dentro del plazo establecido para su entrega.

Solo por retraso INJUSTIFICADO del cumplimiento de la prestación se puede aplicar penalidades; en ningún caso por otras razones. En este sentido, el Tribunal comprobará que la penalidad aplicada a nuestra representada no es objetiva, razonable ni congruente con la forma y cantidad, calidad y condiciones contractuales de la entrega de la prestación relacionada con la Orden de Compra N° 134. El objeto de toda penalidad es procurar que el contratista cumpla con la prestación a cabalidad y no afectarlo indebidamente, inclusive poniendo en riesgo su estabilidad empresarial, tal como lo hace la Entidad al aplicar una sanción de casi un millón de soles, hecho que no tolera ningún razonamiento congruente con la realidad económica del país.

Esta forma de sancionar constituye un exceso dentro de un Estado de Derecho, pues la misma identidad de sujeto, hecho y fundamento lo impide

constitucionalmente, sobre todo cuando la sanción afecta materialmente la vida de una persona ("vida empresarial de una persona jurídica"). Esta forma draconiana de aplicar penalidades no está sostenida por el fundamento del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, pues no permite que la sanción sea aplicada a actos de recíproca correspondencia entre las partes, ya que solo sanciona los actos INJUSTIFICADOS cuando una de las partes incumple con la prestación y no cuando la parte sancionadora flagrantemente incumple el contrato. La ley, por otro lado, limita a un porcentaje por cada ítem, tramo, etapa o lote sin abrir ilimitadamente el espectro de las sanciones vía estos elementos; esta desproporción irracional bastaría para legitimar nuestra petición.

Sostiene que no están tratando de sostener la ilegitimidad de aplicar penalidades de la Entidad como previsión sancionadora frente a eventuales incumplimientos de las obligaciones asumidas por las partes, ello por principio no puede considerarse arbitrario. Lo arbitrario o lesivo resulta la "gigantesca" penalidad cuando su implicancia no sólo disuade o procura el cumplimiento de las obligaciones sino pone en riesgo derechos fundamentales como la vida ("Vida empresarial") de una persona jurídica, por la irracional y desproporcionada sanción, cuando además la Entidad misma incumple con el contrato. Existen múltiples sentencias del Tribunal Constitucional en este sentido que no detallamos para no ofender la cultura del Tribunal Arbitral.

Dentro del contexto de lo expresado, solicitan al Tribunal Arbitral declarar fundada su demanda arbitral.

1.3. FUNDAMENTOS DE DERECHO.-

Basan su demanda en la Ley de Contrataciones del Estado (Artículo 4º.- Principios que rigen las contrataciones) y en su Reglamento, artículos 165º (Penalidad por mora en la ejecución de la prestación), 176º (Recepción y Conformidad), 180º (Oportunidad del Pago) y 181º (Plazos para los Pago).

1.4. MEDIOS PROBATORIOS.-

Como medios probatorios, presentan copia simple del contrato, de la Nota de débito N° 001-001105, Memorando N° 275-2016-CADQD-CENARES/MINSA, PECOSA recibida por Medifarma con fecha 31.05.2016, factura y guías de internamiento mediante las cuales se remitieron los productos relacionados con la O/C N° 134 con sus respectivas conformidades, Orden de Compra N° 134 y Formato N° 06 de las bases. Asimismo, solicitan la exhibición por parte de la Entidad de las Bases Integradas, cargo de entrega de la PECOSA N° 0377-2016 y guías de remisión mediante los cuales se cumplió con la entrega total de la Orden de Compra N° 134 a los distintas Entidades del país.

2. CONTESTACION DE LA DEMANDA ARBITRAL Y RECONVECCIÓN.-

Dentro del plazo establecido en el numeral 25 del Acta de Instalación del Tribunal Arbitral, la Entidad contesta la demanda (solicitando que sea declarada infundada) y formula reconvección, en los siguientes términos:

2.1. FUNDAMENTOS DE HECHO

- a) Con fecha 08 de marzo de 2016 el CENARES y MEDIFARMA suscribieron el Contrato N° 021-2016-CENARES/MINSA, para la Compra Corporativa de Productos Farmacéuticos para el Abastecimiento del año 2016, por un monto de S/. 8'448,947.78, habiéndose establecido para el plazo de ejecución de la prestación un cronograma de 12 meses, y un procedimiento para el plazo, lugar y condiciones de entrega del producto que establecida condiciones diferentes para los casos de Primera Entrega, Entregas Sucesivas y Orden de Compra Atrasada.
- b) El demandante sostiene que la Entidad le remitió la Orden de Compra N° 0000134 vía correo electrónico el día viernes 15 de abril de 2016, por lo que, de acuerdo a lo establecido en el Formato N° 06 de las Bases, se tuvo por recepcionada el día hábil siguiente, esto es, el lunes 18 de abril de 2016, considerándose por ello como "Orden de Compra Atrasada". Asimismo, afirma que la PECOSA le fue entregada el 31 de mayo de 2016, por lo que, considera que el plazo de 15 días calendario establecido en el numeral 9.3.11 del contrato empezó a computarse desde la recepción de ambos documentos (Orden de Compra y PECOSA), lo que determina que el plazo para la primera entrega vencía el 15 de junio de 2016.

Sobre el plazo, lugar, forma y condiciones de entrega del producto

- c) El Contrato N° 021-2016-CENARES suscrito con el demandante tuvo por objeto para la adquisición de los productos detallados en los ítems: N° 5, 23, 151, 153, 160, 168, 196, 223, 241, 268, 273, 279, 305, 306, 363, 364, 365 y 381, los mismos que de acuerdo a lo establecido en la cláusula novena (9.1.1. y 9.3.2., 9.3.3., 9.3.4.) **debían ser entregados en diferentes lugares y plazos de acuerdo a sus condiciones:**

Productos Farmacéuticos Requeridos por CENARES- MINSA a nivel central:

- Productos que no requieren cadena de frío: en el Almacén de CENARES ubicado en la Av. Independencia N° 1837, El Agustino, de lunes a viernes.
- Productos que sí requieren cadena de frío: en el Almacén de CENARES ubicado en Jr. Quilca N° 620 - 630 - Callao, de lunes a viernes

En caso de la primera entrega, de acuerdo a la cláusula 9.3.2. y 9.3.3. del Contrato debían ser entregados hasta los 60 días calendarios contados a partir del día siguientes de la suscripción del contrato, y la Orden de Compra podrá ser entregada hasta 10 días antes del cumplimiento del plazo de 60 días calendario, sin que se altere el plazo de entrega.

Productos Farmacéuticos a nivel de CENARES – MINSA (con entrega Destino), DISA/DIRESA/GERESA y demás Unidades Ejecutoras

En los almacenes especializados de medicamentos de las Direcciones de Salud, Direcciones Regionales y Direcciones Subregionales de Salud, Gerencia Regionales de Salud de acuerdo al cuadro de distribución del Anexo N° 04, en los días hábiles de lunes a viernes, y los horarios debían ser coordinados con los responsables de los almacenes.

La Orden de Compra se deberá entregar hasta los 40 días calendario contados a partir del día siguiente de suscrito el contrato, y la respectiva PECOSA hasta los 50 días calendario contados a partir del día siguiente de suscrito el contrato; cuando se trate de entrega a destino diferente al de su propio Almacén.

- d) Asimismo, debe tenerse presente que el punto 9.3.10 y 9.3.11 del contrato estableció que se considera orden de compra atrasada (para la primera entrega) cuando ésta se entregue después del día 50 posterior a la firma del contrato y que en dicho caso, la entrega del producto se deberá realizar en un plazo máximo de 15 días calendarios de recepcionada la Orden de Compra.
- e) **Es decir, tratándose de la primera entrega, de acuerdo al contrato existían dos situaciones que determinaban diferentes plazos de entrega:**
- **Cuando se trataba de Órdenes de Compra emitidas dentro de los plazos establecidos** (50 días en caso de productos a entregarse en CENARES sede central y 40 días en caso de productos a entregarse en destino DISA/DIRESA/GERESA y demás unidades ejecutoras), EL PLAZO DE ENTREGA ERA 60 DÍAS DESDE SUSCRITO EL CONTRATO.
 - **Cuando se trataba de Órdenes de Compra Atrasadas,** EL PLAZO DE ENTREGA ERA 15 DÍAS DESDE DE NOTIFICADA CON LA ORDEN DE COMPRA.

Sobre la Orden de Compra N° 134-2016

- f) Con fecha 14 de abril de 2016 se emitió la Orden de Compra N° 134-2016 para la adquisición del producto Medroxiprogesterona Acetato 150mg iny. 1ml., correspondiente al ítem N° 273, dicha orden de compra correspondía a la primera entrega (Mes N° 01) y de acuerdo

al cuadro de distribución (Anexo N° 04 del contrato) tenía como puntos de destino tanto al Almacén Central de CENARES y las DISA, DIRESA y GERESAS a nivel nacional.

- g) Con fecha 15 de abril de 2016 se notificó a la empresa Medifarma S.A. la Orden de Compra N° 134-2016, entrega que no fue confirmada, por lo que, en aplicación de lo establecido en el Formato N° 06 de las Bases se considera como recepcionada el día hábil siguiente de remitido el correo electrónico; es decir, **la Orden de Compra N° 134-2016 se considera recepcionada el 18 de abril de 2016.**
- h) Así, **para el caso de entrega al Almacén CENARES**, se considera que la Orden de Compra se emitió dentro del plazo porque se emitió dentro de los 50 días contabilizados desde que se firmó el contrato, por lo que, el producto debía entregarse al Almacén de CENARES como máximo el 07 de mayo de 2016.

