

EXP. N° 3463-317-21

**GP PHARM S.A. - CENTRO NACIONAL DE ABASTECIMIENTO DE
RECURSOS ESTRATEGICOS EN SALUD**

LAUDO DE DERECHO

DEMANDANTE: GP PHARM S.A. (en adelante, GP PHARM).

DEMANDADO: CENTRO NACIONAL DE ABASTECIMIENTO
DE RECURSOS ESTRATÉGICOS EN SALUD
(en adelante, CENARES).

TIPO DE ARBITRAJE: Institucional y de Derecho

ÁRBITRO ÚNICO: Alonso Víctor Manuel Morales Acosta

SECRETARIA ARBITRAL: Stephanie Claudia Salazar Quispe
Secretaria Arbitral del Centro de Análisis y
Resolución de Conflictos de PUCP.

Decisión N° 09

En Lima, a los veinticuatro días del mes de octubre del año dos mil veintidós, el Árbitro Único, luego de haber realizado las actuaciones arbitrales de conformidad con la ley y las normas establecidas, escuchados los argumentos sometidos a su consideración y deliberando en torno a las pretensiones planteadas en la demanda, dicta el siguiente laudo para poner fin, por decisión de las partes, a la controversia planteada.

1. EL CONVENIO ARBITRAL

El pacto arbitral se encuentra contenido en la Cláusula Vigésima del Contrato N°100-A-2020-CENARES/MINSA para la “Adquisición de productos farmacéuticos – Compra Corporativa para Abastecimiento 2020-2021 (Oncológicos)”, Ítem N° 8, 10, 13, 14, 15, 16, 21, 22, 23, 26, 28, 40, 47, 48, celebrado el 27 de mayo de 2020 (en adelante, EL CONTRATO):

“CLAÚSULA VIGÉSIMA: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

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

Cualquiera de las partes tiene derecho a iniciar el arbitraje a fin de resolver dichas controversias dentro del plazo de caducidad previsto en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento.

Facultativamente, cualquiera de las partes tiene derecho a solicitar una conciliación dentro del plazo de caducidad correspondiente, según lo señalado en el artículo 224 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, sin perjuicio de recurrir al arbitraje, en caso no se llegue a un acuerdo entre ambas partes o se llegue a un acuerdo parcial. Las controversias sobre nulidad del contrato solo pueden ser sometidas a arbitraje.

El Laudo arbitral emitido es inapelable, definitivo y obligatorio para las partes desde el momento de su notificación, según lo previsto en el numeral 45.21 del artículo 45 de la Ley de Contrataciones del Estado.”

De acuerdo con la cláusula antes descrita, el 8 de julio de 2021, GP PHARM presentó su solicitud arbitral para resolver la controversia que resuelve el presente laudo ante el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (en adelante el CARC PUCP), la cual fue contestada el 20 de agosto de 2021 por CENARES, en la cual contradijeron la solicitud reservando su derecho de sustentar su postura en la contestación de la demanda. Es por ello por lo que el CARC PUCP administró el presente caso arbitral conforme al Reglamento de Arbitraje PUCP 2017 (en adelante, el Reglamento), y en forma supletoria el Decreto Legislativo N° 1071, decreto legislativo que norma el arbitraje (en adelante, LA).

2. CONSTITUCIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

En la Cláusula Vigésima de EL CONTRATO no se señaló el tipo de arbitraje ni el número de árbitros que resolverían la controversia, por lo que de conformidad con el artículo 19° del Reglamento del CARC PUCP correspondía designar un Árbitro Único.

Mediante Comunicación N°3 de fecha 13 de setiembre de 2021, se hizo de conocimiento de las partes que la Corte de Arbitraje designó al abogado César Ochoa Cardich, quien declinó a la designación el mismo día.

En atención a lo descrito en el párrafo anterior, la Corte designó al abogado Alonso Víctor Manuel Morales Acosta el 16 de setiembre de 2021, quien presentó su aceptación el 23 de setiembre de 2021, quedando así constituido como Árbitro Único.

3. RESUMEN DE LAS PRINCIPALES ACTUACIONES ARBITRALES:

3.1. Mediante Decisión N°1 de fecha 03 de noviembre de 2021, se fijaron las reglas aplicables al presente arbitraje, decisión en la cual se otorgó, entre otras

disposiciones, un plazo de diez (10) días hábiles a GP PHARM, para que presente su demanda arbitral lo cual fue realizado el 19 de noviembre de 2021.

- 3.2. Mediante Decisión N°2 de fecha 06 de diciembre de 2021, entre otros aspectos, se suspendió el arbitraje por el plazo de quince (15) días hábiles hasta que se acrediten los pagos de los gastos arbitrales, manteniéndose en custodia la demanda arbitral de fecha 19 de noviembre de 2021.
- 3.3. Mediante Decisión N°3 de fecha 11 de marzo de 2022, se levantó la suspensión del arbitraje; se otorgó el plazo de tres (3) días hábiles a GP PHARM para que subsane su demanda; se otorgó el plazo de tres (3) días hábiles a CENARES para que se pronuncie sobre la solicitud de GP PHARM para sostener una audiencia de conciliación; y se tuvo por acreditado el registro del proceso arbitral en el SEACE.
- 3.4. Mediante Decisión N°4 de fecha 24 de marzo de 2022, se admitió a trámite la demanda y se otorgó a CENARES el plazo de diez (10) días hábiles para contestarla. De la misma forma, se otorgó el plazo de tres (3) días hábiles a GP PHARM para que presente su propuesta conciliatoria, en base a lo requerido por CENARES en su escrito del 15 de marzo de 2022.
- 3.5. Mediante Decisión N°5 de fecha 27 de abril de 2022, se resolvió entre otros, tener por presentada la contestación de demanda de fecha 11 de abril de 2022 por parte de CENARES, se determinaron los puntos controvertidos del presente arbitraje, se admitieron los medios probatorios; y se citó a las partes a la Audiencia de Ilustración de Hechos programada para el día 13 de mayo de 2022 a las 02:00 p.m. a través de la plataforma Zoom.
- 3.6. Mediante Decisión N°6 de fecha 12 de mayo de 2022, se dispuso la reprogramación de la Audiencia de Ilustración de Hechos para el 3 de junio de 2022 a solicitud de CENARES.
- 3.7. Mediante Decisión N°7 de fecha 22 de julio de 2022, se tuvo por presentados los medios probatorios y alegatos presentados por CENARES; y, entre otros, se otorgó el plazo de diez (10) días hábiles a fin de que las partes presenten sus alegatos finales y conclusiones.
- 3.8. Mediante Decisión N°8 de fecha 24 de agosto de 2022, el Árbitro Único tuvo por presentados los alegatos finales de ambas partes, dispuso el cierre de actuaciones y fijó el plazo de cuarenta (40) días hábiles para la emisión del laudo arbitral.

