

**CÁMARA DE COMERCIO DE LIMA
CENTRO DE ARBITRAJE**

Caso Arbitral N° 0163-2021-CCL

**PERUFARMA S.A.
vs.
CENTRO NACIONAL DE ABASTECIMIENTO DE RECURSOS
ESTRATEGICOS EN SALUD**

LAUDO

Miembros del Tribunal Arbitral:

Fernando Cantuarias Salaverry (Presidente)
Rolando Eyzaguirre Maccan (Árbitro)
Leonardo Manuel Chang Valderas (Árbitro)

Secretaría Arbitral:

Anna Paula Tamayo Ríos

ÍNDICE

I. ANTECEDENTES.....	3
II. CONVENIO ARBITRAL, LAS PARTES Y SUS ABOGADOS	3
II.1 INICIO DEL PROCESO Y REGLAS APLICABLES.....	7
II.2 CONSIDERACIONES PRELIMINARES.....	7
II.3 LA DEMANDA Y SU CONTESTACIÓN.....	8
II.4 ACTUACIONES ARBITRALES.....	9
CONSIDERANDO.....	10
III. CUESTIONES PRELIMINARES.....	10
IV. ANÁLISIS DE LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA, SUS ACCESORIAS Y DE LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA.....	11
V. DISTRIBUCIÓN DE LOS HONORARIOS DEL TRIBUNAL, LOS GASTOS ADMINISTRATIVOS Y LOS GASTOS LEGALES.....	41
VI. PARTE RESOLUTIVA.....	42
LAUDA.....	42

ORDEN PROCESAL N° 5

Lima, 8 de junio de 2022

VISTOS:

I. ANTECEDENTES

1. El 25 de marzo de 2019, el Centro Nacional de Abastecimiento de Recursos Estratégicos en Salud (en adelante, "CENARES" o el "DEMANDADO") y PERUFARMA S.A. (en adelante, "PERUFARMA" o el "DEMANDANTE") suscribieron el Contrato N° 034-2019-CENARES (en adelante, el "CONTRATO").
2. En la ejecución del CONTRATO surgieron controversias entre las partes que son objeto del presente proceso arbitral.

II. CONVENIO ARBITRAL, LAS PARTES Y SUS ABOGADOS

3. En la cláusula Vigésima del CONTRATO, las partes pactaron el siguiente convenio arbitral:

CLÁUSULA VIGÉSIMA: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

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

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 conformado por tres (3) árbitros. El orden de prelación de las instancias arbitrales a cargo de la solución de controversias es el siguiente:

- Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima
- Centro de Arbitraje del Colegio de Abogados de Lima
- Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

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 inciso 45.8 del artículo 45 de la Ley de Contrataciones del Estado.

4. Conforme a este pacto, las partes se han sometido a un arbitraje de derecho, nacional, institucional y administrado por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima. Las partes en momento alguno han observado la forma cómo los árbitros han sido designados, las Reglas del Arbitraje aprobadas ni tampoco han alegado la falta de competencia de este Tribunal Arbitral para analizar y resolver las controversias sometidas a su conocimiento.

5. Son partes en el arbitraje:

1. DEMANDANTE

Denominación:
Perufarma S.A.

R.U.C. :
20100052050

Dirección:
Jr. Santa Francisca
Romana N°1092, Urb.
Pando, Cercado de Lima

Teléfono:
996155715 – 940435497

Representante:
Ingrid Yusara
Mendoza Durand

Abogados:
Estudio Muñiz, Olaya,
Meléndez, Castro,
Ono & Herrera Abogados
Katherine Amaro
Palomino
Carlos Morán Gallegos

Domicilio procesal:

Calle Las Begonias
N°475, Piso N° 6, San
Isidro

B. DEMANDADO

Denominación:
Centro Nacional de Abastecimiento de Recursos Estratégicos en Salud
CENARES