Sin embargo, de la revisión del expediente de liquidación de la Orden de Compra y la Guía de Remisión N° 0093164 se evidencia que el producto ingresó a los almacenes de CENARES el 03 de junio de 2016, es decir, con un retraso de 27 días calendarios.

- i) Asimismo, **para el caso de entrega a destino diferente del almacén CENARES**, se considera que la Orden de Compra se emitió en forma atrasada ya que se emitió un día después de transcurrido el plazo límite de 40 días contabilizado desde que se firmó el contrato, por lo que, el producto debía entregarse a los 15 días de notificada la Orden de compra, es decir, como máximo el 02 de mayo de 2016.

Sin embargo, de la revisión del expediente de liquidación de la Orden de Compra y las 27 Guías de Remisión dirigidas a las diferentes DIRESAS, se evidencia que el producto ingresó entre los días 03 y 10 de junio de 2016, es decir, todas las entregas ingresaron con un retraso de 32 a 39 días, por lo que, corresponde la aplicación de la penalidad ascendente a S/. 1'371,249.75 (39 días de atraso).

- j) Debe tenerse que de acuerdo a lo establecido en el artículo 165° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, se calculó y aplicó la penalidad por cada día de atraso hasta por el monto equivalente al 10% del monto contractual vigente (ítem N° 273), siendo la penalidad máxima a aplicar la suma de S/. 829,201.52, monto que fue aplicado al demandante.

Según la Fórmula: ítem N° 273

Importe total S/. 8'292,015.20 Soles

Penalidad máxima a aplicar 10% = S/. 829,201.52

$\frac{0.10}{0.40}$	x	$\frac{2'109,615.20}{15}$	=	$\frac{210,961.52}{6.00}$
Penalidad diaria				35,160.25
Penalidad diaria x día de atraso (39)				1'371,249.75
Penalidad máxima a aplicar				829,201.52

El demandante ha omitido informar que solicitó una ampliación de plazo y que ésta le fue denegada por la Entidad

- k) En relación a los argumentos expuestos por el demandante, debe tenerse presente que con fecha 09 de mayo de 2016 el demandante remitió a la Entidad la Carta N° 0374-2016-AVI-MIF, mediante la cual solicitó ampliación de plazo para la entrega de la Orden de Compra N° 134-2016, asimismo, con fecha 19 de mayo de 2016 remitió la Carta N° 00377-2016-AVI-MIF adjuntando las actas de muestreo y los informes de ensayo del producto Medroxiprogesterona Acetato 150 mg iny. 1ml para que la Entidad realice la verificación de los lotes. Ello debido a que tenía pleno conocimiento que conforme a lo establecido en el contrato debió efectuar las pruebas de control de calidad antes de ingresar el medicamento a los almacenes, lo que advierte que al 07 de mayo (fecha en que debía realizar la entrega de los productos al almacén central de CENARES) no contaba con los productos ya que mediante su solicitud de ampliación de fecha presentada fuera de fecha (09 de mayo) manifestó que tenía dificultades para completar el insumo necesario para iniciar la fabricación del producto, sin acreditarlo documentalmente, motivo por el cual mediante Oficio N° 426-2016-CENARES/MINSA se denegó su solicitud de ampliación de plazo.
- l) De lo expuesto, se puede advertir claramente que existió una falta de diligencia por parte del contratista en realizar la entrega del medicamento al almacén CENARES y a los puntos de entrega a destino (DISAS, DIRESAS Y GERESAS), no habiendo cumplido con justificar su demora, lo que determina que la penalidad impuesta ha sido correctamente aplicada.

En relación a la notificación de la PECOSA

- m) De acuerdo con la mencionada Cláusula Novena del contrato, la respectiva PECOSA debía entregarse hasta los 50 días calendario contados a partir del día siguiente de suscrito el contrato, esto es hasta el 27 de abril de 2016.

 Sin embargo, para emitir la PECOSA -que es el Pedido de Comprobante de Salida- se debía realizar previamente la verificación 



de productos en los almacenes del contratista para la entrega a destino, previo al requerimiento del contratista.

- n) Al respecto, el contratista solicitó la ampliación de plazo contractual con fecha 09 de mayo de 2016, argumentando la imposibilidad de entregar el producto por haberse presentado dificultades para completar el insumo necesario para iniciar la fabricación (sin haber acreditado las causas de la demora ni cuando venció el hecho generador del atraso) por lo que, fue denegada su solicitud, por lo que es recién con fecha **19 de mayo de 2016** que el contratista remite la Carta N° 00377- 2016-AVI-MIF adjuntando las actas de muestreo y los informe de ensayo del producto Medroxiprogesterona Acetato 150mg iny. 1ml. a la Entidad, mediante el cual comunicó que "Conforme a las coordinaciones que se vienen efectuando en relación al acotado producto farmacéutico, vuestra empresa deberá apersonarse a los almacenes de Medifarma para la verificación de los lotes a fin de que puedan formular las PECOSAS que describan los lotes, cantidades y punto de destino".
- o) Es por ello, que con fecha **24 de mayo de 2016**, representantes del almacén de la entidad se acercaron a los almacenes del contratista, con la finalidad de realizar la verificación de los lotes a ser distribuidos a los diferentes destinos (Se adjunta acta de verificación de productos para entrega a destino N° 17) y posteriormente, el contratista se acercó el **31 de mayo de 2016** a la Entidad a recepcionar las Pecosas.
- p) *En atención a lo expuesto, resulta claro que fue responsabilidad del contratista la demora en la entrega de PECOSAS, siendo evidente que éstas no pudieran emitirse el 27 de abril de 2016.*
- q) Conforme a los fundamentos expuestos, queda claro que la penalidad impuesta por mi representada se realizó de acuerdo a sustentos fácticos y contractuales válidos, sino que se cumplió con el procedimiento establecido en el artículo 165° del Reglamento, con el objeto de sancionar el retraso en la ejecución de prestaciones, lo que además conlleva una función resarcitoria de los eventuales daños y perjuicios ocasionados a la Entidad, máxime considerándose que el objeto de la contratación comprende una eficiente y oportuna provisión de medicamentos en salvaguarda de la salud de la población.
- r) De conformidad con los fundamentos expuestos, advirtiéndose que existió incumplimiento del demandante en entregar el producto dentro de los plazos establecidos en el contrato es que se le aplicó la penalidad, por lo que, solicito que la demanda interpuesta se declare infundada en todos sus extremos, condenándose a la demandante el pago de las costas y costos del proceso.

2.2. RECONVENCIÓN

En relación a los fundamentos expuestos en su contestación de demanda, debe tenerse presente que a la fecha el contrato se viene ejecutando con constantes retrasos del demandante en las siguientes entregas (segunda, tercera y cuarta del Contrato N° 021-2016-CENARES/MINSA), las mismas que no pueden ser aplicadas porque sólo con la penalidad aplicada en la primera entrega ya se llegó al máximo de penalidad (10% del contrato), sin embargo, dicha situación viene generando enormes daños y perjuicios no sólo a la Entidad sino a las unidades que deben estar provisionadas de medicamentos, hecho que perjudica además a la público usuario.

En atención a ello, es que formulamos reconvencción solicita que además de las pretensiones referidas a la primera entrega, se resuelva la siguiente pretensión:

- En caso que se declare Fundada la Demanda, y de considerarse que corresponde la devolución de la penalidad deducida por el monto de S/. 829,201.52, se aplique dicho monto a las penalidades impuestas respecto de la segunda, tercera y cuarta entrega del contrato, las mismas que también han alcanzado el monto máximo de penalidad ascendente a S/. 829,201.52.

Al respecto, se reservan el derecho de ampliar los fundamentos de su reconvencción, así como de presentar los medios probatorios adicionales que sustenten nuestra posición.

2.3. FUNDAMENTOS DE DERECHO DE LA DEMANDA Y RECONVENCIÓN

Amparan su Contestación de Demanda en lo establecido en los artículos 41.6 de la Ley de Contrataciones con el Estado aprobada por Decreto Legislativo N° 1017 y los artículos 165 y 175 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-PCM.

2.4. MEDIOS PROBATORIOS DE LA CONTESTACIÓN DE DEMANDA Y RECONVENCIÓN

Como medios probatorios, ofrecen los siguientes documentos:

1. Bases Administrativas del Contrato y Contrato N° 021-2016-CENARES/MINSA
2. Formato N° 06 (Solicitud de Autorización Expresa para notificación de las Órdenes de Compra por Correo Electrónico y demás notificaciones), suscrita por el demandante.
3. Correo Electrónico de fecha 15 de abril de 2016, mediante la cual se remitió la Orden de Compra N° 134 (acompañando la O/C N° 134)
4. Carta N° 0374-2016-AVI-MIF de fecha 09 de mayo de 2016, mediante la cual el demandante solicita ampliación de plazo de la O/C N° 134.