4. CONSIDERACIONES

Consideraciones previas

- 4.1. Antes de analizar la materia controvertida, corresponde confirmar que:

- i) El Árbitro Único ha sido debidamente designado por la Corte de Arbitraje del Centro, a su vez, las partes ratificaron su total conformidad en la designación;
- ii) El análisis del presente caso y las conclusiones a las que arribe el Árbitro Único, 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.

4.2. Los hechos a los que se refiere el análisis del caso son los establecidos en los antecedentes del proceso, en concordancia con la información que obra en el expediente, así como los que se mencionan en los demás acápite del presente laudo:

- i) El Árbitro Único, conforme lo establecido en el artículo 139, 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 de su naturaleza;
- ii) En el análisis de las pretensiones, el Árbitro Único se ha reservado el derecho de seguir el orden que estima más conveniente para la resolución de la presente controversia;
- iii) El Árbitro Único está procediendo a emitir el laudo dentro del plazo que corresponde a las reglas del proceso.

5. SOBRE LOS GASTOS ARBITRALES

5.1. El 18 de octubre de 2021, la Secretaría General de Arbitraje se fijaron los gastos arbitrales, conforme al detalle siguiente:

Concepto	Monto
Honorarios del Árbitro Único	S/. 4,958.00 neto más impuestos de ley
Gastos Administrativos del Centro	S/. 5,232.00 más IGV

5.2. Los gastos arbitrales (Honorarios del Tribunal Arbitral y Tasa Administrativa del Centro) fueron asumidos y acreditados en su totalidad por GP PHARM conforme a la Razón de Secretaría Arbitral N°02, de fecha 10 de marzo de 2022.

6. CUESTIONES CONTROVERTIDAS

Mediante Decisión N°5 de fecha 27 de abril de 2022, el Tribunal Arbitral determinó las siguientes cuestiones controvertidas del presente arbitraje:

“Primera Cuestión Controvertida: Que el Árbitro Único determine si corresponde o no ordenar que se deje sin efecto la Carta Notarial N°345636 (Carta N°656-2021-DG-CENARES/MINSA) de fecha 24 de mayo de 2021, recepcionada por nuestra empresa¹ el 26 del mismo mes y año, mediante la cual CENARES resolvió parcialmente el Contrato N° 100-A-2020- CENARES/MINSA respecto del Ítem N° 23 Docetaxel 80 mg/2mL INY”.

“Segunda Cuestión Controvertida: Que el Árbitro Único determine si corresponde o no declarar la validez y eficacia de la resolución parcial que presentó GP PHARM a través de la Carta Notarial N° 788203, notificada el 12 de mayo de 2021. En consecuencia, determine si corresponde o no ordenar que CENARES devuelva la Carta Fianza que le fue otorgada como garantía de fiel cumplimiento”.

“Tercera Cuestión controvertida: Que el Árbitro Único determine a qué parte le corresponde asumir los costos y costas del presente arbitraje”.

7. POSICIONES DE LAS PARTES:

7.1. DEMANDA ARBITRAL DE GP PHARM PRESENTADA EL 19 DE NOVIEMBRE DE 2021:

7.1.1. GP PHARM interpuso su demanda a través del escrito presentado el 19 de noviembre de 2021, formulando las siguientes pretensiones:

“Primera pretensión: Que, se deje sin efecto la Carta Notarial N° 345636 (Carta N°656-2021-DGCENARES/MINSA) de fecha 24 de mayo de 2021, recepcionada por [GP PHARM] el 26 del mismo mes y año, mediante la cual CENARES resolvió parcialmente el Contrato N° 100-A-2020-CENARES/MINSA respecto del Ítem N° 23 Docetaxel 80 mg/2mL INY”.

“Segunda pretensión: Que, se declare la validez y eficacia de la resolución parcial que presentó GP PHARM S.A. a través de la Carta Notarial N°788203, notificada el 12 de mayo de 2021, la cual fue debidamente notificada de manera motivada y sustentada, siendo además que la resolución por fuerza mayor quedó consentida. En

¹ Debería decir GP PHARM

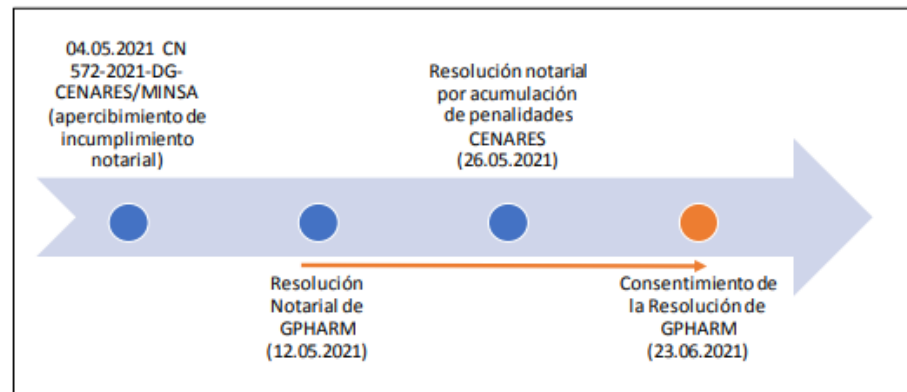
consecuencia, [CENARES] deberá devolver la Carta Fianza que le fue otorgada como garantía de fiel cumplimiento”.