R.U.C.:
20538298485

Dirección:
Av. Arequipa N°810, Piso
N°9, Cercado de Lima

Teléfono:
9990552800

Representante:
Carlos Enrique
Cosavalente Chamorro

Abogados:
Carlos Arcángel Villegas
Rojas
Daniel Alberto Juárez
Fernández

David Fuentes Rivera
Chaupis
Diana Merino Obregón
Francisco Javier Sosa
Cardenas
Geraldine Gell Contreras
Horna
Gianinna Giselle Espiritu
Palomino
Janet Ivonne Valdivia De
La Cruz

3

Jazmín Gianina Monrroy
Polanco
Jessica Hellen Rivera
Marcos
Julio César Suárez Chalco
Karina Milagros Zavala
Montoro
Lizeth Geraldine
Zambrano Campos
Melody Naomi Takayesu
Tessey
Samuel Pillihuaman
Peñañiel
Svetlana Galia Casimiro
Rivera
Yohana Angela Morales
Flores
Yolanda Janeth Cabrera
Vargas
Lady Melissa Huari
Florencio
Milagros Yazmin Alarcón
Molina
Carmen Luz Danitza
Bastida Torres
Luisana Isell Vega Zeña
Silvia Amparo Vidal
Escudero
Gladys Roxana Marcos
Sotelo
Noella Evelin Anchela
Oscate
Santiago Huaunate
Allcahuaman
Carla Amado
Alvare Katherina
Dhanny Molina Aybar

II.1 INICIO DEL PROCESO Y REGLAS APLICABLES

Inicio del Proceso Arbitral y designación de los Árbitros

6. Surgidas las controversias, las partes designaron a sus árbitros. PERUFARMA designó al abogado Rolando Eyzaguirre Maccan y CENARES al abogado Leonardo Manuel. Los árbitros nombraron como Presidente del Tribunal Arbitral al abogado Fernando Cantuarias Salaverry.

Reglas del Arbitraje

7. Mediante Orden Procesal N° 1 de 18 de octubre de 2021, el Tribunal Arbitral propuso a las partes las reglas procesales aplicables a este arbitraje y les otorgó un plazo para que se pronuncien.
8. PERUFARMA se pronunció mediante escrito de 22 de octubre de 2021. CENARES hizo lo propio mediante escrito de 29 de octubre de 2021.
9. El 5 de noviembre de 2021, el Tribunal Arbitral emitió la Orden Procesal N° 3 aprobando las reglas procesales a las que se somete este arbitraje. Cabe destacar que las partes no han observado estas reglas a lo largo del arbitraje.

El Convenio Arbitral y la Competencia del Tribunal Arbitral

10. Conforme al convenio arbitral acordado por las partes, este arbitraje es uno nacional, institucional, de derecho y administrado por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (en adelante, “el CENTRO”).

II.2 CONSIDERACIONES PRELIMINARES

11. El Tribunal Arbitral advierte a las partes que la valoración de las pruebas en que se sustenta la decisión y los fundamentos de hecho y de derecho para admitir o rechazar las respectivas pretensiones y defensas de las partes, se van a desarrollar en forma conjunta en los considerandos del presente laudo.
12. El Tribunal Arbitral deja expresa constancia de que en el proceso arbitral se ha actuado de conformidad con lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 43 de la Ley de Arbitraje, en el que se señala que:

“El Tribunal Arbitral tiene la facultad para determinar de manera exclusiva, la admisión, pertinencia, actuación y valor de las pruebas y para ordenar en cualquier momento la presentación o la actuación de las pruebas que estime necesarias”.