5. Oficio N° 426-2016-CENARES-MINSA de fecha 23 de mayo de 2016 mediante el cual CENARES deniega la ampliación de plazo.
6. Carta N° 00377-2016-AVI-MIF de fecha 19 de mayo de 2016, mediante la cual el demandante solicita que CENARES se apersona a sus almacenes para verificar los lotes para la formulación de PECOSAS (acompañan Actas de Muestreo e Informe de Ensayo).
7. Acta de Verificación de Productos para Entrega a Destino N° 17 de fecha 24 de mayo de 2016 y cargo de Entrega de PECOSAS N° 0377-2016 (que acredite que fue recogida por MEDIFARMA S.A. el 31 de mayo de 2016).

8. Las siguientes guías de remisión:

- a) Guía de Remisión N° 0093164 (Destino Lima) que acredita que el producto fue entregado al almacén el 03 de junio de 2016.
- b) Guía de Remisión N° 0093137 (Destino Abancay) que acredita que el producto fue entregado al almacén el 07 de junio de 2016.
- c) Guía de Remisión N° 0093138 (Destino Ayacucho) que acredita que el producto fue entregado al almacén el 06 de junio de 2016.
- d) Guía de Remisión N° 0093139 (Destino Cajamarca) que acredita que el producto fue entregado al almacén el 06 de junio de 2016.
- e) Guía de Remisión N° 0093140 (Destino Cusco) que acredita que el producto fue entregado al almacén el 07 de junio de 2016.
- f) Guía de Remisión N° 0093141 (Destino Huánuco) que acredita que el producto fue entregado al almacén el 07 de junio de 2016.
- g) Guía de Remisión N° 0093142 (Destino Junín) que acredita que el producto fue entregado al almacén el 06 de junio de 2016.
- h) Guía de Remisión N° 0093143 (Destino La Libertad) que acredita que el producto fue entregado al almacén el 06 de junio de 2016.
- i) Guía de Remisión N° 0093144 (Destino Loreto) que acredita que el producto fue entregado al almacén el 03 de junio de 2016.
- j) Guía de Remisión N° 0093145 (Destino Pasco) que acredita que el producto fue entregado al almacén el 06 de junio de 2016.
- k) Guía de Remisión N° 0093147 (Destino San Martín) que acredita que el producto fue entregado al almacén el 09 de junio de 2016.
- l) Guía de Remisión N° 0093148 (Destino Ucayali) que acredita que el producto fue entregado al almacén el 09 de junio de 2016.
- m) Guía de Remisión N° 0093149 (Destino Callao) que acredita que el producto fue entregado al almacén el 03 de junio de 2016.
- n) Guía de Remisión N° 0093150 (Destino Amazonas) que acredita que el producto fue entregado al almacén el 06 de junio de 2016.
- o) Guía de Remisión N° 0093151 (Destino Ancash) que acredita que el producto fue entregado al almacén el 06 de junio de 2016.
- p) Guía de Remisión N° 0093152 (Destino Arequipa) que acredita que el producto fue entregado al almacén el 10 de junio de 2016.
- q) Guía de Remisión N° 0093154 (Destino Cajamarca - Cutervo) que acredita que el producto fue entregado al almacén el 06 de junio de 2016.
- r) Guía de Remisión N° 0093155 (Destino Cajamarca - Jaen) que acredita que el producto fue entregado al almacén el 06 de junio de 2016.

- s) Guía de Remisión N° 0093157 (Destino Ica) que acredita que el producto fue entregado al almacén el 06 de junio de 2016.
 - t) Guía de Remisión N° 0093156 (Destino Huancavelica) que acredita que el producto fue entregado al almacén el 08 de junio de 2016.
 - u) Guía de Remisión N° 0093158 (Destino Chiclayo) que acredita que el producto fue entregado al almacén el 06 de junio de 2016.
 - v) Guía de Remisión N° 0093160 (Destino Piura) que acredita que el producto fue entregado al almacén el 06 de junio de 2016.
 - w) Guía de Remisión N° 0093161 (Destino Puno) que acredita que el producto fue entregado al almacén el 07 de junio de 2016.
 - x) Guía de Remisión N° 0093162 (Destino Tumbes) que acredita que el producto fue entregado al almacén el 08 de junio de 2016.
 - y) Guía de Remisión N° 0093163 (Destino Huaral) que acredita que el producto fue entregado al almacén el 08 de junio de 2016.
 - z) Guía de Remisión N° 0093159 (Destino Madre de Dios) que acredita que el producto fue entregado al almacén el 09 de junio de 2016.
9. Memorando N° 275-2016-CADQD-CENARES/MINSA emitido por el Centro de Adquisiciones y Donaciones de CENARES, que adjunta la Liquidación de Pago N° 907-2016-CADQD-CENARES/MINSA (en el que se detalla las penalidades aplicadas).

IV. DESARROLLO DEL PROCESO ARBITRAL

3. AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN, DETERMINACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS Y ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS.-

En la Audiencia de Conciliación, Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios, llevada a cabo el 06.07.2017, el Tribunal Arbitral, luego de revisar lo expuesto por las partes, consideró como puntos controvertidos los siguientes:

DE LA DEMANDA:

- 3.1. Determinar si corresponde o no, que dentro del contexto de la ejecución del Contrato N° 021-2016-CENARES/MINSA (**LP N° 15-2015-DARES/MINSA**), el Tribunal Arbitral deje sin efecto la penalidad aplicada a MEDIFARMA S.A por el monto de S/ 829,201.52, por supuesto retraso injustificado de la prestación requerida con la Orden de Compra N° 134 de fecha 14/04/2016 (Primera Entrega: Destino fuera de Lima)
- 3.2. De declararse fundado el punto controvertido precedente, determinar si corresponde que el CENTRO NACIONAL DE ABASTECIMIENTO DE RECURSOS ESTRATEGICOS EN SALUD cumpla con hacer devolución de la penalidad deducida a través de la Nota de Débito N° 001-001105 de fecha 02/12/2016 por el monto de S/ 829, 201.52 (Ochocientos veinte nueve mil doscientos uno y 52/100 soles) de la Contraprestación

vinculada a la Orden de Compra N° 134 de fecha 14.04.2016, más los intereses legales contados a partir de la fecha en que se debió efectuar el pago: 02/12/2016, hasta que se haga efectiva la devolución.

DE LA RECOVENCIÓN:

- 3.3. En el supuesto que se disponga la devolución de la penalidad deducida por el monto de S/ 829,201.52; determinar si corresponde o no que se aplique dicho monto a las penalidades impuestas respecto de la segunda, tercero y cuarta entrega del contrato.

DE AMBAS PARTES:

- 3.4. Determinar que parte debe asumir los costos del presente arbitraje.

ADMISIÓN DE PRUEBAS PRESENTADAS POR EL CONTRATISTA

DE LA DEMANDA

El Tribunal Arbitral admite los documentos ofrecidos al presentar su escrito de Demanda Arbitral y que se señalan en el acápite IV. Medios Probatorios, enunciados desde el numeral 1 al 8.

ADMISIÓN DE PRUEBAS PRESENTADAS POR LA ENTIDAD

DE LA CONTESTACIÓN Y RECONVENCIÓN

El Tribunal Arbitral admite los documentos que se indican en el Ítem VI. "Medios Probatorios de la contestación de demanda y reconvencción", numerados del 1 al 36

4. ALEGATOS.

Mediante Resolución N° 15 de fecha 03.11.2017, el Tribunal Arbitral otorgó el plazo de cinco (05) días hábiles a fin que ambas partes presenten sus alegatos escritos. En esa línea, con fecha 17.11.2017 el Contratista y la Entidad presentan sus alegatos escritos.

5. AUDIENCIA DE INFORMES ORALES.

Con fecha 13.12.2017, se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales, con la presencia de los representantes de la Entidad y del Contratista, suscribiéndose el Acta respectiva.

6. PLAZO PARA LAUDAR.

Con Resolución N° 18 de fecha 13 de diciembre de 2017, el Tribunal Arbitral fijó en treinta (30) días hábiles el plazo para laudar, los mismos que vencen el 29 de enero de 2018, tomando en cuenta los días no laborales incluidos los que

corresponden al Sector Público. Ampliado el plazo para laudar, este vence de modo indefectible el 08 de marzo de 2018, sin perjuicio de los cinco (5) días con los que se cuenta para su notificación a las partes.

