

PROCURADURIA

De: Gloria Palacios <gm.palacios.h@gmail.com>
Enviado el: miércoles, 4 de agosto de 2021 15:09
Para: PROCURADURIA; procuraduriapublicaminsa@gmail.com; daniel.pp.minsa@gmail.com; DIANA MERINO OBREGON; MTAKAYESU68@GMAIL.COM; gapestegui@medifarma.com.pe; Ricardo Gálvez; karina tame
CC: Fernando Cauvi; Fernando Cauvi; Paolo del Aguila; Roberto Carlos Benavides Pontex
Asunto: Notifico Resolución N° 14 - Laudo Arbitral - MEDIFARMA -CENARES
Datos adjuntos: Exp23-18VF Laudo Arbitral Medifarma vs. Cenares (03.08.2021).pdf

Estimados señores abogados,
Por encargo del Tribunal Arbitral del caso 23-2018 cumplo con remitir lo siguiente:
Resolución N° 14 - Laudo Arbitral, de fecha 2 de agosto de 2021 (29 páginas)

Agradecere acusar recibo del presente correo electrónico.

Atentamente,
Gloria Palacios Honorio

**ARBITRAJE BAJO LA ADMINISTRACIÓN Y REGLAMENTOS DEL
CENTRO DE ARBITRAJE DEL
ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE LIMA**

CASO ARBITRAL N° 23-2018

MEDIFARMA S.A.

(En adelante, MEDIFARMA, el Contratista o el Demandante)

C.

**Centro Nacional de Abastecimiento de Recursos Estratégicos en Salud -
CENARES**

(En adelante, CENARES, la Entidad o la Demandada)

Laudo Arbitral

Tribunal Arbitral

Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio

Fernando Cauvi Abadía

Roberto Benavides Pontex

Secretaria Arbitral

Gloria Palacios Honorio

Lima, 3 de agosto de 2021

*Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:
Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio
Fernando Cauvi Abadía
Roberto Benavides Pontex*

*Partes del Arbitraje:
Medifarma S.A.
C.
CENARES*

TABLA DE CONTENIDO

I. RELACIÓN CONTRACTUAL Y EL CONVENIO ARBITRAL	3
II. DESIGNACIÓN DE TRIBUNAL ARBITRAL Y REGLAS DEL PROCESO. 4	
III. DESARROLLO DEL ARBITRAJE.....	5
IV. CONSIDERACIONES INICIALES DEL TRIBUNAL ARBITRAL	7
V. ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS	9
VI. DECISIÓN	28

Resolución N° 14

En Lima, a los 3 días del mes de agosto de 2021, luego de haberse realizado las actuaciones arbitrales de conformidad con la ley y las normas establecidas por las partes, escuchado los argumentos sometidos a su consideración, y analizado las pretensiones planteadas y medios de prueba ofrecidos en la demanda, contestación de la demanda y escritos posteriores, el Tribunal Arbitral dicta el siguiente laudo, en derecho y dentro del plazo establecido, para poner fin a la controversia planteada:

I. RELACIÓN CONTRACTUAL Y EL CONVENIO ARBITRAL.

1. El 11 de octubre de 2017, las partes celebraron el Contrato N° 65-2017-CENARES/MINSA para la “Adquisición de Etambutol 400 MG Tableta” (en adelante, el Contrato).
2. En la Cláusula Vigésima Segunda del Contrato se pactó el convenio arbitral el cual consta del siguiente tenor:

“CLAÚSULA VIGÉSIMA SEGUNDA: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

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

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

*El arbitraje será institucional y resuelto por TRIBUNAL ARBITRAL CONFORMDO POR TRES (3) ÁRBITROS. **EL CENARES** y **EL CONTRATISTA** proponen la siguiente institución arbitral:*

- *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, y el numeral 6.6 de la Directiva “Procedimiento de Selección de Subasta inversa Electrónica”, 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 numeral 45.8 del artículo 45 de la Ley de Contrataciones del Estado.”

II. DESIGNACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL Y REGLAS DEL PROCESO.

3. Los miembros del Tribunal Arbitral a través de la Resolución N° 1 del 10 de agosto de 2020 declararon haber sido debidamente designados conforme lo establecido en el convenio arbitral contenido en la Cláusula Vigésima Segunda del Contrato.
4. Adicionalmente, por la mencionada Resolución N° 1 se fijaron las reglas del arbitraje, otorgando a las partes el plazo de tres (3) días hábiles para confirmar las referidas reglas; siendo que por Resolución N° 6 del 5 de

noviembre de 2020 se dispuso sobrecartar a MEDIFARMA las Resoluciones N° 1, 2 y 3 y por Resolución N° 8 del 4 de febrero de 2021 se declararon firmes las reglas del proceso.

5. Asimismo, se estableció que el presente arbitraje sería uno institucional y de derecho, y se regiría de conformidad con el convenio arbitral y la ley peruana.

III. DESARROLLO DEL ARBITRAJE.

6. Mediante escrito presentado el 9 de febrero de 2021, el Contratista presentó su demanda arbitral, señalando las siguientes pretensiones:

“PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL: *Que el Tribunal Arbitral deje sin efecto la indebida aplicación de la penalidad por mora por la suma de S/. 22,113.64, en la entrega correspondiente a la Orden de Compra N° 000118-2018 (Contrato N° 65-2017-CENARES/MINSA) por supuesto retraso injustificado de la segunda entrega del producto farmacéutico.*

PRIMERA PRETENSIÓN ACCESORIA A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL: *Que, en caso de declararse fundada la primera pretensión principal, solicitamos se ordene a la Entidad que devuelva a nuestra representada, por concepto de contraprestación retenida indebidamente, la suma de S/. 22,113.64, más intereses legales que corresponda.*

SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL: *Que los gastos arbitrales que originen el presente proceso arbitral sean cubiertos por la Entidad, en su totalidad”*