II.3 LA DEMANDA Y SU CONTESTACIÓN

13. Mediante escrito de 20 de diciembre de 2021, PERUFARMA presentó su memorial de demanda, siendo sus pretensiones las siguientes:

- (i) **Primera pretensión principal:** Que, se declare que el retraso en la primera y segunda entrega prevista en la Orden de Compra N°0000552 de los 21,400 y 17,800 inyectables de Cisplatino 50 mg fue ocasionado por un hecho justificado y, por tanto, el mayor tiempo transcurrido no le resulta imputable a mi representada.
- (ii) **Primera pretensión accesoria a la Primera pretensión principal:** Que, se deje sin efecto la aplicación de la penalidad equivalente a S/.85,680.00 (Ochenta y Cinco Mil Seiscientos Ochenta con 00/100 Soles), al haberse sustentado de forma objetiva que el retraso de 113 y 154 días calendarios en la primera y segunda entrega del Cisplatino 50 mg, respectivamente, fue justificado y, por tanto, el mayor tiempo transcurrido no le resulta imputable a PERUFARMA.
- (iii) **Segunda pretensión accesoria a la Primera pretensión principal:** Que, se revoque la decisión unilateral de la Entidad de resolver parcialmente el Contrato N°034-2019-CENARES, que fue comunicado a través de la Carta Notarial N°319201, que contiene la Carta N°1065-2020-DG-CENARES/MINSA, notificada el día 09 de noviembre de 2020.
- (iv) **Segunda pretensión principal:** Que, se declare la resolución parcial del Contrato N°034-2019-CENARES de mutuo acuerdo, sin responsabilidad para las partes; toda vez que, el retraso en la entrega se debió a causas no imputables a mi representada y al considerar que la continuación del contrato no es de interés para la Entidad, tal como consta en el numeral 1.11 del Informe N°065-2020-CADQD-CENARES/MINSA, ni para nuestra empresa.
- (v) **Tercera pretensión principal:** Que, se declare el pago de costos y costas del proceso a cargo del demandado.

14. El 28 de enero de 2022, CENARES presentó un escrito solicitando se rechace la demanda y se declare la terminación de las actuaciones arbitrales, toda vez que PERUFARMA debió presentar su escrito de demanda el 20 de enero de 2022 y lo hizo recién el 21 de enero del 2022. El 2 de febrero de 2022 PERUFARMA se pronunció al respecto.
15. El Tribunal Arbitral mediante Orden Procesal N° 4 de 8 de febrero de 2022, consideró acreditado que el escrito de demanda de PERUFARMA fue enviado a la cadena de correos electrónicos el 20 de diciembre de 2021; es decir, dentro del plazo estipulado en el calendario provisional de actuaciones arbitrales. Por tanto, se desestimó el pedido de CENARES.
16. CENARES presentó su memorial de contestación de la demanda el 25 de enero de 2022, solicitando que se declaren infundadas las pretensiones de su contraria.

II.4 ACTUACIONES ARBITRALES

17. En sus memoriales postulatorios, las dos partes ofrecieron el mérito de prueba documental, la cual no ha merecido observación alguna.
18. Con la debida anticipación, el Tribunal Arbitral a través de correos electrónicos remitidos por su Presidente a las partes, coordinó con ellas el desarrollo de la Audiencia.
19. El 5 de abril de 2022, CENARES solicitó la reprogramación de la Audiencia. PERUFARMA en la misma fecha convino en la reprogramación.
20. Luego de coordinar, el Tribunal Arbitral y las partes, mediante correo electrónico del Presidente del Tribunal Arbitral de 7 de abril de 2022, se dispuso que la Audiencia se llevará a cabo el 27 de abril de 2022.
21. Tal y como se coordinó con la debida anticipación con las partes, el 27 de abril de 2022, se llevó adelante la Audiencia, oportunidad en la que las partes ilustraron al Tribunal Arbitral acerca de sus respectivas posiciones.
22. Al final de esta Audiencia, las partes y el Tribunal Arbitral acordaron lo siguiente:
 - Otorgar a las partes hasta el 16 de mayo de 2022, para que presenten sus alegatos escritos finales y sus costos.
 - Las partes expresamente renunciaron a la realización de una audiencia de informes orales.
23. El 16 de mayo de 2022, las partes presentaron sus memoriales de alegatos escritos finales y costos.