CONSIDERANDO

V. CUESTIONES PRELIMINARES

7. Antes de analizar la materia controvertida, corresponde confirmar lo siguiente:

- i) El Tribunal Arbitral se constituyó de acuerdo al convenio arbitral celebrado por las partes;
- ii) En momento alguno se impugnó o reclamó contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación;
- iii) La ENTIDAD presentó su escrito de demanda dentro del plazo dispuesto, así como el escrito de absolución a la reconvención planteada por el CONTRATISTA;
- iv) El CONTRATISTA fue debidamente emplazado con la demanda, la misma que contestó. Asimismo, dicha parte presentó reconvención frente a la demanda de la ENTIDAD;
- v) Las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios. Asimismo tuvieron oportunidad de informar oralmente ante el Tribunal Arbitral en la audiencia convocada con tal fin.
- vi) Ambas partes tuvieron oportunidad de presentar sus alegatos por escrito, así como cualquier otro escrito o documento pertinente a su posición, durante el desarrollo del proceso arbitral.
- vii) El análisis del presente caso y las conclusiones a las que arribe el Tribunal Arbitral, serán efectuadas de conformidad con la documentación aportada por las partes, así como de la información que de modo indubitable se desprende de los actuados que obran en el expediente del caso, habiéndose tenido en cuenta en su integridad, aún en caso de no ser expresamente mencionada en el análisis;
- viii) Los hechos a los que se refiere el análisis el caso son los establecidos en los Antecedentes en concordancia con la información que obra en el expediente del proceso, así como los que se mencionan en los demás acápites del presente Laudo Arbitral;
- ix) El Tribunal Arbitral, conforme lo establecido en el Artículo 139º numeral 1 de la Constitución Política del Perú, ejerce función jurisdiccional y, por

lo tanto, no se encuentra subordinado a ningún órgano administrativo o de cualquier otra índole, ejerciendo sus funciones con absoluta independencia, en el marco de las competencias que son propias a su naturaleza;

- x) Sin perjuicio de lo mencionado en el acápite precedente, se debe tener en consideración lo expresado en el numeral 2.2.2 de la Opinión N° 107-2012-DTN emitida por el Organismo Supervisor de las Contrataciones Estatales, en el sentido de que la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, no regula las relaciones contractuales de las Entidades Públicas, sino las actuaciones de la función administrativa del Estado y el procedimiento administrativo común, como se desprende del Artículo II de su Título Preliminar¹, de modo tal que, ante la ausencia de regulación de algún hecho o situación en la normativa de Contrataciones del Estado que se ocupa de la ejecución contractual, será necesario recurrir, supletoriamente, a las disposiciones del Código Civil que resulten compatibles, y no a las disposiciones de la Ley N° 27444, pues, como se ha indicado, estas resultarían incompatibles con la lógica contractual.
 - xi) En el análisis de las pretensiones, el Tribunal Arbitral se ha reservado el derecho de seguir el orden que estima más conveniente para la solución de las controversias contenidas en los puntos controvertidos del presente caso arbitral;
 - xii) El Tribunal Arbitral está procediendo a emitir el laudo dentro del plazo que corresponde a las reglas de este proceso.
8. De otro lado, el Tribunal Arbitral deja constancia y reitera que, en el estudio, análisis y deliberación del presente arbitraje se han tenido en cuenta todos los argumentos y las alegaciones efectuadas por las partes, así como todos los medios probatorios aportados, haciendo un análisis y una valoración en conjunto de los mismos, de manera que la no referencia a un argumento o a una prueba no supone que no haya sido tomado en cuenta para su decisión.

VI. NORMA APLICABLE

De acuerdo a la fecha de convocatoria del procedimiento de selección (anterior al 09 de enero de 2016) y posterior suscripción del Contrato, la norma

¹ **"Artículo II.- Contenido**

1. La presente Ley regula las actuaciones de la función administrativa del Estado y el procedimiento administrativo común desarrollados en las PEIHAPes.

2. Los procedimientos especiales creados y regulados como tales por ley expresa, atendiendo a la singularidad de la materia, se rigen supletoriamente por la presente Ley en aquellos aspectos no previstos y en los que no son tratados expresamente de modo distinto.

3. Las autoridades administrativas al reglamentar los procedimientos especiales, cumplirán con seguir los principios administrativos, así como los derechos y deberes de los sujetos del procedimiento, establecidos en la presente Ley."

sustantiva aplicable al presente caso es el Decreto Legislativo N° 1017 modificado por la Ley N° 29873 y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF y modificado mediante el Decreto Supremo 138-2012-EF.

VIII. ANÁLISIS DE LAS PRETENSIONES

9. En el presente caso, existen un total de cuatro pretensiones, que corresponden a las tres planteadas por el Contratista y a la incorporada por la Entidad mediante reconvencción. Para fines metodológicos, dividiremos su análisis en tres rubros: i) Sobre la aplicación o no de penalidad por mora y sus consecuencias; ii) Sobre la eventual compensación del monto impuesto vía penalidad con otros atrasos por mora eventualmente incurridos por el Contratista y; iii) Sobre la determinación de la parte a la que corresponde asumir los costos y costas procesales.

Sobre la aplicación o no de penalidad por mora y sus consecuencias

10. Este tema corresponde al primero y segundo punto controvertido del presente caso arbitral, que corresponden a la primera pretensión de la demanda y su pretensión accesorio, que han sido planteadas del siguiente modo:

Primer Punto Controvertido:

"Determinar si corresponde o no, que dentro del contexto de la ejecución del Contrato N° 021-2016-CENARES/MINSA (LP N° 15-2015-DARES/MINSA), el Tribunal Arbitral deje sin efecto la penalidad aplicada a MEDIFARMA S.A por el monto de S/ 829,201.52, por supuesto retraso injustificado de la prestación requerida con la Orden de Compra N° 134 de fecha 14/04/2016 (Primera Entrega: Destino fuera de Lima)"

Segundo Punto Controvertido

"De declararse fundado el punto controvertido precedente, determinar si corresponde que el CENTRO NACIONAL DE ABASTECIMIENTO DE RECURSOS ESTRATEGICOS EN SALUD cumpla con hacer devolución de la penalidad deducida a través de la Nota de Débito N° 001-001105 de fecha 02/12/2016 por el monto de S/ 829, 201.52 (Ochocientos veinte nueve mil doscientos uno y 52/100 soles) de la Contraprestación vinculada a la Orden de Compra N° 134 de fecha 14.04.2016, más los intereses legales contados a partir de la fecha en que se debió efectuar el pago: 02/12/2016, hasta que se haga efectiva la devolución".

Jr

11. De modo específico, la penalidad a la que se refieren ambas pretensiones, está referida a la ascendente a la suma de S/ 829,201.52 por mora, impuesta por la Entidad al Contratista invocando atraso injustificado en la primera

[Firma]

24

entrega del contrato, requerida mediante la Orden de Compra N° 134 de fecha 14 de junio de 2016; correspondiente al Contrato N° 021-2016-CENARES/MINSA suscrito como consecuencia de la Licitación Pública N° 15-2015-DARES/MINSA

12. Como veremos en el presente análisis, para resolver este tema en controversia, se advierte que la posición discrepante de las partes está referida a la oportunidad y procedimiento necesarios para el inicio del cómputo del plazo de cumplimiento para la primera entrega, sin perjuicio de las condiciones requeridas para que pueda tenerse como válida y configurada, una penalidad por mora.

Posición del Contratista

13. El Contratista alega que las condiciones dadas para la primera entrega del Contrato N° 021-2016-CENARES/MINSA, eran las siguientes:

PRIMERA ENTREGA:

"(...)

9.3.3 Para la realización de la primera entrega, es necesario que la Unidad Ejecutora envíe a EL CONTRATISTA la orden de compra correspondiente, la misma que podrá ser entregada hasta 10 días antes del cumplimiento del plazo de 60 días calendarios, sin que se altere el plazo de entrega.

9.3.4. Para el caso de los productos farmacéuticos adjudicados a la CENARES (Ex-DARES), esta deberá entregar la respectiva orden de compra hasta los 40 días calendarios contados a partir del día siguiente de suscrito el contrato y la respectiva PECOSA hasta los 50 días calendarios contados a partir del día siguiente de suscrito el contrato, cuando se trate de entrega a destino diferente al de su propio almacén.

"(...)"

14. Conforme a lo anterior, sostiene lo siguiente:

- 14.1. Para la primera entrega, la Entidad debía cumplir previamente con remitir la Orden de Compra máximo hasta los 40 días calendarios siguientes de suscrito el contrato, así como la entrega de la PECOSA máximo hasta los 50 días calendarios de suscrito el contrato.

- 14.2. Dado que el Contrato se suscribe con fecha 8 de marzo de 2016, el plazo para que la Entidad remita al Contratista la Orden de Compra para la PRIMERA ENTREGA era como máximo el **15 de abril de 2016**, pero la Entidad remitió la O/C N° 134, vía correo electrónico, el día viernes 15 de abril de 2016, por lo que se considera que la Orden de Compra solo se

podría tener por recibida al día hábil de recibida, es decir el lunes **18 de abril de 2016**.

- 14.3. ¿Cuándo estamos antes una orden de servicio atrasada? ¿Cuáles son sus consecuencias?; sobre ello, el numeral 9.3.10 de la Cláusula Novena del contrato, establece lo siguiente:

ORDEN DE COMPRA ATRASADA:

"(...)

9.3.10 Una orden de compra (O/C) se considera atrasada en los siguientes casos:

"(...)

• Para el caso de CENARES (Ex - DARES), se considera orden atrasada, cuando el plazo exceda lo previsto en el numeral 9.3.5.

"(...)

9.3.11. Para el caso de las "Órdenes de Compra Atrasadas", una vez recepcionada la orden de compra el "CONTRATISTA" deberá entregar el producto farmacéutico en un plazo máximo de quince (15) días calendario, plazo establecido para todas las entidades participantes.

"(...)"