7. Mediante la Resolución N° 9 de fecha 15 de febrero de 2021 se admitió a trámite la demanda y se corrió traslado de ésta a la Entidad para que la conteste.
8. Al respecto, mediante Resolución N° 10 del 24 de marzo de 2021, se dejó constancia que la Entidad no contestó la demanda, por lo que, se le declaró parte renuente. Asimismo, se determinaron los puntos controvertidos, se admitieron los medios probatorios, y se citó a las partes a la Audiencia de Ilustración para el 6 de abril de 2021.
9. En la precitada Resolución N° 10 se establecieron los puntos controvertidos del presente arbitraje, de la manera siguiente:

Primero: *Establecer si corresponde dejar sin efecto la aplicación de la penalidad por la suma de S/. 22,113.64, en la entrega correspondiente a la Orden de Compra N° 000118-2018 (Contrato N° 65-2017-Cenares/Minsa) por supuesto retraso injustificado de la segunda entrega del producto farmacéutico.*

Segundo: *Determinar si corresponde ordenar a CENARES que devuelva a MEDIFARMA la suma de S/. 22,113.64, más intereses legales, por concepto de contraprestación retenida.*

Tercero: *Determinar a quién y en qué proporción corresponde asumir los gastos arbitrales del presente proceso.*

10. En vista del pedido de reprogramación formulado por la Entidad, con fecha 19 de abril de 2021, se realizó la Audiencia de Ilustración, otorgando a las partes la oportunidad de exponer, oralmente, los hechos relevantes del caso y el sustento fáctico de sus posiciones. En dicho acto, se declaró la

conclusión de la etapa probatoria, y se otorgó a las partes un plazo de diez (10) días hábiles para que presenten sus alegatos.

11. Finalmente, por Resolución N° 12 del 5 de mayo de 2021 se tuvo presente los alegatos presentados por ambas partes, se prescindió de la realización de la audiencia de informes orales, y se estableció el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles, plazo que fue prorrogado por treinta (30) días hábiles adicionales, a través de la Resolución N° 13, el mismo que vencerá el 4 de agosto de 2021.

IV. CONSIDERACIONES INICIALES DEL TRIBUNAL ARBITRAL.

Marco legal aplicable para resolver la presente controversia

12. El Tribunal Arbitral considera necesario precisar que resolverá de acuerdo a las reglas establecidas en derecho, y se regirá de acuerdo al Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225 - Ley de Contrataciones del Estado (en adelante, la Ley) y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 344-2018-EF (en adelante, el Reglamento); y, en forma supletoria, regirán las normas contenidas en el Decreto Legislativo N° 1071, Ley que norma el arbitraje en el país (en adelante, Ley de Arbitraje).

13. Así también, en caso de discrepancias de interpretación, deficiencia o vacío existente en las normas que anteceden, el Tribunal Arbitral queda facultado para suplirlas a su discreción, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 34 de la Ley de Arbitraje.

Cuestiones preliminares a tener en cuenta

14. Antes de analizar la materia controvertida, el Tribunal Arbitral estima oportuno dejar constancia de lo siguiente:

- a. EL Tribunal Arbitral fue designado de conformidad con lo establecido en el convenio arbitral suscrito entre las partes, así como al amparo de la normativa vigente al tiempo de las relaciones contractuales.
- b. Los hechos a los que se refiere el análisis del caso son los establecidos en los Antecedentes, en concordancia con la información que obra en los actuados del proceso, así como los que se mencionan en los demás acápite del presente Laudo.
- c. Ni el Contratista ni la Entidad recusaron a los miembros del Tribunal Arbitral. Tampoco impugnaron las disposiciones de procedimiento dispuestas en la Resolución N° 1 y declaradas firmes en la Resolución N° 8.
- d. El Contratista presentó su demanda dentro de los plazos dispuestos. Por su parte, la Entidad fue debidamente emplazada con dicha demanda; otorgándole el plazo respectivo para que la conteste, sin que hubiera presentado su contestación, por lo que, mediante Resolución N° 10 del 24 de marzo de 2021 se declaró como parte renuente.
- e. Ambas partes tuvieron plena libertad para ofrecer y actuar todos los medios probatorios que consideraron pertinentes, así como para expresar sus posiciones de hecho y de defensa sin limitación alguna, habiendo tenido la oportunidad de presentar sus alegatos escritos y de sustentar su posición oralmente ante el Tribunal Arbitral.

- f. El Tribunal Arbitral deja constancia que ha analizado todos los argumentos de defensa expuestos por las partes y examinado las pruebas presentadas por éstas de acuerdo a las reglas de la sana crítica y al principio de libre valoración de la prueba recogido en el artículo 43° de la Ley de Arbitraje, y que el sentido de su decisión es el resultado de ese análisis y de su convicción sobre la controversia, al margen que algunas de las pruebas presentadas o actuadas, y algunos de los argumentos esgrimidos por las partes, no hayan sido expresamente citados en el presente laudo.
- g. El Tribunal Arbitral, dentro del plazo establecido de común acuerdo por ambas partes, procede a emitir el correspondiente Laudo.

V. ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS.

Primer punto controvertido: Establecer si corresponde dejar sin efecto la aplicación de la penalidad por la suma de S/ 22,113.64, en la entrega correspondiente a la Orden de Compra N° 000118-2018 (Contrato N° 65-2017-Cenares/Minsa) por supuesto retraso injustificado de la segunda entrega del producto farmacéutico.

Segundo punto controvertido: Determinar si corresponde ordenar a CENARES que devuelva a MEDIFARMA la suma de S/ 22,113.64, más intereses legales, por concepto de contraprestación retenida.

15. El Tribunal Arbitral considera que, en tanto la primera pretensión principal demandada y su accesoria que derivan en el primer y segundo puntos controvertidos, corresponde tratarlos de manera conjunta.