24. Este Colegiado mediante Orden Procesal N° 4 de 23 de mayo de 2022, dispuso cerrar las actuaciones y proceder a laudar dentro de los cincuenta (50) días hábiles siguientes; plazo que vencerá el próximo 5 de agosto de 2022.
25. El 7 de junio de 2022, CENARES informó haber cumplido con registrar este caso en el SEACE.
26. Por tanto, este Colegiado procede a laudar dentro del plazo reglamentario correspondiente.

CONSIDERANDO:

III. CUESTIONES PRELIMINARES

27. Antes de ingresar a analizar las pretensiones de las partes, corresponde confirmar lo siguiente:
 - Este Tribunal Arbitral se constituyó de conformidad con el convenio arbitral celebrado entre las partes, el reglamento de arbitraje aplicable y la Ley de Arbitraje.
 - PERUFARMA presentó su demanda dentro del plazo dispuesto, ofreció y actuó sus respectivos medios probatorios y ejerció plenamente su derecho de defensa. CENARES fue debidamente emplazado con la demanda, la contestó, ofreció y actuó sus respectivos medios probatorios y también ejerció plenamente su derecho de defensa.
 - El Tribunal Arbitral ha realizado las Audiencias necesarias para que las partes sustenten en profundidad sus posiciones.
 - Las partes han tenido la facultad de presentar sus respectivos memoriales de alegatos escritos finales y, en ejercicio de su libertad, han renunciado a su derecho de informar oralmente.
 - El Tribunal Arbitral está procediendo a laudar dentro del plazo dispuesto en el presente proceso arbitral.

IV. ANÁLISIS DE LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA, SUS ACCESORIAS Y DE LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA

- (i) **Primera pretensión principal:** Que, se declare que el retraso en la primera y segunda entrega prevista en la Orden de Compra N°0000552 de los 21,400 y 17,800 inyectables de Cisplatino 50 mg fue ocasionado por un hecho justificado y, por tanto, el mayor tiempo transcurrido no le resulta imputable a mi representada.
- (ii) **Primera pretensión accesoria a la Primera pretensión principal:** Que, se deje sin efecto la aplicación de la penalidad equivalente a S/.85,680.00 (Ochenta y Cinco Mil Seiscientos Ochenta con 00/100 Soles), al haberse sustentado de forma objetiva que el retraso de 113 y 154 días calendarios en la primera y segunda entrega del Cisplatino 50 mg, respectivamente, fue justificado y, por tanto, el mayor tiempo transcurrido no le resulta imputable a PERUFARMA.
- (iii) **Segunda pretensión accesoria a la Primera pretensión principal:** Que, se revoque la decisión unilateral de la Entidad de resolver parcialmente el Contrato N°034-2019-CENARES, que fue comunicado a través de la Carta Notarial N°319201, que contiene la Carta N°1065-2020-DG-CENARES/MINSA, notificada el día 09 de noviembre de 2020.
- (iv) **Segunda pretensión principal:** Que, se declare la resolución parcial del Contrato N°034-2019-CENARES de mutuo acuerdo, sin responsabilidad para las partes; toda vez que, el retraso en la entrega se debió a causas no imputables a mi representada y al considerar que la continuación del contrato no es de interés para la Entidad, tal como consta en el numeral 1.11 del Informe N°065-2020-CADQD-CENARES/MINSA, ni para nuestra empresa.

28. El Tribunal Arbitral seguidamente analizará en conjunto estas pretensiones, ello debido a que se encuentran directamente relacionadas.

Posición de PERUFARMA

29. Respecto de su Primera Pretensión Principal, PERUFARMA identifica que CENARES resolvió el CONTRATO tras aplicar el monto máximo de la penalidad moratoria (10% del monto contractual), al creer que el retraso en la primera y la segunda entrega de los 21,400 y 17,800 inyectables de Cisplatino 50 mg es injustificado e imputable a PERUFARMA, cuando afirma que en realidad la

demora en ambas entregas se debió a la ocurrencia de un hecho justificado y no imputable.