- 14.4. Es decir, si la orden se notifica al Contratista después de los plazos máximos establecidos para la primera entrega, se considera como una orden de compra atrasada, como habría ocurrido en el presente caso, al tenerse por recibida el 18 de abril de 2016. La consecuencia, es la extensión inmediata del plazo por otras quince (15) días calendario adicionales.
- 14.5. En cuanto a la entrega de la **PECOSA**, de acuerdo con el Numeral 9.3.4 del Contrato, esto debía producirse dentro de los 50 días calendario contados a partir del día siguiente de suscrito el contrato"; en este sentido, la Entidad tenía como plazo máximo para la entrega el miércoles **27.04.2016**; sin embargo fue entregada y recibida por Medifarma S.A., el **31.05.2016**.
- 14.6. El numeral 09.03.11 refiere que "(...) una vez recepcionada la O/C el Contratista deberá entregar el producto farmacéutico en un plazo máximo de quince (15) días calendario (...)", lo que sostiene vencía el 15 de junio de 2016.
- 14.7. Al estar ante una prestación a cumplirse fuera de los almacenes de CENARES, debía recibirse además la PECOSA, conforme al numeral 9.3.4 del Contrato y las Bases Integradas del Proceso de Selección. Ello implicaría que el plazo de la primera entrega debía computarse a partir de la recepción de ambos documentos - O/C y PECOSA, siendo que la primera se recibió el 18.04.2016 y la segunda el 31.05.2016.

De este modo, solo a partir del 31.05.2016 se computarían los 15 días calendario para la primera entrega, lo que llevaría tal fecha límite hasta el 15.06.2016, pese a lo cual la entrega se hizo de modo anticipado, el **10.06.2016**. Con ello, no resultaría pertinente la aplicación de penalidad.

- 14.8. En esa línea, el Contratista sostiene que se le ha aplicado indebidamente penalidad, por una suma ascendente al monto de **S/ 829,201.52**. Al respecto, sostiene que la Entidad habría incurrido en error, al considerar como fecha límite para la entrega el 02.05.2016, al no considerar la fecha de recepción de la PECOSA, lo que le arrojaría un supuesto atraso por 39 días.

Posición de la Entidad

15. La Entidad sostiene que, en el contrato bajo análisis, se estableció un plazo de ejecución en doce (12) meses, así como un procedimiento para el plazo, lugar y condiciones de entrega del producto con condiciones diferenciadas para los casos de la primera entrega, las entregas sucesivas y una orden de compra atrasada. En esa línea, sostiene que:

- 15.1. El Contratista considera que se le remitió la Orden de Compra N° 134 el viernes 15 de abril de 2016, por lo que, de acuerdo al Formato N° 06 de las Bases, se tendría por recibida el día lunes 18 de abril de 2016, como día hábil siguiente, considerando con ello que se trataría de una Orden de Compra atrasada. También afirma que la PECOSA le fue entregada el 31 de mayo de 2016, por lo que computa el plazo de entrega desde la recepción de ambos documentos, lo que lo llevaría hasta el 15 de junio de 2016.

- 15.2. Sobre el tema, la Entidad sostiene que el Contrato N° 021-2016-CENARES suscrito con el Contratista tuvo por objeto la adquisición de los productos detallados en los ítems: N° 5, 23, 151, 153, 160, 168, 196, 223, 241, 268, 273, 279, 305, 306, 363, 364, 365 y 381, los que de acuerdo a lo establecido en la Cláusula Novena (9.1.1. y 9.3.2., 9.3.3., 9.3.4.) **debían ser entregados en diferentes lugares y plazos de acuerdo a sus condiciones.**

- 15.3. De los acápites 9.3.10 y 9.3.11 del Contrato se advertiría que existe una Orden de Compra atrasada (para la primera entrega) cuando ésta se notifica después del día 50 posterior a la firma del Contrato y que, en dicho caso, la entrega se deberá realizar en un plazo máximo de 15 días calendario de su recepción. Es decir, tratándose de la primera entrega, existirían dos situaciones que determinaban diferentes plazos de entrega:

- o **Órdenes de Compra emitidas dentro de los plazos establecidos** (50 días en caso de productos a entregarse en CENARES sede central y 40 días en caso de productos a entregarse en destino)

DISA/DIRESA/GERESA y demás unidades ejecutoras), el plazo de entrega era 60 días de suscrito el Contrato.

- o **Órdenes de Compra Atrasadas**, el plazo de entrega era de 15 días de notificada la Orden de Compra.

- 15.4. Con fecha 14.04.2016 se emite la O/C N° 134-2016 para la adquisición del producto Medroxiprogesterona Acetato 150mg iny. 1ml., correspondiente al ítem N° 273, que correspondía a la primera entrega (Mes N° 01) y de acuerdo al cuadro de distribución (Anexo N° 04 del contrato) tenía como puntos de destino tanto al Almacén Central de CENARES y las DISA, DIRESA y GERESAS a nivel nacional.

Dicha Orden fue notificada el 15.04.2016, considerándose como recibida el día hábil siguiente; es decir, **el 18.04.2016**.

- 15.5. Para el caso de entrega a destino diferente del almacén CENARES, la Orden de Compra se emitió en forma retrasada ya que se emite un día después de transcurrido el plazo límite de 40 días contados desde la suscripción del contrato, en consecuencia el producto debía entregarse a los 15 días de recepcionada la Orden de Compra, es decir hasta el 02 de mayo de 2016.

Sin embargo, el producto ingreso a las diversas DIRESAS entre los días 03 y 10 de junio de 2016, es decir con un retraso de 32 a 39 días, por lo que, se aplicaría una penalidad que asciende a S/. 1'371,249.75 (39 días de atraso). Sin embargo, de acuerdo al artículo 165° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, el límite es el 10% del monto contractual, es decir S/. 829,201.52.

- 15.6. La Entidad alega que el Contratista ha omitido informar que solicito una ampliación de plazo, con Carta N° 0374-2016-AVI-MIF, la que fue denegada. Es recién el 19 de mayo de 2016 que remite la Carta N° 00377-2016-AVI-MIF donde adjunta las actas de muestreo y los informes de ensayo del producto farmacéutico, a fin que se realicen las verificaciones de los lotes correspondientes.

En ese sentido, alega que el Contratista tenía conocimiento de lo señalado en el Contrato, sobre llevar a cabo las pruebas de control de calidad antes de que se ingresen los productos a almacenes, siendo que al 07 de mayo (fecha en que ya debía realizar la entrega en el almacén de CENARES) no contaba con los productos y el 09 de mayo menciona que tenía dificultades para completar el insumo necesario para iniciar la fabricación del producto, por lo que se le denegó la solicitud de ampliación de plazo, al existir una falta de diligencia del Contratista en la entregas en cada destino, no habiendo justificado su demora.

- 15.7. Por otro lado, de acuerdo con la Cláusula Novena del Contrato, la PECOSA debía entregarse hasta los 50 días calendarios contados a partir del día siguiente de la suscripción del contrato, es decir hasta el 27.04.2016. Sin embargo, para emitir la PECOSA, se debía realizar previamente la verificación de productos en los almacenes del Contratista para la entrega a destino, previamente el Contratista debía solicitarlo.
- 15.8. Es con Carta de N° 00377- 2016-AVI-MIF de fecha 19.05.2016, adjuntando las actas de muestreo y los informes de ensayo del producto, que el Contratista solicita a la Entidad que se apersona a sus almacenes para verificar del producto para la emisión de las PECOSAS, que debían describir los lotes, cantidades y puntos de destino.

En esa línea, el 27.05.2016, los representantes de la Entidad se acercaron a los almacenes del Contratista, para verificar los lotes a ser distribuidos a los diferentes destinos. Posteriormente, el Contratista se acerca el 31.05.2016 a la Entidad a recepcionar las Pecosas.

- 15.9. Con ello, la Entidad sostiene que queda clara la responsabilidad del Contratista en la demora en las entregas de las PECOSAS, siendo evidente que éstas no pudieran emitirse el 27.04.2016. En esa línea, reitera que la penalidad se impuso de acuerdo a los sustentos fácticos y contractuales válidos, acorde al artículo 165° del Reglamento, sancionándose el retraso en la ejecución de las prestaciones, máxime si el objeto de la contratación implica una eficiente y oportuna provisión de medicamentos en salvaguarda de la salud de la población.

Análisis específico y posición del Tribunal

16. Dicho todo lo anterior, es necesario tener en cuenta lo establecido en el artículo 165° del Reglamento aplicable al presente caso que, en su primer párrafo, establece lo siguiente:

“Artículo 165.- Penalidad por mora en la ejecución de la prestación

En caso de retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la Entidad le aplicará al contratista una penalidad por cada día de atraso, hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente o, de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse. Esta penalidad será deducida de los pagos a cuenta, del pago final o en la liquidación final; o si fuese necesario se cobrará del monto resultante de la ejecución de las garantías de fiel cumplimiento o por el monto diferencial de propuesta.

(...)”

(El subrayado es nuestro)

17. Como puede apreciarse, para que corresponde la aplicación de una penalidad por mora, no basta la simple constatación de la existencia de un atraso, sino que dicho atraso debe ser imputable al Contratista. Es decir, debe haberse producido por un hecho que estaba bajo su responsabilidad.

En esa línea, en nuestro análisis deberá determinarse si hubo o no un atraso en los plazos en los cuales debían entregarse los medicamentos contratados, materia de la citada Orden de Compra N° 134. En caso de verificarse dicho atraso, corresponderá determinar si este justificado o injustificado y, de este modo, determinar si correspondía o no la aplicación de la penalidad impuesta por la Entidad, que en este caso ha ascendido al 10% del monto total del Contrato.