Posición del Contratista:

16. MEDIFARMA señaló que las partes suscribieron el Contrato N° 65-2017-CENARES/MINSA el 11 de octubre de 2017 a través del cual establecieron los plazos para la ejecución de la prestación conforme a la quinta y sexta cláusulas del Contrato, conforme se puede advertir a continuación:

CLÁUSULA QUINTA: DEL PLAZO DE LA EJECUCIÓN DE LA PRESTACIÓN

El plazo de ejecución del presente contrato es de **CIENTO NOVENTA (190) DÍAS CALENDARIO**, el mismo que se computa desde el día siguiente de suscrito el presente contrato.

CLÁUSULA SEXTA: CRONOGRAMA, PLAZO, LUGAR y HORARIO DE ENTREGA

6.1. A continuación, se muestra el cronograma y plazo de entrega sujeto a cumplimiento del proveedor, de acuerdo al detalle siguiente:

Nº ITEM	PRODUCTO FARMACÉUTICO	CONCENTRACIÓN	FF	1º ENTREGA	2º ENTREGA	3º ENTREGA
01	ETAMBUTOL	400 MG	TAB	1,000,000	1,000,000	1,000,000

- Primera entrega: Hasta los noventa (90) días calendario, contados a partir del día siguiente de firmado el contrato.
- Segunda entrega: Entre los ciento cincuenta (150) y ciento sesenta (160) días calendario, contados a partir del día siguiente de firmado el contrato.
- Tercera entrega: Entre los ciento ochenta (180) y ciento noventa (190) días calendario, contados a partir del día siguiente de firmado el contrato.

~~6.2.~~ La entrega debe realizarse en el Almacén de CENARES, sito en la Calle Los Eucaliptos – Sector Santa Genoveva Parcela 6, Sub Lote B1, Lurín, en el horario de atención de Lunes a Viernes de 08:00 a.m. a 13:00 p.m. y de 14:00 p.m. a 16:00 p.m.

17. Agregó que la primera entrega fue realizada dentro del plazo del Contrato. Respecto a la segunda entrega debió ser entregada entre los 150 y 160 días calendario, contando a partir del día siguiente de la firma del Contrato, es decir, la segunda entrega debió realizarse entre el 10 de marzo y 20 de marzo de 2018.

18. Así, el Contratista indicó que el 23 de marzo de 2018, por correo electrónico, CENARES remitió al Demandante la O/C N° 118-2018 a las 8:32 pm, es decir, fuera del horario de atención (hora inhábil).

19. Agregó que la segunda entrega debió ser remitida antes del 10 de marzo de 2018; no obstante, la orden de compra requerida por la Entidad fue solicitada el 23 de marzo de 2018, por lo que, el plazo comenzaría a correr desde el 26 de marzo de 2018, al ser éste el día siguiente hábil al requerimiento de la Entidad. Por ello, es que el 27 de marzo de 2018, entregó los productos farmacéuticos correspondientes a la segunda entrega.

20. Posteriormente, por Oficio N° 657-2018-CENARES/MINSA del 27 de junio de 2018, la Entidad comunicó la aplicación de penalidad por un supuesto atraso injustificado en la segunda entrega del producto farmacéutico por el monto de S/ 22,113.64.

21. El Contratista indicó que la orden de compra era una de las condiciones previas que debería cumplir la Entidad para dinamizar la ejecución del Contrato, conforme lo señalada el artículo 120 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

22. Acotó que el numeral 7.7 de las Bases¹ establecen que, para el acto de recepción, el proveedor debería entregar a CENARES la orden de compra.

Posición de la Entidad:

23. CENARES señaló que con fecha 11 de enero de 2018 emitió la Orden de Compra N°000000001-2018, la que fue notificada al Contratista el 12 de enero de 2018. Sin embargo, el plazo de la primera entrega se estableció: *“Hasta los noventa (90) días calendarios, contados a partir del día siguiente de firmado el contrato”*, por lo que éste debió realizarse hasta el 9 de enero de 2018, pero la fecha de presentación del producto fue el 16 de enero de 2018, razón por la que se aplicó al Contratista la penalidad por un importe ascendente de S/ 2,471.11, por un atraso de entrega de 4 días.

1

7.7 OTRAS CONDICIONES:

En el Acto de Recepción de los bienes que formaran parte de la entrega, el proveedor deberá entregar en la Droguería del CENARES, copia simple de los siguientes documentos, a fin de llevar a cabo la conformidad de recepción:

- a. Orden de Compra – Guía de Internamiento (copia).
- b. Guía de Remisión (Destinatario + SUNAT + 02 Copias adicionales). Esta deberá consignar en forma obligatoria para cada ítem el número de lote y la cantidad entregada por lote.
- c. Copia de la Declaración Jurada de Compromiso de Canje y/o reposición por Defectos o Vicios Ocultos (Anexo N° 05).
- d. Copia simple de la Resolución Directoral del Registro Sanitario o Certificado de Registro Sanitario vigente; de acuerdo a los requisitos documentarios mínimos del proveedor del bien.
- e. En el caso que el Registro Sanitario del medicamento ofertado haya vencido y se encuentre dentro de los alcances del Decreto Supremo N° 018-2011/SA o en el Decreto Supremo N° 016-2011-SA, Decreto Supremo N° 016-2013/SA y sus modificatorias, el postor deberá presentar una Declaración Jurada, emitida por el Titular del Registro Sanitario o el poseedor del Certificado del Registro Sanitario, según Anexo N° 03, que indique que el medicamento ofertado se encuentra comprendido en el alcance de alguno de los Decretos Supremos señalados y que a la fecha de presentación de la oferta técnica no cuenta con opinión negativa sobre su solicitud de reinscripción por parte de la ANM.
- f. Copia del Certificado de Análisis emitido por el fabricante o quien encarga su fabricación, según lo dispuesto en la norma correspondiente.
- g. Copia del Informe de Ensayo CONFORME, del lote muestreado, emitido por un Laboratorio de la Red de laboratorios Oficiales de Control de Calidad, que consigne las pruebas de control de calidad según corresponda a lo solicitado en cada Ficha Técnica. En caso que ninguno de los Laboratorios de la Red Oficial de Control de Calidad del MINSA hubiera podido realizar alguno de los ensayos de control de calidad exigidos en la Ficha Técnica, el proveedor deberá acreditarlo mediante carta oficial emitida por los laboratorios de la Red.