30. Conforme a lo dispuesto en la cláusula Tercera del CONTRATO, PERUFARMA debía proveer en total 71,400 inyectables de Cisplatino 50 mg en cuatro (4) entregas distribuidas en el Mes 1, Mes 3, Mes 5 y Mes 7, conforme al cronograma general incluido en el Anexo N° 1 del CONTRATO.
31. En el caso de la primera entrega (entiéndase, la entrega del Mes 1), CENARES debía notificar a PERUFARMA una Orden de Compra dentro del plazo de ochenta (80) días calendarios, contados a partir del día siguiente de suscrito el CONTRATO; mientras que, para las entregas sucesivas (entiéndase, las entregas del Mes 3, Mes 5 y Mes 7), CENARES debía notificar a PERUFARMA la Orden de Compra durante los primeros diez (10) días calendarios del mes que corresponde la entrega, tal como consta en el numeral 5.3 de la cláusula Quinta del CONTRATO. De modo tal que PERUFARMA pudiese realizar la primera entrega dentro de los noventa (90) días calendarios, contados a partir del día siguiente de la suscripción del CONTRATO, y las entregas sucesivas hasta el último día hábil del mes correspondiente, los cuales, tenían que efectuarse cumpliendo las condiciones descritas en numeral 5.4 de la cláusula Quinta del CONTRATO. Es decir, para cada entrega, PERUFARMA debía adjuntar, entre otros documentos: (i) una copia simple del Registro Sanitario vigente emitido por la Dirección General de Medicamentos, Insumos y Drogas (en adelante, DIGEMID); (ii) una copia simple del Certificado de Buenas Prácticas de Manufactura y Certificado de Buenas Prácticas de Almacenamiento vigentes a la fecha de entrega; y, (iii) una copia del Informe de Ensayo de Control de calidad del lote que se entregaría en estado CONFORME, el cual, debía ser muestreado de forma previa a la entrega por un Laboratorio de la Red de laboratorios oficiales de control de calidad, conforme lo descrito en el numeral 4.3 de las Bases Integradas y de acuerdo con las condiciones descritas en el numeral 4.3.1 “Pruebas y requerimiento de Muestras para análisis de control de calidad” de las Bases Integradas.
32. En ese sentido, y considerando que se recibiría la primera orden de compra para cubrir la primera entrega del producto requerido (entiéndase, la entrega del Mes 1) dentro del plazo de ochenta (80) días calendarios, contados a partir del día siguiente de suscrito el CONTRATO, es decir, aproximadamente, la quincena de junio de 2019 (ya que el CONTRATO se firmó el 25 de marzo de 2019), PERUFARMA el 8 de abril del 2019 —inmediatamente después de suscribir el CONTRATO y con el afán de abastecerse con la debida anticipación del stock suficiente de los productos requeridos por CENARES— colocó la Orden de Compra N° 000-19538 a la empresa ACCORD HEALTHCARE S.A.C (en adelante, “ACCORD”), empresa autorizada por el Laboratorio fabricante INTAS PHARMACEUTICALS LTD para la importación del producto Cisplatino 50mg en el Perú, a fin de que esta se encargue de la importación y abastecimiento de 22,480 inyectables de Cisplatino 50mg a favor de PERUFARMA.