18. Para tales efectos, el Contrato – que incluye no sólo el documento que lo contiene, sino también las Bases del procedimiento de selección, las especificaciones técnicas e incluso la propuesta del postor adjudicado, debe ser interpretado de modo sistemático, esto es como una consecuencia de su unidad lógica, en función del sentido del conjunto de las cláusulas pactadas.

Nuestro ordenamiento jurídico acoge este mecanismo de interpretación en el artículo 169 del Código Civil, en el que se establece que: *"Las cláusulas de los actos jurídicos se interpretan las unas por medio de las otras, atribuyéndose a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas"*. En su Exposición de Motivos se explica que: *"Se ha optado por un criterio de interpretación interdependiente o sistemático que no permite una interpretación aislada y excluye la posibilidad de que puedan alegarse pactos contradictorios, pues cada cláusula debe quedar enmarcada dentro del conjunto del acto jurídico y, por ello, para encontrar el sentido de cada cláusula es imprescindible encontrar el sentido de las demás."*²

19. Al respecto, en el Contrato bajo análisis y tal como lo han reconocido ambas partes, los acápites 9.3.3 y 9.3.4 de la Cláusula Novena del Contrato N° 021-2016-CENARES/MINSA establecen dos formas o modalidades para el Primer Entregable:

- La primera, es la contemplada en el acápite 9.3.3. del Contrato, que establece que *"Para la realización de la primera entrega, es necesario que la Unidad Ejecutora envíe a EL CONTRATISTA la orden de compra correspondiente"*. Esta debía ser remitida al Contratista con una antelación no menor a los diez (10) días previos al plazo de entrega previsto, ascendente a los sesenta (60) días calendario.

 En este caso la entrega de la prestación debe realizarse dentro del plazo de 60 días calendarios siguientes a la suscripción del contrato. Es decir, de 

² Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios. Tomo VI. Op. Cit., pp. 297 y 298.

producirse la entrega de la Orden de Compra de modo oportuno, no había modificación o afectación alguna al plazo de entrega inicialmente establecido.

- La segunda, es la contemplada en el acápite 9.3.4 del Contrato, que establece que, para el caso de los productos farmacéuticos adjudicados a la CENARES (Ex-DARES) y en tanto se trate de entregas o destinos distintos a su propio almacén, debía remitirse la Orden de Compra dentro de los cuarenta (40) días calendario siguientes de suscrito el Contrato y, la respectiva PECOSA, dentro de los cincuenta (50) días calendario de tal suscripción contractual.
20. Según la posición del Contratista, el plazo de entrega debía computarse tanto luego de la entrega de la Orden de Compra, como de la PECOSA, mientras que para la Entidad, sólo desde la remisión de la primera de las nombradas. De ahí la diferencia de ambas partes, en el inicio de la fecha de cómputo del plazo para la entrega de los productos contratados.
21. Corresponde entonces determinar cuál era el inicio del plazo contractual y, para la entrega de la primera entrega del contrato y si, como condición para su inicio, se requería o no de la remisión de la Orden de Servicio como de la PECOSA. Para tales efectos, debe tenerse en cuenta lo establecido en la Cláusula Novena del contrato bajo análisis.
22. Dicha Cláusula Novena, en estricto, es la repetición de las condiciones para el inicio del plazo de entrega previsto en el folio 42 de las Bases de la Licitación Pública por Subasta Inversa Presencial N° 15-2015.ARES/MINSA, numeral 1.11 del Capítulo I Generalidades, igualmente previsto en el numeral 4.3 Capítulo III Especificaciones Técnicas (folio 63) numeral 4.3, así como en el numeral 9.3 de la Cláusula Novena de la proforma de contrato (folio 81) de las mismas Bases del proceso.

En todas las disposiciones mencionadas, se establecen similares condiciones para el inicio del plazo de entrega, efectuéndose un tratamiento especial para la primera de ellas. De modo específico, para las entregas que tenían como destino almacenes distintos al de DARES se hacía mención conjunta, tanto a la entrega de la Orden de Compra como a la entrega de la PECOSA.

23. Queda claro entonces que la mención a la entrega conjunta de la Orden de Compra y la PECOSA, se efectúa en una cláusula que regula el inicio del plazo del contrato, no así un procedimiento de conformidad, entrega, pago o de cualquier otra índole.

Siendo una cláusula de inicio de plazo contractual, queda claro que la mención a la PECOSA en ella, no está referida a un procedimiento de verificación o revisión de la calidad del producto, como se infiere de la posición esgrimida por la Entidad.

24. En esa línea con lo anterior, cabe preguntarnos ¿Era la PECOSA un requisito para el inicio del plazo de entrega del primer entregable?; recordemos lo establecido en el numeral 9.3.4 de la Cláusula Novena que, a la letra, establece lo siguiente:

PRIMERA ENTREGA:

"(...)

9.3.4. *Para el caso de los productos farmacéuticos adjudicados a la CENARES (Ex-DARES), esta deberá entregar la respectiva orden de compra hasta los 40 días calendarios contados a partir del día siguiente de suscrito el contrato y la respectiva PECOSA hasta los 50 días calendarios contados a partir del día siguiente de suscrito el contrato, cuando se trate de entrega a destino diferente al de su propio almacén.*

(...)"

(El subrayado es nuestro)

25. Como hemos mencionado, el citado párrafo la Cláusula Novena, regula en estricto el plazo para la primera entrega, cuando el producto adquirido por CENARES tenga como destino un lugar distinto al de su almacén. En este caso, se menciona de modo conjunto, tanto la entrega de la orden de compra como la PECOSA. ¿Qué implica dicha mención conjunta?
26. Veamos el mencionado párrafo 9.3.4 en su conjunto: Es parte del acápite 9.3 de la Cláusula Novena denominada "Plazo de entrega", el mismo que describe una serie de supuestos, todos ellos relacionados con el plazo en el cual deberá entregarse el producto contratado. Al referirse a las unidades que deberán entregarse en un lugar distinto al almacén de DARES, es claro que le corresponde remitir – como parte de dicho procedimiento de activación del plazo, de dos documentos: la orden de compra y la PECOSA.

Nótese en este sentido que la mención es conjuntiva, utilizando el conector "Y"; es decir, que se requiere de ambos documentos. Así, es obligación de la Entidad entregar, una vez suscrito el contrato la orden de compra hasta el cuarentaavo día calendario y la PECOSA hasta el cincuentaavo. El texto del contrato –y específicamente del mandato precitado – no aporta mayores elementos de juicio ni establece un condicionamiento por una eventual demora o hecho atribuible al Contratista, que pueda haber generado una demora en la emisión de dicha PECOSA.

27. El documento denominado "Pedido de comprobante de salida" o simplemente PECOSA es un documento que se emite en el marco del Sistema Nacional de Abastecimiento, que tiene como objeto sustentar el registro contable por la salida de bienes del Almacén. Todos los bienes se deben entregar mediante la PECOSA respectiva, por ser un documento

que acredita la salida del bien del almacén municipal, en optimas condiciones para ser usado por el área usuaria solicitante³.

28. Es claro, que la posición de la Entidad parte de atribuir responsabilidad al Contratista en la demora de la emisión de la PECOSA, tal como se ha detallado extensamente en los antecedentes de este Laudo Arbitral. Siguiendo esa lógica, si el Contratista ha participado en los hechos que dieron lugar a una emisión y notificación retardada del documento de gestión que permitiría la remisión de los bienes a lugares distintos al almacén central de la Entidad, le correspondería asumir las consecuencias de dicha demora.

29. Este Tribunal Arbitral no comparte dicha posición. Para ello, se tiene en cuenta lo siguiente:

29.1. En los contratos administrativos no puede negarse que existe una preeminencia de la parte estatal, que establece las condiciones de la convocatoria, los requerimientos técnicos mínimos y las propias Bases integradas a las que debe someterse todo postor que desee optar por la Buena Pro del proceso de selección convocado. No obstante, aún bajo dicho marco, existen garantías o normas mínimas de protección para la parte privada, como lo vienen a ser los silencios positivos, la solución vía arbitral de las potenciales controversias entre las partes y, la propia presunción de licitud de los actos de la Administración, de modo tal que emitidos estos, el Contratista pueda tener la relativa certeza de su validez y permanencia en el tiempo.

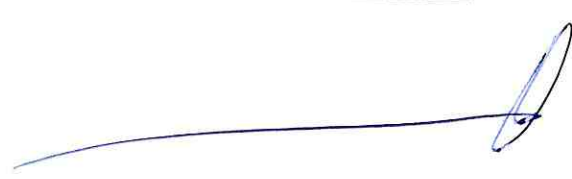
29.2. Bajo esa línea, las cláusulas del contrato tienen una doble función, por un lado, velar por el adecuado uso de los recursos públicos, pero por otro, otorgar la suficiente predictibilidad del contratista, que le permita conocer los alcances de sus obligaciones y prerrogativas, así como de las potenciales consecuencias económicas de sus actos. De este modo, en caso de existir vacíos o inconsistencias o imprecisiones en tales cláusulas contractuales redactadas por la parte estatal, estas no podría exigir obligaciones o aplicar consecuencias a su contraparte, que no nacen claramente de su texto.