“Tercera pretensión: *Que, se reconozca y ordene a CENARES el pago de las costas y costos del proceso arbitral y gastos de defensa legal, así como los demás gastos que ha realizado [GP PHARM] para hacer valer sus derechos.”*

7.1.2. Respetto de la resolución de EL CONTRATO por parte de la entidad

- 7.1.2.1. GP PHARM manifestó que con fecha 26 de mayo de 2021, a través de la Carta Notarial N°345636 (Carta N° 656-2021-DIRSAPOL/UE-020-UNIADM), CENARES le comunicó que resolvió parcialmente EL CONTRATO, por haber llegado a acumular el monto máximo de la penalidad por mora en la ejecución de la prestación al encontrarse la entrega del mes 7 de dicho Ítem con un retraso de setenta y siete (77) días.
- 7.1.2.2. Sin embargo, GP PHARM alegó que había resuelto previamente EL CONTRATO por causas de fuerza mayor el 12 de mayo de 2021, vale decir, con anterioridad a la notificación de la Carta Notarial referida en el numeral anterior. En ese sentido, la demandante alegó que extinguió la obligación de atender el requerimiento del Ítem N°23: Docetaxel 80mg/20mL INY con la notificación de la Carta Notarial N° 788203 mediante la cual resolvió el contrato parcialmente por causas de fuerza mayor.
- 7.1.2.3. Por otro lado, indicó que CENARES debió optar por los mecanismos de solución de controversia establecidos en las Bases y en el Contrato, conforme se encuentra regulado en el numeral 3 del artículo 166° del Reglamento de la Ley de Contrataciones, aprobado D.S. 344-2018-EF.
- 7.1.2.4. En ese sentido, la demandante comunicó con fecha 12 de mayo de 2021 la resolución del contrato por motivo de fuerza mayor, razón por la cual alegó en su demanda que si CENARES hubiera considerado irregular su resolución de contrato, debió iniciar el proceso de conciliación o arbitraje dentro de los 30 días hábiles de notificada su resolución; sin embargo, CENARES no cumplió con ello, para ilustrar

su postura GPPHARM incluyó el siguiente cuadro en su escrito de demanda:



- 7.1.2.5. Habiendo transcurrido el plazo para solicitar conciliación o arbitraje, la demandante solicitó que se declare la invalidez e ineficacia de la Carta Notarial 345636 (Carta N° 656-2021-DG-CENARES/MINSA.).

7.1.3. Respetto de la resolución de EL CONTRATO por parte de GP PHARM.

- 7.1.3.1. En relación con la resolución parcial de EL CONTRATO que efectuó GP PHARM, señalaron que mediante la Carta S/N, de fecha 04 de mayo de 2021, el Laboratorio GP PHARM S.A. de Argentina (fabricante del producto Docetaxel) les comunicó que debido a la pandemia del COVID -19 que ha afectado a todos los países no podría fabricar más el producto.
- 7.1.3.2. Siendo así, la demandante alegó que le fue imposible abastecer el producto del Ítem N°23, pues ya no sería fabricado conforme a lo señalado por el fabricante que le proveía del mismo.
- 7.1.3.3. GP PHARM señaló que la la resolución parcial del contrato está el artículo 165.5 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, citando el referido artículo.
- 7.1.3.4. En ese sentido, precisaron que, ante la imposibilidad de cumplir con su obligación por hechos no imputables a GP PHARM, se vieron obligados a comunicarle a CENARES la decisión de resolver parcialmente EL CONTRATO, respecto a la totalidad de los productos señalados en el Ítem N°23.
- 7.1.3.5. GP PHARM señaló en su demanda que se cumplen las tres condiciones para calificar a este hecho como un supuesto de fuerza mayor, explicando que fue un hecho imprevisible, irresistible y extraordinario para ellos.

- 7.1.3.6. Por estos argumentos y otros relacionados a haber tenido la diligencia ordinaria que requieren los contratos, solicitaron al Árbitro validar la eficacia de su resolución parcial de EL CONTRATO y declararla consentida; y, en consecuencia, ordenar la devolución de la carta fianza entregada como garantía de fiel cumplimiento.

7.1.4. Respetto al pago de costos y costas del proceso

- 7.1.4.1. GP PHARM solicitó que el pago de costos y costas del proceso debe ser asumido por CENARES, debido a que la demandada resolvió parcialmente el contrato respecto del Ítem N°23, del producto denominado “DOCETAXEL, 80mg/2mL” pese a que ya se encontraba resuelto, lo cual generará un perjuicio GP PHARM frente al OSCE.