33. El 9 de abril de 2019, mediante correo electrónico la empresa ACCORD confirmó que entregaría los 22,480 inyectables de Cisplatino 50mg la segunda semana de mayo del 2019, dando tiempo suficiente para efectuar las pruebas de control de calidad del lote que se suministraría como primera entrega a CENARES, así como para cumplir con su propia entrega a tiempo, prevista posteriormente para el 23 de junio de 2019, tal como lo dispuso CENARES en la Orden de Compra N° 0000552 que fue notificada el 9 de mayo de 2019.
34. Sin embargo, una vez que se cumplió la fecha para la entrega de dichos inyectables, ACCORD no les suministró la cantidad total requerida (22,480 inyectables de Cisplatino 50mg). Recién el día 6 de junio de 2019 —casi tres (3) semanas después de la fecha de entrega comprometida por ACCORD y luego de constantes requerimientos—, ACCORD entregó 1,500 inyectables de Cisplatino 50mg, como consta en la Guía de Remisión N° 001-0022170 emitida por dicha empresa y sellada por PERUFARMA, como de la Factura Electrónica N° F001-0003035, donde se podrá apreciar que dicha empresa requirió el pago de los 1,500 inyectables entregados, en atención a la Orden de Compra N° 000-195382.
35. Teniendo en cuenta que este retraso en el abastecimiento de este producto dilataría el proceso del control de calidad de este lote (identificado con N° X12475) y de los otros lotes que se esperaba fuesen entregados antes de la fecha de vencimiento (23 de junio de 2019), para la primera entrega de los inyectables a CENARES, PERUFARMA instó reiteradamente a la empresa ACCORD mediante diversos correos electrónicos, entre los cuales destaca el email enviado el 20 de junio de 2019, a cumplir urgentemente con la entrega de los inyectables restantes, exponiéndoles los riesgos a los que PERUFARMA estaría expuesto de no cumplir a tiempo con CENARES. Pero ACCORD no cumplió con la entrega.
36. El 28 de junio de 2019, mediante correo electrónico, ACCORD informó sucintamente que estaban teniendo problemas para entregar los inyectables requeridos, debido a un incremento del costo de éste (que posteriormente explicó formalmente en una carta), comprometiéndose a entregar 7,000 inyectables de Cisplatino 50 mg la primera semana de julio del 2019 y 11,000 inyectables más a inicios de la segunda semana del mes de julio del 2019, considerando que en el mes de mayo del 2019 ya se había efectuado la entrega de 1,500 inyectables.
37. Sin embargo, a pesar de que se comprometieron a proveer en total 18,000 inyectables de Cisplatino 50 mg para la 1era y 2da semana del mes de julio del 2019, ACCORD no cumplió con la entrega íntegra de los mismos en la fecha prometida; ya que, únicamente, entregó 10,981 inyectables el día 23 de julio de 2019; 3,000 inyectables el 27 de agosto de 2019; 3,736 y 413 inyectables los días 16 y 20 de setiembre del mismo año, respectivamente (adjunta las Guías de Remisión y Facturas con las que ACCORD entregó los 18,130 inyectables de Cisplatino 50 mg).

38. Por tal razón, recién una vez que concluyeron las pruebas de control de calidad de los lotes entregados por ACCORD conforme lo dispuesto en el numeral 4.3 de las Bases Integradas, el 1 de octubre de 2019 pudieron entregar parcialmente a CENARES los 17,224 inyectables de Cisplatino 50mg (Guías de Remisión N° 001-2430297 y N° 001-2430284), quedando pendiente la entrega de 4,176 inyectables.
39. Los 4,176 inyectables restantes fueron proveídos a CENARES el 16 de octubre de 2019, fecha en la que se culminó el suministro íntegro de la primera entrega (cuya solicitud era de 21,400 inyectables de Cisplatino requeridos), como se aprecia de la Guía de Remisión N° 001-2437918; luego de que el 14 de octubre del mismo año, mediante Carta N° 190-2019-CENARES/MINSA, dicha Entidad brindara su autorización para internar los 4,176 inyectables de Cisplatino —pendientes para completar la cantidad total requerida por CENARES para la primera entrega— correspondientes a los Lotes Y05627 y Y05625, cuya fecha de vencimiento (31 de marzo de 2021) era menor a los dieciocho (18) meses requeridos en las Bases.
40. Los 6,140 inyectables de Cisplatino 50 mg correspondientes a los Lotes Y05627 y Y05625, cuya fecha de vencimiento (31 de marzo de 2021) era menor a los dieciocho (18) meses, fueron entregados por ACCORD el 16 de julio de 2019, como consta de las Guías de Remisión y Facturas correspondientes.
41. El 19 de agosto de 2019, mediante correo electrónico, ACCORD informó formalmente que las razones de su retraso se debieron a que la planta de fabricación del Laboratorio Intas Pharmaceuticals Ltd ubicada en Matoda (India) sufrió una reducción en su nivel de producción de Cisplatino, como consecuencia de la escasez de las materias primas necesarias para su fabricación, lo cual trajo consigo un incremento del precio de este medicamento en más del 100% de su precio original a raíz de su alta demanda en los países de Europa, Asia, América Latina y El Caribe, siendo esto informado de forma oficial a PERUFARMA con la Carta S/N de 20 de agosto de 2019.
42. El 2 de septiembre de 2019, mediante Carta S/N, PERUFARMA trasladó formalmente a CENARES la carta notificada por ACCORD, exponiendo las dificultades que tuvo dicha compañía como proveedor e importador de los inyectables de Cisplatino 50mg para abastecerse y abastecerlos de dicho producto oportunamente en los plazos inicialmente acordados, los cuales motivaron su retraso de forma consecutiva, dando lugar a su solicitud de ampliación del plazo por la demora justificada de la primera e, inclusive, la segunda entrega de inyectables de Cisplatino 50 mg, al amparo de lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 140 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (en adelante, “RELCE”); toda vez que, entiende, no pudo efectuar ambas entregas en los plazos señalados en la Orden de Compra N° 0000552, ya que la reducción en el nivel de producción del Cisplatino en la planta de fabricación del Laboratorio Intas Pharmaceuticals Ltd ubicada en Matoda (India) —a raíz de la escasez de las materias primas necesarias para su fabricación— trajo consigo