29.3. Sobre dicho tema, no puede dejarse de lado que el régimen de penalidades establecido en el artículo 165° del Reglamento, establece una sanción o consecuencia económica en detrimento del Contratista, cuando se concurren dos supuestos: Que exista un atraso y que este atraso sea injustificado. En dicho escenario, se afectará el patrimonio del


³ A manera de ejemplo puede revisarse la información publicada en el portal de la Presidencia del Consejo de Ministros de la República del Perú, que puede descargarse del siguiente link:

https://municipioaldia.com/consultas-frecuentes/consulta_frecuente_90091034/





Contratista mediante la aplicación de una medida económica que podría alcanzar incluso el 10% del monto del contrato, conforme a una fórmula preestablecida en el mismo artículo.

29.4. De este modo, sin perjuicio de la mayor o menor relevancia de la participación de un contratista para la elaboración de la PECOSA (como podría ser también para la emisión de la orden de servicio), no existe de modo específico disposición contractual que autorice a la Entidad a suspender el plazo para la emisión de la PECOSA por un hecho atribuible a su contraparte, ni que bajo cualquier otra forma la releve del papel que le corresponde en su propia emisión.

29.5. Por el contrario, más allá de la mayor o menor razonabilidad de condicionar la entrega de la PECOSA como parte del plazo para la entrega del producto (el que de acuerdo a la información que obra pro el expediente debía ser distribuido por el Contratista), el hecho es que expresamente se ha incorporado a dicho documento como uno de los dos que deben ser emitidos por la Entidad, como parte del inicio del plazo contractual.

En esa línea, ha sido el propio Contrato el que ha incorporado a la PECOSA como uno de los documentos que debían ser entregados al Contratista, dentro del trámite del inicio del plazo de entrega, cuando los bienes tenían un destino distinto al del almacén central de CENARES.

29.6. Si la Entidad hubiera previsto una entrega general en su almacén central podría haber condicionado el inicio del plazo únicamente a la entrega de la orden de compra, lo que no ha sido el caso. Del mismo modo, si hubiera diferenciado una obligación principal (entrega en almacén central) y una accesoria posterior (distribución en cada unidad desconcentrada), podría haber establecido plazos u obligaciones diferentes, pero no ha sido el caso.

Siendo la distribución final del producto el resultado final que determina el cumplimiento o incumplimiento del Contratista, estamos ante un plazo único, lo que ratifica la literalidad del elemento conjuntivo utilizado al exigir en el mencionado párrafo 9.3.4 tanto la emisión y notificación de la orden de compra, como de la PECOSA.

29.7. Así las cosas, para que corresponda aplicar una penalidad debe existir, en primer lugar, un atraso. Dicho atraso debe evidenciarse necesariamente de lo establecido en el Contrato, siendo que en el caso que nos ocupa, su inicio se hallaba condicionado a la emisión de los siguientes documentos:

- o Emisión y notificación de la orden de compra, cuando el destino final era el almacén central de la Entidad. El contrato expresamente señal

que, en caso de atraso en su remisión, el plazo de entrega era de quince (15) días desde la fecha de cómputo de la notificación.

- o Emisión y notificación de la orden de compra y de la PECOSA cuando el destino final era una dependencia distinta.

Si bien el Contrato no señala expresamente las consecuencias en el atraso de dicha PECOSA, siendo que debía emitirse dentro de los primeros cincuenta (50) días de suscrito el Contrato y la primera entrega estaba prevista para el día sesenta (60), se puede inferir de modo meridiano, que el retraso en su notificación, extendía en todos los casos en quince (15) días el plazo de entrega, pues existiendo misma razón respecto de las consecuencias en el retraso en la entrega de las órdenes de compra, corresponde aplicar el mismo derecho.

- 29.8. Dicho todo lo anterior, tal como lo han señalado ambas partes, las respectivas PECOSAS fueron notificadas al Contratista el 31 de mayo de 2016. Siguiendo lo dicho por la Entidad, el producto fue entregado en sus diversas dependencias entre el 3 y 10 de junio del mismo año, por lo que se habría remitido dentro de los mencionados quince (15) días analizados.

En consecuencia, no existiría retraso en la entrega de los productos que tenían como destino ubicaciones distintas al propio almacén de CENARES.

- 29.9. Finalmente, cabe hacer referencia a lo sustentado por la Entidad en cuanto refiere que el propio Contratista habría sido conciente de su atraso al solicitar una ampliación de plazo por problemas en su proceso productivo.

Como bien sabemos, el pedido de ampliación de plazo corresponde a un derecho del Contratista, por el que este pretende que la duración del contrato inicialmente planteada en un plazo X, sea extendida en un nuevo plazo que será X+Y. No se requiere para su interposición que exista un plazo ya vencido o por vencer, pudiendo tratarse únicamente de una previsión; mucho menos implica el reconocimiento de un atraso o una responsabilidad por dicho eventual atraso.

30. Habiéndose determinado que la PECOSA era parte de los documentos con los que debía contar el Contratista para el inicio del plazo de entrega del primer entregable, queda claro que no podía aplicarse penalidad alguna a las entregas que el Contratista hizo en lugares distintos al propio almacén de CENARES, las mismas que según el propio dicho de la Entidad, se habrían producido entre el 3 y el 10 de junio de 2016.

31. Ahora bien, se advierte que la Entidad no aplicó la penalidad por mora por tramos o lotes, como tampoco las identificó por los diversos destinos que hubiesen tenido los respectivos productos, sino como un todo en su conjunto; es decir, ha tenido como punto de análisis la Orden de Compra 134 en su integridad, la que como hemos visto – al incluir entregas en lugares distintos al propio almacén central del DARES, tenía como fecha última el 15 de junio de 2016, es decir, quince días calendario posteriores a la entrega de las mencionadas PECOSAS.

De este modo, no existen elementos de juicio con los que cuente este Tribunal Arbitral para diferenciar donde la propia parte que ha emitido el acto cuya validez se analiza, no lo ha hecho, más aún si esto no ha sido solicitado vía reconvencción.

32. Conforme todo lo anterior, este Tribunal Arbitral considera que han existido vicios en la aplicación de la penalidad por mora respecto de la primera entrega del producto material Contrato, esto es respecto de la Orden de Compra N° 134, correspondiendo dejar sin efecto la aplicación de la penalidad dispuesta por la Entidad, por lo que debe dejarse sin efecto su imposición, ordenando la devolución del monto retenido por la Entidad a favor del Contratista.
33. En cuanto al reconocimiento de intereses legales, el artículo 48° de la Ley de Contrataciones del Estado establece que, en caso de atraso en el pago por parte de la Entidad, salvo que se deba a caso fortuito o fuerza mayor, ésta reconocerá al contratista los intereses legales correspondientes. En este sentido, la devolución que se efectúe deberá computarse desde la fecha de requerimiento de pago, lo que en este caso está constituida por la fecha en la cual el Contratista solicitó su solicitud de arbitraje, hasta la fecha efectiva de pago.
34. Conforme todo lo anterior, respecto de las dos pretensiones bajo análisis, cabe resolver lo siguiente:

FUNDADA la primera pretensión de la demanda y, por su efecto, deje sin efecto la penalidad dispuesta por CENARES respecto del primer entregable materia de la Orden de Compra N° 134, ascendente a la suma de S/ 829,201.52, impuesta a MEDIFARMA S.A.

FUNDADA la primera pretensión accesorio a la Primera Pretensión Principal de la demanda y, por su efecto, cumpla CENARES con hacer devolución de la penalidad deducida a través de la Nota de Débito N° 001-001105 de fecha 02.12.2016 por el monto de S/ 829,201.52 (ochocientos veinte nueve mil doscientos uno y 52/100 soles) de la Contraprestación vinculada a la Orden de Compra N° 134, más los intereses legales contados a partir de la fecha de presentación de la solicitud arbitral, hasta la fecha efectiva de pago.

Sobre la eventual compensación del monto impuesto vía penalidad con otros atrasos por mora eventualmente incurridos por el Contratista

35. Corresponde al tercer punto controvertido, que es la Pretensión en reconvención de la Entidad, planteada en los siguientes términos:

Tercer Punto Controvertido

"En el supuesto que se disponga la devolución de la penalidad deducida por el monto de S/ 829,201.52; determinar si corresponde o no que se aplique dicho monto a las penalidades impuestas respecto de la segunda, tercero y cuarta entrega del contrato".

36. Para tales efectos, la Entidad sostiene que en el Contrato, luego del que diera motivo a la aplicación de la máxima penalidad por mora, se han venido produciendo retrasos en las siguientes entregas (segunda, tercera y cuarta entrega del Contrato N° 021-2016-CENARES/MINSA), a las que no se ha podido penalizar por haberse acumulado penalidades por el 10% del monto del contrato, solo con la primera entrega. Ello le generaría daños y perjuicios no sólo a la Entidad, a las unidades y al público, al no ser abastecidos de medicamentos oportunamente,
37. El Contratista, por su parte sostiene que la Entidad en los hechos es una pretensión accesoria a la pretensión principal del propio demandante, pues se activaría en caso aquella fuera declarada fundada, en cuyo caso la penalidad ya impuesta se trasladaría a las siguientes entregas.

Al respecto, sostiene que esta pretensión sería contraria al principio de legalidad, pues pese a las condiciones establecidas en el Art. 165° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, pues el traslado de una pretendida penalidad a otros supuestos de retraso en la entrega, vulneraría el debido procedimiento ya que trae a la controversia supuestas discrepancias ajenas al proceso arbitral.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

38. Sobre el tema, tal como ya se ha referido, el artículo 165° del Reglamento establece que se aplicará penalidad por mora en los supuestos en los cuales se produzca un atraso justificado, siempre que dicho retraso sea injustificado, es decir, imputable al Contratista, bajo una fórmula preestablecida prevista en la misma norma.