7.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

- 7.2.1. En atención a la demanda arbitral, CENARES contestó indicando que la primera y segunda pretensión planteadas por GP PHARM deben ser declaradas infundadas debido a que la demandada resolvió EL CONTRATO en mérito a la causal contemplada en el numeral 164.1 del artículo 164° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
- 7.2.2. CENARES se dispuso a verificar si en la resolución de EL CONTRATO presentada por GP PHARM concurren los elementos establecidos en el artículo 1315° del Código Civil para que se configure el supuesto de caso fortuito o fuerza mayor, concluyen que la situación expuesta por la demandante configura un HECHO EXTRAORDINARIO dado que, se ha presentado un evento fuera del orden natural o común de las cosas, como lo es la pandemia por el COVID-19.
- 7.2.3. Si embargo indicaron que la pandemia del COVID-19 no se configura como un HECHO IRRESISTIBLE, teniendo en consideración que, si bien el contratista no puede tener control respecto a las decisiones que adopte el fabricante, en este caso, la decisión de suspender la fabricación del producto DOCETAXEL 80ML/2ML, por parte de GP PHARM Argentina, éste no es el único proveedor en el mercado nacional y/o internacional que pueda proveer del mismo.
- 7.2.4. En esa línea de ideas, CENARES indicó que tampoco es posible determinar que se haya configurado un HECHO IMPREVISIBLE, toda vez que no es posible determinar que GP PHARM haya actuado con la diligencia ordinaria requerida, ni ha demostrado indubitadamente haber agotado todas las vías posibles, o haber hecho el seguimiento respectivo al fabricante para proveerse de los bienes.
- 7.2.5. Siendo ello así, se advierte que, el contratista no ha acreditado que se haya configurado un caso fortuito o fuerza mayor que le haya imposibilitado de manera definitiva el cumplir con las prestaciones pendientes derivadas del Ítem N°23 de

EL CONTRATO, por lo que no es posible aceptar la resolución parcial del contrato, comunicada por el contratista.

- 7.2.6. Consecuentemente, el demandado, en atención a los fundamentos de hecho y derechos que expusieron en la contestación de la demanda, indica que no correspondería acoger las pretensiones expuestas por el GP PHARM en su demanda arbitral.
- 7.2.7. Finalmente, respecto a los costos y costas del arbitraje, CENARES alega que al haber quedado demostrado que la aplicación de penalidades ha sido correctamente efectuada por la demandada, corresponde que sea la empresa GP PHARM quien asuma la totalidad de estos.
- 7.2.8. Por todo lo expuesto, CENARES concluye su demanda solicitando al Árbitro Único que declare infundadas las pretensiones solicitadas por GP PHARM.

8. POSICIÓN DEL TRIBUNAL:

Considerando que los Puntos resultan ser referenciales, el Árbitro Único estima pertinente analizar en primer lugar la segunda cuestión controvertida toda vez que versa sobre una resolución contractual que habría sido ejecutada en primer lugar según cronología.

- 8.1. **Respecto de la Segunda Cuestión Controvertida: Que el Árbitro Único determine si corresponde o no declarar la validez y eficacia de la resolución parcial que presentó GP Pharm a través de la Carta Notarial N° 788203, notificada el 12 de mayo de 2021. En consecuencia, determine si corresponde o no ordenar que CENARES devuelva la Carta Fianza que le fue otorgada como garantía de fiel cumplimiento.**

- 8.1.1. El segundo punto controvertido versa sobre la segunda pretensión principal de GP PHARM a través de la cual solicitó al Árbitro Único, lo siguiente:

“Segunda pretensión: Que, se declare la validez y eficacia de la resolución parcial que presentó GP PHARM S.A. a través de la Carta Notarial N°788203, notificada el 12 de mayo de 2021, la cual fue debidamente notificada de manera motivada y sustentada, siendo además que la resolución por fuerza mayor quedó consentida. En consecuencia, [CENARES] deberá devolver la Carta Fianza que le fue otorgada como garantía de fiel cumplimiento”.

- 8.1.2. Como se aprecia, el demandante busca que se declare válida y eficaz su Carta de Resolución Contractual al haber estado motivada y debidamente notificada,



quedando consentida, lo que tendría como consecuencia, la devolución de la carta fianza de fiel cumplimiento.

- 8.1.3. Según se advierte, GP PHARM se encuentra sosteniendo dos argumentos: uno de forma y otro de fondo para buscar que se ampare su pedido; al respecto, el Árbitro Único analizará, en primer término, la alegación del consentimiento de la resolución toda vez que, el solo cumplimiento de este extremo generaría automáticamente, que la resolución no pueda ser discutida en la vía arbitral.
- 8.1.4. Sobre el particular, se tiene que GP PHARM notificó su resolución contractual mediante carta notarial N°788203 el 12 de mayo de 2021, por lo que, de acuerdo con la normativa aplicable al caso concreto, CENARES tenía 30 días hábiles para cuestionar esta resolución, es decir, debió presentar una solicitud de conciliación y/o de arbitraje hasta el 23 de junio de 2021, conforme al artículo 166.3 del Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado:

“166.3. Cualquier controversia relacionada con la resolución del contrato puede ser sometida por la parte interesada a conciliación y/o arbitraje dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes de notificada la resolución. Vencido este plazo sin que se haya iniciado ninguno de estos procedimientos, se entiende que la resolución del contrato ha quedado consentida”

- 8.1.5. Al respecto, se tiene presente que CENARES no cumplió con activar ninguno de los mecanismos de solución de controversias dentro del plazo legal existente para ello por lo que, **LA ENTIDAD DEJÓ CONSENTIR LA RESOLUCIÓN CONTRACTUAL.**
- 8.1.6. En este punto debe precisarse que, el plazo referido en el numeral 8.1.4 es uno de caducidad, ello lo establece la Ley de Contrataciones con el Estado, Ley 30225 en su artículo 45 numerales 45.5 y 45.9:

“Artículo 45. Medios de solución de controversias de la ejecución contractual

45.5 Para los casos específicos en los que la materia en controversia se refiera a nulidad de contrato, resolución de contrato, ampliación de plazo contractual, recepción y conformidad de la prestación, valorizaciones o metrados, liquidación del contrato, se debe iniciar el respectivo medio de solución de controversias dentro del plazo de treinta (30) días hábiles conforme a lo señalado en el reglamento.

(...)