24. La Demandada sostiene que su contraparte presentó la ampliación de plazo el 16 de enero de 2018 con Carta N°019-2018-AVI-MIF, esto porque el Contrato N°065-2017-CENARES/MINSA precisaba en su cláusula sexta el plazo de entrega y, atendiendo a que este es de estricto cumplimiento es que el Contratista solicitó la emisión de la Orden de Compra N° 001-2018 dentro del plazo para que ingrese al almacén, procediendo con la entrega del bien cuatro (4) días después del plazo otorgado mediante Oficio N° 071-2018-CENARES/MINSA. En tal sentido, se le aplicó la penalidad, la cual no ha sido reclamada por el Contratista, admitiendo la procedencia de este procedimiento.
25. En ese orden de ideas, la Entidad sostiene que con fecha 23 de marzo del 2018, se emitió la Orden de Compra N°118-2018, correspondiente a la Segunda y Tercera Entrega. Así, la segunda entrega debió realizarse entre los 150 a 160 días calendario de firmado el Contrato, en tanto la Tercera Entrega entre los 180 y 190 días calendario, contado a partir del día siguiente de firmado el mismo. Por lo que, indica la Entidad, le aplicó al Contratista la penalidad por un importe ascendente a S/ 22,113.64 por la segunda entrega, al haberse presentado los productos correspondientes a esta entrega el 27 de marzo de 2018, siendo el plazo máximo el 20 de marzo de 2018. Por lo tanto, la Entidad aplicó a MEDIFARMA 7 días de penalidad.
26. Sostiene la Entidad que el Contratista conocía de los plazos y ello queda acreditado cuando para la primera entrega solicita ampliación de plazo, siendo esa conducta procedimental la que debió seguir para la segunda entrega, cuando contaba con los bienes para ingresarlos, pero no con la orden de compra.
27. En consecuencia, sostiene CENARES, el cobro de penalidades en la ejecución contractual, constituye un mecanismo de resarcimiento para la Entidad, la cual se genera cuando por culpa del Contratista, existe atrasos

en el cumplimiento de las prestaciones pactadas (penalidad por mora) o una ejecución deficiente según el objeto contractual (otras penalidades establecidas en las Bases).

Posición del Tribunal Arbitral:

28. Respecto a la obligatoriedad contractual, el doctor Manuel de la Puente y Lavallo² precisa que es la fuerza que exige al cumplimiento, siendo que el contrato como categoría general es obligatorio, sea un contrato de derecho privado o público, pues en ambos casos ocurre exactamente lo mismo: *“Un acuerdo de declaraciones de voluntad para crear, regular, modificar o extinguir entre las partes una relación obligacional de carácter patrimonial. Asimismo, en uno y otro Derechos (público y privado) el contrato es obligatorio en cuanto se haya expresado en él”*.

29. En general, incluyendo el caso de los contratos en los que participa como parte el Estado (para adquirir o contratar -según el caso- un bien, un servicio o la ejecución de una obra), éstos tienen como característica ser uno de prestaciones recíprocas, es decir, un contrato en el cual las partes que lo celebran son deudoras y acreedoras la una de la otra, con independencia de la cantidad de prestaciones a las que cada una de ellas se obliga frente a la otra.

30. De la Puente y Lavallo³ señala que *“basta que los contratantes acuerden, mediante el consentimiento, que existen obligaciones vinculadas entre sí por ese mismo consentimiento, para que en virtud de la fuerza obligatoria que la ley concede al contrato, la obligación de un contratante sea correlativa a*

² DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El Contrato en General. Vol. XI, Primera Parte, Tomo I, Lima, 1991, pág. 360.

³ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Estudios del contrato privado. Cultural Cuzco. S.A. editores, Lima 1983. Tomo I. Pág. 477.

la obligación del otro y corran paralelas durante toda la vida del contrato, de tal manera que si una de ellas deja de cumplirse se pierde ese paralelismo, o al menos hay peligro de que se pierda, por lo cual el remedio es el dejar la otra parte de estar obligada por su obligación correlativa, con lo cual se recupera el equilibrio perdido”.

31. Así, en el caso de los contratos en los que sea parte una entidad estatal y que se celebren para adquirir un bien, contratar un servicio o ejecutar una obra, existen disposiciones especiales que le dan un carácter especial, tanto desde el punto de vista formal (necesidad de forma escrita), como sustancial (cláusulas obligatorias y prerrogativas especiales) que en estricto desigualan a las partes y constituyen, en los hechos, una suerte de contrato de adhesión en el cual el marco de negociación de las partes es limitado, dentro de los propios lineamientos establecidos en la respectiva normativa, las bases del proceso, y en los márgenes dentro de los cuales se puede tener por válida una propuesta y por subsistente un contrato.
32. De esa manera, 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 desigual, existen garantías o normas mínimas de protección para la parte privada, como lo vienen a ser los silencios positivos, incluida la aprobación de ampliaciones de plazo, 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 éstos, el contratista pueda tener la relativa certeza de su validez y permanencia en el tiempo.
33. Debe tenerse en cuenta que, en estos casos, la vinculación de la entidad con la contraparte, así como la relación de derechos y deberes que nacen

como consecuencia de ello, no emanan de un acto unilateral, sea este un acto administrativo o un acto reglamentario; sino, por el contrario, de un acto bilateral, en el que existe una conjunción de voluntades entre la entidad y su contraparte privada, pero delimitando dicha voluntad común a un conjunto de prerrogativas de la Administración y garantías que se otorga a quienes actúan como su contraparte contractual.