En el caso de entregas periódicas, dicha penalidad podrá ser aplicada por tramos, lotes o sección, atendiendo a la individualización posible respecto del producto entregado en exceso del plazo previsto para ello.

39. En línea con lo anterior, resulta posible determinar atrasos y aplicar penalidades por tales atrasos en contratos de suministro que tengan dos o más entregas, como es el presente caso.

40. Sin embargo, la imputación de atraso debe ser cierta, efectiva y clara, a fin de que la parte eventualmente afectada pueda ejercer su correspondiente derecho de defensa y, eventualmente, sustentar el carácter justificado o no del eventual atraso.

41. Dicho lo anterior, en tanto no se agote el máximo posible de penalizar, es decir el 10% del monto total del Contrato, en un contrato de suministro o sujeto a entregas periódicas, como es el que nos ocupa, es posible que la Entidad le imponga al Contratista nuevas o sucesivas penalidades por mora, en tanto no se llegue al monto máximo mencionado.

Al haber quedado sin efecto la penalidad impuesta respecto del primer entregable del Contrato, dicha posibilidad se mantiene expedita para la Entidad, en tanto aún no se ha producido la liquidación del Contrato.

42. Sin embargo, a fin de que proceda la aplicación de una penalidad por mora, debe identificarse el número total de días atrasados, por cada uno de los entregables en los que se pretendería su aplicación. En esa línea, una pretensión – ya sea vía demanda o reconvención – debe contar con un contenido cierto, es decir una pretensión cierta que resuelve una controversia de derecho que evidencia diferencia de posición entre las partes.

Por el contrario, no puede circunscribirse a una repetición de la norma positiva carente de elemento dudoso o controvertido, en este caso lo regulado en el artículo 165° en tanto señala que siempre que exista un atraso injustificado del Contratista, corresponderá la aplicación de una penalidad por mora, hasta por el 10% del monto del Contrato, según la fórmula establecida en dicho dispositivo.

43. Dicho lo anterior, en su reconvención, la Entidad debió identificar de modo específico los días de atraso cuya responsabilidad le imputa al Contratista, a fin de determinar si en verdad existen tales supuestos de penalidad por mora. Caso contrario, se afecta la posibilidad de defensa de la parte imputada.

44. En este sentido, no deben confundirse los efectos de una pretensión declarativa, con los de una que tenga únicamente un contenido genérico. Las primeras resuelven un aspecto controvertido entre las partes, cuya decisión condicionará las relaciones posteriores para las partes; solo a manera de ejemplo, si se determinase como causa justificada de un atraso la falta de un protocolo de prueba que debió ser actuado por un tercero,

para los demás casos del mismo contrato deberá resolverse en ese mismo sentido, pues con dicha situación una decisión que podía ser interpretada en un único sentido o en otro, tiene ahora una interpretación ya declarada.

Por el contrario, sólo estaríamos ante una pretensión genérica, si al resolverse no existe materia controvertida decidida, por ejemplo, si se pidiese que el Tribunal resuelva que el artículo 142º establece un orden de prelación o que el artículo 165º señala que habrá penalidad por mora en caso de retraso injustificado. La decisión no evitaría una discusión específica, pues aun falta el hecho o conflicto que le de contenido a la diferencia de posiciones a discutir, como ya se ha explicado anteriormente.

45. En tal sentido, a la fecha no existen los elementos para amparar la pretensión planteada por la Entidad, al no haberse identificado los elementos específicos por los que habría que declarar la aplicación de penalidades por mora específica, labor que corresponde a la propia Entidad, Más aun, la propia pretensión plantea que, en caso se ampare la devolución de la penaidad por el primer entregable, dicho monto se aplique a las penalidades impuestas respecto a los siguientes entregables (segundo al cuarto), siendo que en estricto no ha habido penalidad alguna impuesta aun en tales tramos.

46. Conforme todo lo anterior, cabe resolver lo siguiente:

*Declarar **IMPROCEDENTE** la pretensión vía reconvencción planteada por CENARES, respecto de la aplicación de la penalidad por el monto de S/ 829,201.52 a las penalidades impuestas respecto de la segunda, tercero y cuarta entrega del contrato, conforme lo expuesto en la parte considerativa del presente Laudo Arbitral.*

Sobre las costas y costos procesales

47. En relación a las costas y costos, los artículos 56, 69, 70 y 73 de la LEY DE ARBITRAJE, disponen que los árbitros se pronunciará en el laudo sobre los costos del arbitraje, teniendo presente, de ser el caso, lo pactado en el convenio, y que si el convenio no contiene pacto alguno, los árbitros se pronunciará en el laudo sobre su condena o exoneración, teniendo en cuenta el resultado o sentido del mismo. Si no hubiera condena, cada parte cubrirá sus gastos y los que sean comunes en iguales proporciones.

48. Al respecto, los costos incluyen, pero no se limitan, a las retribuciones de los árbitros y de los abogados de las partes; y, en su caso, la retribución a la institución arbitral o secretaría arbitral.

49. En este sentido, el Tribunal Arbitral ha apreciado durante la prosecución del proceso que ambas partes han actuado, finalmente, basadas en la existencia de razones para litigar que a su criterio resultan atendibles, y que

por ello, han litigado honestamente y convencidas de sus posiciones ante la controversia.

50. Por consiguiente, aún cuando como parte del presente proceso arbitral se ha determinado la devolución de la penalidad impuesta al Contratista por el primer entregable del contrato materia de la Orden de Servicio N° 134, considera que no corresponde condenar a ninguna de ellas al pago exclusivo de los gastos del proceso arbitral, y en consecuencia, resulta conforme que cada parte asuma la porción que les corresponde, por lo que la pretensión planteada por el Contratista en este extremo deviene en IMPROCEDENTE.

Por las razones expuestas para decidir sobre cada una de las pretensiones expuestas, actuadas y examinadas cada una de las pruebas presentadas por las partes, de conformidad con las disposiciones establecidas en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, el Tribunal Arbitral en DERECHO:

LAUDA:

PRIMERO: FUNDADA la primera pretensión de la demanda y, por su efecto, deje sin efecto la penalidad dispuesta por CENARES respecto del primer entregable materia de la Orden de Compra N° 134, ascendente a la suma de S/ 829,201.52, impuesta a MEDIFARMA S.A.

SEGUNDO: FUNDADA la primera pretensión accesorio a la Primera Pretensión Principal de la demanda y, por su efecto, cumpla CENARES con hacer devolución a MEDIFARMA S.A. de la penalidad deducida a través de la Nota de Débito N° 001-001105 de fecha 02.12.2016 por el monto de S/ 829,201.52 (ochocientos veinte nueve mil doscientos uno y 52/100 soles) de la Contraprestación vinculada a la Orden de Compra N° 134, más los intereses legales contados a partir de la fecha de presentación de la solicitud arbitral, hasta la fecha efectiva de pago.

TERCERO: IMPROCEDENTE la pretensión vía reconvencción planteada por CENARES, respecto de la aplicación de la penalidad por el monto de S/ 829,201.52 a las penalidades impuestas respecto de la segunda, tercero y cuarta entrega del contrato, conforme lo expuesto en la parte considerativa del presente Laudo Arbitral.

CUARTO: ORDENAR que cada parte asuma sus propios costos incurridos en el presente proceso arbitral y, en partes iguales, los honorarios del Tribunal Arbitral y Secretaría Arbitral y, en consecuencia, declárese **IMPROCEDENTE** la segunda pretensión principal del Contratista, en cuanto planteaba la condena de costos procesales a CENARES.

QUINTO: ESTABLECER los honorarios del Tribunal Arbitral y de la Secretaría Arbitral en los montos previamente establecidos.

SEXTO: DISPONER que la Secretaría Arbitral cumpla con notificar el presente Laudo Arbitral a las partes, dentro del plazo legal establecido, encargándosele asimismo la custodia del expediente arbitral por el plazo legal establecido en las normas aplicables al presente caso.

SÉPTIMO: PROCEDA el Presidente del Tribunal a notificar y publicar el presente Laudo en el SEACE.

En caso exista limitaciones tecnológicas u otras para la publicación del presente Laudo en el SEACE, a solicitud simple del Presidente del Tribunal la Secretaria Arbitral deberá requerir ante el Director del SEACE la publicación del presente laudo en el SEACE, para cuyo efecto cuenta desde este momento con la expresa autorización del Presidente del Tribunal Arbitral, siendo responsabilidad del Director del SEACE procurar el efectivo cumplimiento de dicho requerimiento, dentro del plazo máximo de 10 días hábiles contado desde el día siguiente de su recepción, debiendo dar cuenta de ello a este Tribunal Arbitral, en el mismo plazo.

QUINTO: NOTIFIQUESE un ejemplar del presente Laudo Arbitral a ambas partes y regístrese el mismo en el portal del SEACE.



MARCO ANTONIO MARTINEZ ZAMORA
PRESIDENTE DEL TRIBUNAL



RAMIRO RIVERA REYES
ÁRBITRO



JORGE HERIBERTO DE LA ROSA RUIZ
ÁRBITRO



Silvia Tacanga Masencia
Secretaria Arbitral