45.9 Todos los plazos señalados en los numerales precedentes son de caducidad”

- 8.1.7. Respecto a los plazos de caducidad para someter a arbitraje ciertas litis, el Organismo Supervisor de las Contrataciones con el Estado, se ha pronunciado

en sendas Opiniones como la N° 152-2019/DTN, precisando que, esta institución jurídica supone la extinción del derecho de acción:

“Como se aprecia, el plazo que tienen las partes para dar inicio a una conciliación en el marco de lo dispuesto por la normativa de contrataciones del Estado, es de caducidad. En este punto, debe tenerse en cuenta que a través de la Opinión N°232-2017/DTN, este Organismo Técnico Especializado ha señalado que la caducidad² es una institución jurídica que se caracteriza, principalmente, por extinguir un derecho material por la inactividad del titular de dicho derecho, privándosele de aquel, luego de transcurrido el plazo fijado por la ley o la voluntad de los particulares³”.

8.1.8. Expuesto lo anterior, **la resolución contractual ejecutada por GP PHARM** sería válida.

8.1.9. Ahora bien, sin perjuicio de lo antes expuesto, se tiene que, CENARES ha cuestionado la motivación de la resolución contractual practicada por GP PHARM; sin embargo, conforme se expuso anteriormente, la normativa de contrataciones con el estado es clara en que, quien no se encuentre de acuerdo con una resolución contractual debe cuestionarla en las vías idóneas **y en la oportunidad debida**.

8.1.10. Por lo tanto, sus cuestionamientos efectuados en instancia arbitral devienen en extemporáneos al haber dejado consentir la resolución realizada por su contraparte.

8.1.11. En este orden de ideas, al haberse determinado válida la resolución contractual ejecutada por el contratista, corresponde ordenarle a CENARES que proceda con la devolución de la garantía de fiel cumplimiento toda vez que el contrato ha culminado, no teniendo sustento legal el que esta parte retenga dicha fianza.

8.1.12. Con atención a los argumentos sostenidos, corresponde que el Árbitro único declare **FUNDADA la Segunda pretensión, por lo que se declara eficaz** la resolución parcial que presentó GP PHARM S.A. a través de la Carta Notarial N° 788203, notificada el 12 de mayo de 2021, y, en consecuencia, se ordena a la Entidad devolver la Carta Fianza que le fue otorgada como garantía de fiel cumplimiento.

8.2. Respecto de la Primera Cuestión Controvertida: Que el Árbitro Único determine si corresponde o no ordenar que se deje sin efecto la Carta Notarial N° 345636 (Carta N°656-2021-DG-CENARES/MINSA) de fecha 24 de

² El artículo 2003 del Código Civil establece que “La caducidad extingue el derecho y la acción correspondiente.” (El subrayado es agregado).

³ PEÑA ACEVEDO, Juan. *Plazos de caducidad para solicitar el arbitraje administrativo en las contrataciones estatales del Perú*. En Arbitraje Panorama Actual del Arbitraje, Biblioteca de Arbitraje. Lima: Editorial Palestra, 2010, vol. 13. página 100.

mayo de 2021, recepcionada por nuestra empresa⁴ el 26 del mismo mes y año, mediante la cual CENARES resolvió parcialmente el Contrato N° 100-A-2020- CENARES/MINSA respecto del Ítem N° 23 Docetaxel 80 mg/2mL INY.

8.2.1. La primera cuestión controvertida versa sobre el cuestionamiento a la resolución parcial del Contrato realizada por CENARES mediante Carta Notarial N° 345636 (Carta N°656-2021-DG-CENARES/MINSA) recepcionada por GP PHARM el 26 de mayo de 2021. Sobre el particular, se observa que CENARES resolvió parcialmente el contrato en base al siguiente sustento:

“[...] En ese mismo sentido, el literal b) del numeral 164.1 del artículo 164° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 344-2018-EF, regula como causal de resolución de contrato, entre otras, la siguiente: “Haya llegado a acumular el monto máximo de la penalidad por mora o el monto máximo para otras penalidades, en la ejecución de la prestación a su cargo”.

En tal sentido, tenemos que el Ítem N° 23: Docetaxel 80mg/2mL del Contrato N° 100-A-2020-CENARES/MINSA, se encuentra con retraso de setenta y siete (77) días correspondiente a la entrega del MES 7, con lo cual se ha llegado a acumular el tope máximo de penalidad por mora en la ejecución de la prestación a su cargo, causal que habilita a la Entidad a resolver el contrato sin requerir previamente el cumplimiento de sus obligaciones contractuales.

Por lo expuesto, y estando a lo dispuesto en la normativa antes citada, se comunica la decisión de la Entidad de resolver parcialmente el Contrato N° 100-A-2020-CENARES/MINSA – Ítem N° 23: Docetaxel 80mg/2mL, sin perjuicio de iniciar las acciones legales que correspondan ante el Tribunal de Contrataciones del Estado [...].”

8.2.2. Se advierte que el motivo de la resolución efectuada por CENARES es la acumulación máxima de penalidad por mora en el cumplimiento de la obligación que tenía GP PHARM a su cargo, al respecto, deben tenerse presente en qué consistía la obligación que tenía a su cargo GP PHARM:

- Objeto contractual: Adquisición de productos farmacéuticos (Bleomicina, Carboplatino, Ciclofosfamida, Cisplatino, Citarabina, Daunorubicina, Docetaxel, Epirubicina Clorhidrato, Etopósido, Irinotecan Clorhidrato y Paclitaxel) en concentraciones, cantidades y formatos farmacéuticos señalados en la cláusula segunda del Contrato.
- Plazo de ejecución: se pactó como plazo de ejecución 12 meses considerándose entregas programadas conforme a un cronograma pre

⁴ Entiéndase GPH PHARM



establecido y condiciones adicionales previstas en la cláusula quinta del Contrato.