34. En este sentido, tales cláusulas tienen una doble función: por un lado, velar por el adecuado uso de los recursos públicos; pero, por otro lado, otorgar la suficiente predictibilidad al contratista, que le permita conocer los alcances de sus obligaciones y prerrogativas.

35. Dicho todo lo anterior, a continuación, se analizará de modo específico los dos primeros puntos controvertidos planteados por el Contratista, tendiente a dejar sin efecto la aplicación de la penalidad por mora por la suma de S/ 22,113.64 derivado de la entrega tardía del producto farmacéutico contratado. En ese sentido, este Colegiado evaluará las posiciones vertidas por ambas partes, por un lado la del Contratista que señala una aplicación incorrecta de la penalidad por parte de la Entidad; y por otro, la posición de la Entidad, quien afirma que la imposición de la penalidad se aplicó de conformidad con la cláusula sexta del Contrato.

36. Al respecto, es oportuno señalar que la penalidad puede definirse "*como un pacto anticipado de indemnización. En ella se dispone que si el deudor incumple, tendrá que pagar una indemnización de daños y perjuicios, cuyo monto también se especifica en el pacto.*"⁴

37. A ello, se debe tener en cuenta que la penalidad, al igual que los daños y perjuicios, puede tener naturaleza moratoria o compensatoria, dependiendo de si con ella se busca indemnizar la mora en el pago o si lo que se pretende

⁴ Felipe OSTERLING PARODI y Mario CASTILLO FREYRE. *Obligaciones con Cláusula Penal*, IUS Revista de Investigación de la Facultad de Derecho de la PUCP. Número 5. Lima, 2013.

indemnizar es el cumplimiento parcial o defectuoso o el incumplimiento definitivo de la obligación.

38. En dicho contexto, se tiene que las penalidades son, por tanto, una institución jurídica que se aplica sólo cuando existe una ejecución defectuosa y/o una ejecución tardía del contrato. En el marco de la contratación estatal, las penalidades otorgan facultades a la Entidad en la fase de ejecución del contrato, para poder ser puestas en marcha en el supuesto de incumplimiento defectuoso o de retraso en los plazos de ejecución del contrato. En estos casos, la imposición de penalidades trata de compeler al Contratista a la correcta ejecución del contrato, para evitar su resolución.
39. Así pues, las penalidades que suelen aplicar las entidades al contratista cumplen una doble función: (i) desincentivar el incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista; y (ii) resarcir a la Entidad por el perjuicio que el retraso u otros incumplimientos en la ejecución de las prestaciones le hubiera causado.
40. Luego de haber definido el marco teórico de las penalidades, y a fin de dilucidar la presente controversia es preciso remitirnos a la Cláusula Décima Séptima del Contrato, la misma que establece lo siguiente:

CLÁUSULA DÉCIMO SÉPTIMA: PENALIDADES

Si **EL CONTRATISTA** incurre en retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, **EL CENARES** 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;

Tanto el monto como el plazo se refieren, según corresponda, al contrato vigente o ítem que debió ejecutarse o, en caso que estos involucraran 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.

Estas penalidades se deducen 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.

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.

Cuando se llegue a cubrir el monto máximo de la penalidad por mora o el monto máximo para otras penalidades, de ser el caso, **EL CENARES** puede resolver el contrato por incumplimiento.

41. En ese contexto, este Colegiado considera necesario remitirse al artículo 133° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado:

Artículo 133.- Penalidad por mora en la ejecución de la prestación

En caso de retraso injustificado del contratista en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la Entidad le aplica automáticamente una penalidad por mora por cada día de atraso. La penalidad se aplica automáticamente y se calcula de acuerdo a la siguiente fórmula:

$$\text{Penalidad diaria} = \frac{0.10 \times \text{monto}}{F \times \text{plazo en días}}$$

Donde F tiene los siguientes valores:

a) Para plazos menores o iguales a sesenta (60) días, para bienes, servicios en general, consultorías y ejecución de obras: F = 0.40.

b) Para plazos mayores a sesenta (60) días:

b.1) Para bienes, servicios en general y consultorías: F = 0.25.

b.2) Para obras: F = 0.15.

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

Para efectos del cálculo de la penalidad diaria se considera el monto del contrato vigente.

Para los supuestos que por la naturaleza de la contratación, la fórmula indicada en el presente artículo no cumpla con su finalidad, el Ministerio de Economía y Finanzas mediante Resolución Ministerial puede establecer fórmulas especiales para el cálculo de la penalidad por mora.

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.

42. De lo señalado precedentemente, es conveniente remitirse a las posiciones de las partes, quienes admiten que:

- a) El Contratista ha señalado que la Orden de Compra N° 118-2018 respecto a la segunda entrega del producto fue enviada el

23 de marzo de 2018 a las 8:32 p.m., es decir, fuera del horario de atención, por lo que, MEDIFARMA consideró como fecha de recepción de la Orden de Compra N° 118-2018 el 26 de marzo de 2018, cumpliendo con presentar los productos el 27 de marzo de 2018. Siendo la posición del Demandante que las bases del Contrato establecen que para el acto de recepción resulta necesario que el proveedor entregue la orden de compra.

- b) La Entidad sostiene su posición indicando que el cronograma de entrega de productos establecido en la cláusula sexta del Contrato establece las fechas programadas para dicho acto, por lo que, al momento de la segunda entrega de los productos, el Contratista habría incurrido en 7 días de atraso, dado que presentó los productos el 27 de marzo de 2018, habiéndose establecido en el Contrato como fecha máxima el 20 de marzo de 2018.

43. En ese orden de ideas, lo primero a considerar es la cláusula quinta del Contrato, la cual estipula que su plazo de duración es de 190 días calendario, a computarse a partir del día siguiente de la firma del Contrato. Con ello, se marca un hito muy claro a los efectos de determinar el cumplimiento oportuno de las obligaciones de las partes.

44. Igualmente, corresponde revisar la cláusula sexta del Contrato, la cual establece, de modo específico, el cronograma de entrega de los productos a cargo del Contratista:

CLÁUSULA SEXTA: CRONOGRAMA, PLAZO, LUGAR y HORARIO DE ENTREGA

- 6.1. A continuación, se muestra el cronograma y plazo de entrega sujeto a cumplimiento del proveedor, de acuerdo al detalle siguiente:

Nº ITEM	PRODUCTO FARMACÉUTICO	CONCENTRACION	FF	1º ENTREGA	2º ENTREGA	3º ENTREGA
01	ETAMBUTOL	400 MG	TAB	1,000,000	1,000,000	1,000,000

- Primera entrega: Hasta los noventa (90) días calendario, contados a partir del día siguiente de firmado el contrato.
- Segunda entrega: Entre los ciento cincuenta (150) y ciento sesenta (160) días calendario, contados a partir del día siguiente de firmado el contrato.
- Tercera entrega: Entre los ciento ochenta (180) y ciento noventa (190) días calendario, contados a partir del día siguiente de firmado el contrato.

- 6.2. La entrega debe realizarse en el Almacén de CENARES, sito en la Calle Los Eucaliptos – Sector Santa Genoveva Parcela 6, Sub Lote B1, Lurín, en el horario de atención de Lunes a Viernes de 08:00 a.m. a 13:00 p.m y de 14:00 p.m. a 16:00 p.m.

45. Adicionalmente, y conforme ha invocado la Entidad, el numeral 7.7 del acápite “*Condiciones de Entrega*” de las Bases Integradas dispone que:

7.7 OTRAS CONDICIONES:

En el Acto de Recepción de los bienes que formaran parte de la entrega, el proveedor deberá entregar en la Droguería del CENARES, copia simple de los siguientes documentos, a fin de llevar a cabo la conformidad de recepción:

- a. Orden de Compra – Guía de Internamiento (copia).
- b. Guía de Remisión (Destinatario + SUNAT + 02 Copias adicionales). Esta deberá consignar en forma obligatoria para cada ítem el número de lote y la cantidad entregada por lote.
- c. Copia de la Declaración Jurada de Compromiso de Canje y/o reposición por Defectos o Vicios Ocultos (Anexo N° 05).
- d. Copia simple de la Resolución Directoral del Registro Sanitario o Certificado de Registro Sanitario vigente; de acuerdo a los requisitos documentarios mínimos del proveedor del bien.
- e. En el caso que el Registro Sanitario del medicamento ofertado haya vencido y se encuentre dentro de los alcances del Decreto Supremo N° 018-2011/SA o en el Decreto Supremo N° 016-2011-SA, Decreto Supremo N° 016-2013/SA y sus modificatorias, el postor deberá presentar una Declaración Jurada, emitida por el Titular del Registro Sanitario o el poseedor del Certificado del Registro Sanitario, según Anexo N° 03, que indique que el medicamento ofertado se encuentra comprendido en el alcance de alguno de los Decretos Supremos señalados y que a la fecha de presentación de la oferta técnica no cuenta con opinión negativa sobre su solicitud de reinscripción por parte de la ANM
- f. Copia del Certificado de Análisis emitido por el fabricante o quien encarga su fabricación, según lo dispuesto en la norma correspondiente.
- g. Copia del Informe de Ensayo CONFORME, del lote muestreado, emitido por un Laboratorio de la Red de laboratorios Oficiales de Control de Calidad, que consigne las pruebas de control de calidad según corresponda a lo solicitado en cada Ficha Técnica. En caso que ninguno de los Laboratorios de la Red Oficial de Control de Calidad del MINSA hubiera podido realizar alguno de los ensayos de control de calidad exigidos en la Ficha Técnica, el proveedor deberá acreditarlo mediante carta oficial emitida por los laboratorios de la Red.

- h. Esta exigencia se aplica en cada entrega que corresponda efectuar un control de calidad
- i. Copia del Acta de Muestreo emitido por el Laboratorio de la red, cuando corresponda, Anexo N° 06.
- j. Copia Simple del Certificado de Buenas Prácticas de Manufactura y/o Almacenamiento vigentes a la fecha de entrega, según corresponda.
- k. Declaración Jurada donde se especifique las condiciones especiales de almacenamiento, embalaje y distribución (Anexo N° 07), según lo establecido en la Ficha Técnica del producto (Anexo N° 01).
- l. Acta de verificación Cualitativa-Cuantitativa (original + 3 copias). Anexo N° 08.

Toda documentación presentada debe ser legible.

Los documentos solicitados en los literales d), e), f), g), h) e l) deberán ser firmados por el Químico Farmacéutico Regente o Director Técnico de la empresa.

La Droguería del CENARES no está obligado a recibir los bienes si no han sido presentados todos los documentos que corresponde a la entrega, o si se detecta que no corresponde el producto con lo solicitado (vigencia del producto, forma de presentación, logotipo, entre otros).

De no ser encontrados conformes los bienes, no se recepcionarán y se consignará la observación "NO CONFORME - NO RECIBIDO" en el Acta de Verificación Cualitativa y la Droguería CENARES por indicación del Director Técnico emitirá el Acta de Observación brindándole un plazo para la subsanación conforme al Artículo 143º del RLCE.