- 8.2.3. Ahora bien, el Contrato materia de litis estableció en la Cláusula Décima Quinta que, el retraso **INJUSTIFICADO** en la ejecución de las prestaciones a cargo del contratista (es decir, GP PHARM) conllevaría a que la Entidad (es decir, CENARES) pueda aplicar automáticamente la penalidad por mora. Esto es concordante con el artículo 162 del Reglamento de Contrataciones, el cual establece la aplicación de la penalidad por mora:

“Artículo 162. Penalidad por mora en la ejecución de la prestación

162.1. 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:

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

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*

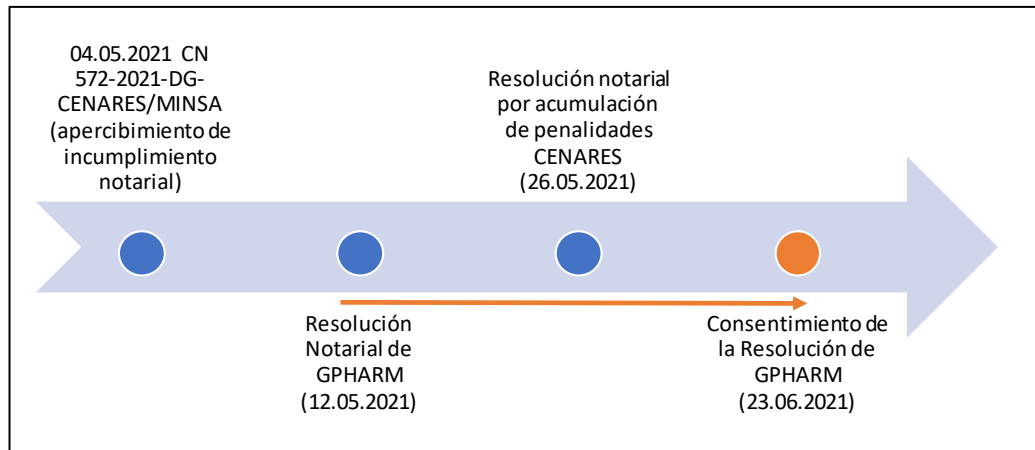
162.2. Tanto el monto como el plazo se refieren, según corresponda, al monto vigente del contrato o ítem que debió ejecutarse o, en caso que estos involucraran obligaciones de ejecución periódica o entregas parciales, a la prestación individual que fuera materia de retraso [...]

- 8.2.4. Es decir, solo ante un incumplimiento injustificado es factible la aplicación de esta penalidad. Al respecto, el Árbitro Único tiene presente que se considera justificado un incumplimiento cuando el mayor tiempo, objetivamente, no sea atribuible al contratista, ello se desprende de una lectura del artículo 162.5 del Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado:

*“162.5. El retraso se justifica a través de la solicitud de ampliación de plazo debidamente aprobado. Adicionalmente, **se considera justificado el retraso y en consecuencia no se aplica penalidad, cuando el contratista acredite, de modo objetivamente sustentado, que el mayor tiempo transcurrido no le resulta imputable.** En ese último caso, la calificación del retraso como justificado por parte de la Entidad no da lugar al pago de gastos generales ni costos directos de ningún tipo.” (Énfasis agregado)*

- 8.2.5. Es el caso que GP PHARM ha alegado, medularmente, dos aspectos: 1) **NO** encontrarse en un atraso injustificado, siendo esta la causa que invoca para que

la resolución contractual de CENARES no sea válida, y 2) Que a la fecha de ejecutada la resolución contractual por parte de CENARES, el contrato ya estaba resuelto, así, en su demanda, a fin de ilustrar este extremo, presentó el siguiente diagrama:



8.2.6. Respecto a la segunda alegación, esto es: que el contrato ya se encontraba resuelto a la fecha de la resolución practicada por CENARES, conforme a lo desarrollado en el numeral 8.1 del laudo arbitral, el Árbitro Único concluye que, en efecto, el Contrato materia de litis quedó resuelto el 12 de mayo de 2021 por lo que, **no es jurídicamente posible que CENARES haya resuelto también el contrato.**

8.2.7. Lo señalado en el párrafo anterior se desprende del principal efecto de una resolución contractual, el cual es culminar la relación jurídica existente, contemplado en el artículo 1371 del Código Civil:

“Artículo 1371.- La resolución deja sin efecto un contrato válido por causal sobreviniente a su celebración”.

Expuesto lo anterior, no sería válida la resolución contractual realizada por CENARES por cuanto, al momento de iniciarla, el vínculo jurídico ya no existía.

8.2.8. Sin perjuicio de lo anterior, respecto al motivo invocado por la entidad para su resolución contractual, el Árbitro Único ha corroborado que si bien, **GP PHARM INCURRIÓ EN UN ATRASO, EL MISMO OBEDECIÓ A CAUSAS IMPUTABLES A LA ENTIDAD Y NO AL CONTRATISTA, ES DECIR, SERÍA UN SUPUESTO DE ATRASO JUSTIFICADO, Y POR TANTO, NO CORRESPONDERÍA LA APLICACIÓN DE UNA PENALIDAD LO QUE IMPLICARÍA A SU VEZ QUE NO PODRÍA HABER ACUMULADO UN MÁXIMO DE PENALIDAD, GENERANDO QUE NO SEA VALIDAD LA RESOLUCIÓN**

CONTRACTUAL EJECUTADA POR LA CAUSAL DE ACUMULACIÓN MÁXIMA DE PENALIDAD.