46. De la revisión del Contrato se advierte que la presentación de la segunda entrega del producto sería entre los 150 y 160 días posteriores a la firma del Contrato, por lo que, la fecha máxima de entrega sería el 20 de marzo de 2018. Ahora bien, es un hecho acreditado en el expediente que es recién el 23 de marzo a las 20:32 horas que la Entidad remitió la Orden de Compra N° 118-2018, por lo que esta última se considera recibida el día hábil siguiente, es decir, el 26 de marzo de 2018, conforme se advierte a continuación:

**Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:
Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio
Fernando Cauvi Abadía
Roberto Benavides Pontex**

**Partes del Arbitraje:
Medifarma S.A.
C.
CENARES**

Carmen Huarcaya

De: Miguel Eleison Gutierrez Boza <mgutierrez@cenares.minsa.gob.pe>
Enviado el: viernes, 23 de marzo de 2018 08:32 p.m.
Para: instituciones@medifarma.com.pe
CC: Tatiana Rosa Guevara Inocente; LogisticaEntrada.CADI
Asunto: NOTIFICACION DE ORDEN DE COMPRA N° 118-2018
Datos adjuntos: CONTRATO N° 065-2017-CENARES-MINSA MEDIFARMA ADQUISICION DE ETAMBUTOL.pdf; OC 118-2018 MEDIFARMA.pdf

Buenas Tardes

Señores de la empresa MEDIFARMA S.A.:

Sirva el presente para enviar adjunto la Orden de Compra N° 118-2018, por el Adquisición de Etambutol 400mg Segunda y Tercera entrega

Favor de confirmar recepción al presente.

Nota:

Se adjuntan

* Contrato suscrito

* Formato de Carta de autorización para depósito a cuenta interbancaria

- Los datos que se deben consignar (Razón Social, RUC y dirección de CENARES) son los siguientes:

Razón Social: CENTRO NACIONAL DE ABASTECIMIENTO DE RECURSOS ESTRATÉGICOS EN SALUD

RUC: 20538298485

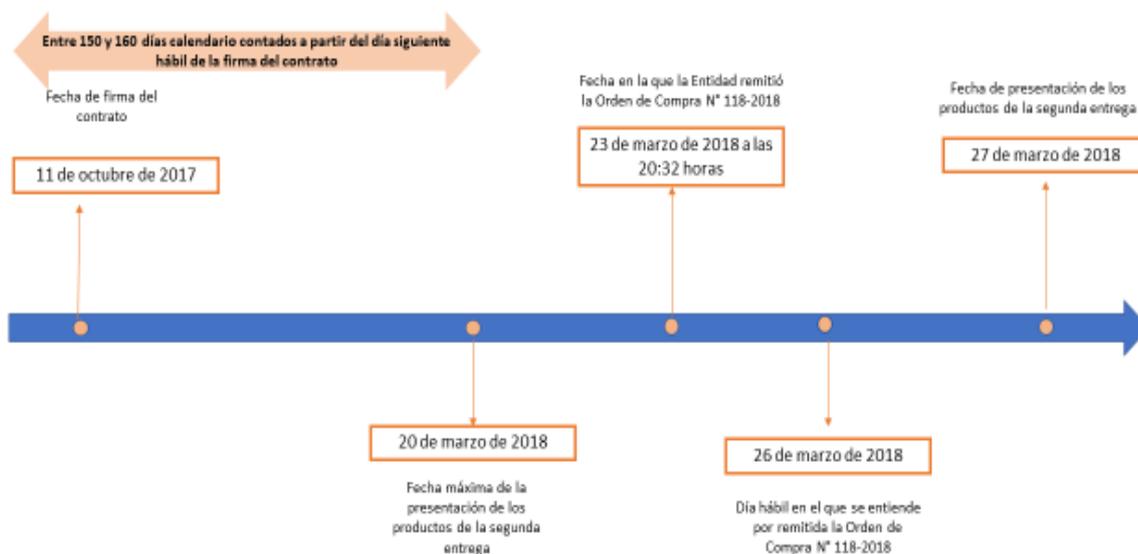
Dirección: JR. NAZCA N° 548 - JESÚS MARÍA

Miguel Eleison Gutierrez Boza
Apoyo Administrativo
Equipo de Seguimiento y Liquidaciones - UFADOC
Centro Nacional de Abastecimiento de Recursos Estratégicos en Salud - MINSA
Tel: 7450000 - Anexo 6130

1

47. No obstante lo anterior, no es menos cierto que el Contrato establece, expresamente, los plazos para la presentación de los productos, venciendo el correspondiente a la segunda entrega el 20 de marzo de 2018, conforme ambas partes han reconocido.

48. Estando a lo antes mencionado, resulta ilustrativa graficar en la siguiente "línea de tiempo" los hechos acaecidos para revisar si es que el Contratista presentó o no fuera del plazo los productos correspondientes a la segunda entrega:



49. Visto lo anterior, este Tribunal Arbitral no comparte la interpretación del Contratista respecto a la fecha de entrega de los productos, ya que, si bien en las Bases Integradas se estableció que era un requisito que Medifarma presente la orden de compra a cada entrega de los productos, no es menos cierto que, de manera puntual y expresa, el plazo para la entrega de éstos se estableció indubitablemente en la cláusula sexta del Contrato, es decir, dentro de los 150 a 160 días posteriores a la firma del mismo.

50. No debemos soslayar que el plazo de entrega del bien es una obligación esencial del Contrato para el Contratista, por lo que el término específico previsto en la cláusula sexta del Contrato debió cumplirse conforme a lo pactado, máxime cuando ni en el Contrato ni en las Bases ni en ningún otro documento se haya establecido alguna excepción a dicha obligación.

51. Por otro lado, si el Contratista no contaba con la Orden de Compra respectiva, pudo haber tramitado dicho documento con anterioridad al vencimiento del plazo de la segunda entrega, o bien pudo efectuar ésta dentro del plazo pactado, dejando constancia que la Entidad no cumplió con

expedirle, oportunamente, la orden de compra en cuestión. Así, considerando los supuestos antes descritos, MEDIFARMA hubiera demostrado que el incumplimiento correspondía a la Entidad y no a ella.

52. Estando a lo antes señalado, el Contratista no puede desconocer las obligaciones a las que se comprometió contractualmente, ya que, correspondía que dicha parte realice la segunda entrega de los productos hasta el 20 de marzo de 2018, más aun cuando frente a dicha obligación, como se ha analizado, ninguno de los documentos contractuales determinó excepción alguna.

53. Por lo tanto, este Tribunal Arbitral advierte que MEDIFARMA presentó fuera del plazo (27 de marzo de 2018) los productos correspondientes a la segunda entrega, cuya entrega debió darse como máximo el 20 de marzo de 2018, por lo que la aplicación de la penalidad efectuada por CENARES, debido al retraso en 7 días, resulta válida y ajustada al Contrato. En consecuencia, la primera pretensión principal de la demanda deviene en infundada.

54. Asimismo, en relación a la pretensión accesoria a la pretensión principal, el Contratista solicitaba se le devuelva la suma de S/ 22,113.64, más intereses legales, por concepto de contraprestación retenida.

55. Al respecto, habiéndose declarado infundada la pretensión principal, corresponde que se declare, también, infundada la pretensión accesoria, por lo que, no corresponde ordenar a la Entidad que devuelva el monto retenido.

Tercer Punto Controvertido: Determinar a quién y en qué proporción corresponde asumir los gastos arbitrales del presente proceso.

56. Respecto de las costas y costos, el numeral 2 del artículo 56° del Decreto Legislativo N° 1071, dispone que el Tribunal Arbitral se pronunciará en el

laudo sobre la asunción o distribución de los costos del arbitraje, según lo previsto en el artículo 73° del mismo cuerpo normativo.

57. Por su parte, el referido artículo 73° establece que el Tribunal Arbitral tendrá en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes. A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, el Tribunal Arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.
58. En el convenio arbitral contenido en el Contrato, las partes no han establecido pacto alguno acerca de los costos del arbitraje. En atención a esta situación, corresponde que el Tribunal Arbitral se pronuncie sobre este tema de manera discrecional y apelando a su debida prudencia.
59. En ese sentido, tomando en consideración el comportamiento procesal de las partes a lo largo de este arbitraje, junto a los hechos y razones expuestas, y fundamentalmente, a que existían razones atendibles para plantear la controversia con la finalidad de su resolución, este Tribunal Arbitral estima que los costos incurridos como consecuencia del presente arbitraje, por concepto de honorarios arbitrales ascendentes a S/ 9,699.00 (Nueve mil seiscientos noventa y nueve y 00/100 soles) y gastos administrativos del Centro ascendentes a S/ 1,428.00 (Mil cuatrocientos veintiocho con 00/100 soles), deben ser asumidos por ambas partes, en proporciones iguales.
60. Al respecto, en vista que MEDIFARMA asumió el íntegro de los gastos arbitrales antes referidos, corresponde que CENARES restituya a favor de la primera la suma de S/ 5,563.50 (Cinco mil quinientos sesenta y tres con 50/100 soles).

61. Sin perjuicio de lo acotado anteriormente, los costos por servicios legales y otros incurridos con ocasión del presente arbitraje, deben ser asumidos por cada parte, según corresponda.

VI. DECISIÓN.

Por las razones expuestas, el Tribunal Arbitral, por unanimidad y en Derecho, dentro del plazo correspondiente, **LAUDA:**

Primero: DECLÁRESE INFUNDADA la primera pretensión de la demanda de MEDIFARMA. En consecuencia, no corresponde dejar sin efecto la aplicación de la penalidad por la suma de S/ 22,113.64 efectuada por CENARES.

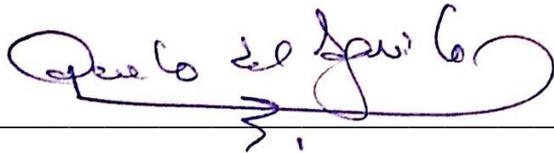
Segundo: DECLÁRESE INFUNDADA la pretensión accesoria a la primera pretensión principal de la demanda. En consecuencia, no corresponde ordenar a CENARES que devuelva a MEDIFARMA la suma de S/ 22,113.64, más intereses.

Tercero: DECLÁRESE que los costos incurridos como consecuencia del presente arbitraje, por concepto de honorarios arbitrales ascendentes a S/ 9,699.00 (Nueve mil seiscientos noventa y nueve y 00/100 soles) y gastos administrativos del Centro ascendentes a S/ 1,428.00 (Mil cuatrocientos veintiocho con 00/100 soles), deben ser asumidos por ambas partes, en proporciones iguales. Atendiendo a lo anterior, corresponde **ORDENAR** a CENARES que restituya a MEDIFARMA la suma de S/ 5,563.50 (Cinco mil quinientos sesenta y tres con 50/100 soles) que esta última pagó a favor de la primera, en subrogación. Fuera de esos conceptos, corresponde disponer que cada parte asuma directamente los gastos, costas y costos en que incurrió como consecuencia del presente arbitraje.

*Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:
Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio
Fernando Cauvi Abadía
Roberto Benavides Pontex*

*Partes del Arbitraje:
Medifarma S.A.
C.
CENARES*

Cuarto: **ENCÁRGUESE** a la Secretaría Arbitral del Centro que remita al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE copia del presente Laudo Arbitral, para los fines pertinentes.



Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio
Presidente del Tribunal Arbitral



Roberto Benavides Pontex
Árbitro



Fernando Cauvi Abadía
Árbitro