- 8.2.9. Recordemos que, conforme ha sido expuesto en el numeral 8.2.1 del laudo arbitral, CENARES resuelve el contrato aludiendo un atraso de 77 días en la entrega del Ítem 23 en el mes 7 del Contrato (referido al Docetaxel 80mg/2mL).
- 8.2.10. El principal argumento de CENARES ha sido que los bienes que debía entregar se encontraban definidos, así como las fechas para las entregas, por su parte, GP PHARM ha señalado que, CENARES no le remitió la Orden de Compra de forma oportuna y que ello era necesario ya que las cantidades de requerimiento podían fluctuar.
- 8.2.11. De una revisión de las pruebas aportadas se tiene que si bien los bienes materia del contrato se encontraban definidos y las fechas de entrega se encontraban reguladas en un cronograma, **EFFECTIVAMENTE, LAS CANTIDADES DEPENDÍAN DE LA ORDEN DE COMPRA QUE EMITIESE LA ENTIDAD Y, ANTE EL RETRASO DE ESTA PARTE, RESULTABA INVIABLE EL CUMPLIMIENTO OPORTUNO POR PARTE DEL CONTRATISTA**, conforme se desarrolla a continuación:
- El argumento central de la Entidad sostiene que el contratista sabía cuándo debía de entregar los medicamentos porque existía un cronograma desde el contrato, respeto al Docetaxel 80 mg/2mL:

N° Ítem	Puntos de Entrega	Nombre de los Productos Farmacéuticos	Distribución Mensualizada												Distribución total	N° de Entregas
			Mes 1	Mes 2	Mes 3	Mes 4	Mes 5	Mes 6	Mes 7	Mes 8	Mes 9	Mes 10	Mes 11	Mes 12		
22	ALMACEN CENARES	DOCETAXEL, 20 mg - INYECTABLE	2,500	0	2,500	0	2,000	0	0	0	0	0	0	0	7,000	3
23	ALMACEN CENARES	DOCETAXEL, 80 - INYECTABLE	0	0	0	0	0	0	3,000	0	1,000	0	0	0	4,000	2

- Sin embargo, de una revisión de las especificaciones técnicas y del contrato, particularmente, de la cláusula quinta se advierte lo siguiente:

“CLAÚSULA QUINTA: PLAZO, LUGAR Y CONDICIONES DE ENTREGA

(...)

Formas de las entregas:

(...)

- **La entrega correspondiente al Mes 1 deberá efectuarse según la programación y cantidades establecidas en las bases integradas. A partir de la entrega correspondiente al Mes 2 las cantidades podrán fluctuar en +/- 30% de la cantidad mensual programada, lo que**

será notificada al momento de la emisión de la orden de compra (...). (Énfasis agregado)

ENTREGAS SUCESIVAS:

Para las entregas sucesivas, a partir de la 2da entrega del cronograma, el plazo vence el último día hábil del mes correspondiente. **Las órdenes de compra de las entregas sucesivas deben ser notificadas durante los primeros diez (10) días calendario del mes que corresponde la entrega.**

La ENTIDAD podrá coordinar con el CONTRATISTA la atención por adelantado de cualquier entrega, **siempre y cuando ambas partes estén de acuerdo (...)**. (Énfasis agregado)

Como se aprecia, CENARES debía emitir una orden de compra dentro de los primeros diez (10) días calendario del mes al que correspondía la entrega ¿Por qué se requería esto? Pues debido a que, si bien en el Contrato se incorporó un calendario con entregas, **las cantidades podrían fluctuar.**

- Con relación a la Carta N°041-CENARES de fecha 26 de febrero de 2021, GP PHARM señala que CENARES presentó las Órdenes de Compra N°419, 421, 446, 458, 460, 470, 476 y 478 los días 23, 24 y 25 de febrero de 2021, dejando como fecha para cumplir con su prestación solo hasta el 26 de febrero de 2021, lo cual no se ajustaba a lo pactado en el contrato, tal como se aprecia en el siguiente cuadro:

ORDEN DE COMPRA	PRODUCTO	UNIDADES	FECHA DE RECEPCIÓN	PLAZO DE ENTREGA
419	BLEOMICINA 15	1000	23/02/2021	26/02/2021
421	ETOPOSIDO 10MG	4000	23/02/2021	26/02/2021
446	CISPLATINO 10mg/mL	2000	24/02/2021	26/02/2021
458	CICLOFOSFAMIDA 1G	1000	25/02/2021	26/02/2021
460	DAUNORUBICINA 20MG	2500	24/02/2021	26/02/2021
470	CITARABINA 100MG	2500	24/02/2021	26/02/2021
476	CISPLATINO 50mg	1500	24/02/2021	26/02/2021
478	DOCETAXEL 80mg	3000	24/02/2021	26/02/2021

Por lo que, si bien es cierto, de acuerdo al cronograma estipulado en el anexo del contrato, GP PHARM sabía que tenía que entregar los medicamentos en el mes siete (7), también se estableció en el contrato que las cantidades de las entregas podían variar en un +/- 30%, por lo que, **la emisión de la Orden**



de Compra era necesaria para que GP PHARM pudiera determinar la cantidad exacta para ejecutar su prestación.

8.2.12. Al respecto, la Dirección Técnico Normativa del OSCE mediante la Opinión N° 012-2021/DTN⁵, señaló lo siguiente:

“En esa medida, se advierte que un elemento importante para determinar la aplicación de penalidades por mora consiste en calificar si dicho retraso resulta o no imputable al contratista (...)”

8.2.13. Tal como lo ha descrito Cuba Meneses⁶, existe la posibilidad que esa inimputabilidad de la culpa al contratista sea por un incumplimiento de la Entidad.

*“Se puede armar –frente a este supuesto, que la cláusula penal, no regula un deber jurídico del contratista de ampliar el plazo contractual sino un derecho potestativo de pedir la ampliación del plazo contractual. El contratista decidirá pedir o no la ampliación. Si lo decide solicitar, luego deberá ejercer dicho derecho dentro de uno o de algunos de los casos establecidos en la norma: (i) Cuando se apruebe el adicional, siempre y cuando afecte el plazo; (ii) Por atrasos o paralizaciones no imputables al contratista; (iii) **Por atrasos o paralizaciones en el cumplimiento de la prestación del contratista por culpa de la Entidad**; y (iv) Por caso fortuito o fuerza mayor. (Énfasis agregado)*

Es decir, si bien la norma no lo regula taxativamente, se logra inferir que en los supuestos de “inimputabilidad de la culpa” en el caso de atrasos, incluye cuando ésta puede ser originaria –incluso, de la propia entidad.”

8.2.14. Es así que, no existió un incumplimiento injustificado por parte de GP PHARM porque la causa de atraso no le es imputable a esta parte sino a CENARES al haber incumplido con su obligación de enviar la Orden de compra en los primeros diez (10) días del mes identificando las cantidades del medicamento que requería. En efecto, dicha omisión justificó el incumplimiento de GP PHARM impidiendo que se le pueda aplicar una penalidad por atraso injustificado.

8.2.15. En razón a todo lo expuesto, corresponde al Tribunal Arbitral Unipersonal declarar **FUNDADA** la Primera pretensión, por lo que se deja sin efecto la Carta Notarial N° 345636 (Carta N°656-2021-DGCENARES/MINSA) de fecha 24 de mayo de 2021 por la cual CENARES resolvió parcialmente el Contrato N° 100-

⁵ Dirección Técnico Normativa. (02 de febrero de 2021). Opinión N° 012-2021/DTN, Calificación de retraso justificado como supuesto para la no aplicación de penalidad por mora.

⁶ Cuba, E. (2018). Contratos públicos y buena fe: la tutela de los derechos del administrado en el ordenamiento jurídico peruano. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, 5(2).

A-2020-CENARES/MINSA respecto del Ítem N° 23 Docetaxel 80 mg/2mL, recepcionada por GP PHARM el 26 de mayo de 2021.

8.3. **Respecto de la Tercera Cuestión controvertida: Que el Árbitro Único determine a que parte le corresponde asumir los costos y costas del presente arbitraje.**

8.3.1. El artículo 73 del Decreto Legislativo N° 1071, Ley de Arbitraje, establece que es el tribunal arbitral quien determinará la asunción y distribución de los costos del arbitraje:

“Artículo 73.- Asunción o distribución de costos.

1. *El tribunal arbitral tendrá en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes. A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, **el tribunal arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.** [...]”* (Énfasis agregado)

8.3.2. Estando a lo descrito, el Árbitro Único ha tomado en consideración el grado de colaboración y el resultado del proceso. Además, de la conducta procesal de las partes, este Tribunal advierte que no se ha operado de mala fe ni que ha existido una conducta obstruccionista que perjudicara el inicio del presente arbitraje.

8.3.3. En ese sentido, se ha determinado que cada parte asumirá el cincuenta por ciento (50%) de los costos del arbitraje: gastos administrativos, honorario arbitral y costo pericial.

8.3.4. Conforme a lo informado por la Secretaría Arbitral el 18 de octubre de 2021, se precisa que los la Tasa Administrativa del Centro PUCP y el Honorarios del Árbitros ascendieron a S/. 10,190.00 soles más IGV (Diez Mil Ciento Noventa con 00/100 soles):

Concepto	Monto
Honorarios del Árbitro Único	S/. 4,958.00 neto
Gastos Administrativos del Centro	S/. 5,232.00 neto

8.3.5. Los gastos arbitrales (Honorarios del Tribunal Arbitral y Tasa Administrativa del Centro) fueron asumidos y acreditados en su totalidad por GP PHARM. Por consiguiente, el Tribunal Arbitral Unipersonal considera oportuno ordenar a

CENARES el pago de S/. 5,095.00 soles (Cinco Mil Noventa y Cinco con 00/100 soles) más IGV a GP PHARM, por el concepto del pago asumido en subrogación.

- 8.3.6. Sobre la base de los numerales precedentes, corresponde al árbitro único, declarar **FUNDADA EN PARTE la Tercera pretensión**, por lo que el pago de las costas y costos del proceso arbitral será en un 50% a cada una de las partes; además, asumir sus propios gastos legales de representación y demás gastos que hayan realizado. Por lo tanto, se ORDENA el reembolso de S/. 5,095.00 soles (Cinco Mil Noventa y Cinco con 00/100 soles) más IGV por parte de CENARES a GP PHARM.

9. LAUDO:

En atención a la argumentación precedente y de conformidad con las disposiciones legales que han sido citadas y de acuerdo con lo establecido por la Ley de Arbitraje – Decreto Legislativo N°1071, el Tribunal Arbitral por unanimidad y en Derecho, se **RESUELVE DECLARAR:**

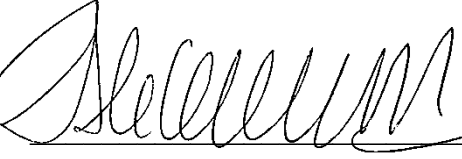
PRIMERO: Declarar **FUNDADA** la primera pretensión, por lo que se deja sin efecto la Carta Notarial N° 345636 (Carta N°656-2021-DGCENARES/MINSA) de fecha 24 de mayo de 2021, mediante la cual CENARES resolvió parcialmente el Contrato N° 100-A-2020-CENARES/MINSA respecto del Ítem N° 23 Docetaxel 80 mg/2mL.

SEGUNDO: Declarar **FUNDADA** la segunda pretensión, por lo que se declara la eficacia de la resolución parcial que presentó GP PHARM S.A., a través de la Carta Notarial N° 788203, notificada el 12 de mayo de 2021, siendo que la resolución por fuerza mayor quedó consentida. En consecuencia, la Entidad deberá devolver la Carta Fianza que le fue otorgada como garantía de fiel cumplimiento.

TERCERO: Declarar **FUNDADA EN PARTE** la tercera pretensión, por lo que el pago de las costas y costos del proceso arbitral será asumido en un 50% por cada una de las partes; además, asumen sus propios gastos legales de representación y demás gastos que hayan realizado. Por lo tanto, **ORDÉNESE** el reembolso de S/. 5,095.00 soles (Cinco Mil Noventa y Cinco con 00/100 soles) por parte de CENARES a GP PHARM.

CUARTO: REGÍSTRESE el presente laudo arbitral en el SEACE conforme a lo dispuesto en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Notifíquese a las partes.


Alonso Morales Acosta
Árbitro Único