que su proveedora e importadora de dicho producto (la empresa ACCORD) tuviese que esperar la oportunidad de entrega del fabricante, quien no sólo incrementó el precio de éste como consecuencia del alza del precio de las materias primas, sino que dilató su abastecimiento como consecuencia de la alta demanda de este producto en el mercado mundial.

43. CENARES declaró improcedente su solicitud de ampliación de plazo, alegando que fue presentada de forma anticipada a la fecha de culminación del hecho generador, tal como consta en la Carta N° 152-2019-DG-CENARES/MINSA de 16 de septiembre de 2019. Sin embargo, PERUFARMA alega que cumplió con poner en conocimiento de la Entidad y acreditar la ocurrencia de este hecho no imputable, lo cual le impidió cumplir con sus obligaciones contractuales oportunamente; pues, las dificultades provocadas por este hecho se mantuvieron durante todo el 2019, retrasando la primera, segunda, tercera y cuarta entrega de la Orden de Compra N° 0000552 previstas para los días 29 de junio, 29 de agosto, 31 de octubre y 31 de diciembre de 2019, respectivamente.
44. En efecto, a raíz de la demora de ACCORD en la atención de su primera Orden de Compra N° 000-19538, recién a partir del 25 de octubre de 2019 hasta el 27 de enero de 2020, ACCORD pudo aprovisionarles 18,790 inyectables de Cisplatino 50mg, cantidad que cubriría los 17,800 inyectables requeridos por CENARES como segundo entregable (como consta de las guías de remisión correspondientes).
45. Concluidas las pruebas correspondientes, el 30 de enero de 2020 se entregó a CENARES los 17,800 inyectables de Cisplatino 50mg, como consta en la Guía de Remisión N° 001-2494296.
46. PERUFARMA reconoce que, debido a estas complicaciones y las antes expuestas, no pudo cumplir oportunamente con la segunda, tercera y cuarta entrega requerida por CENARES.
47. El 29 de noviembre de 2019, PERUFARMA recibió la Carta Notarial N° 65795, que contenía la Carta N° 276-2019-DG-CENARES/MINSA, mediante la cual CENARES requirió cumplir con la segunda y tercera entrega de la Orden de Compra N° 0000552, frente a lo cual mediante la Carta Notarial N° 068705 de 5 de diciembre de 2019, hizo saber que había solicitado, mediante Carta S/N de 4 de diciembre de 2019, una ampliación del plazo hasta la tercera semana de junio de 2020 para la segunda, tercera y cuarta entrega del producto Cisplatino 50 mg que hacían un total de 47,000 inyectables; toda vez que, el día 3 de diciembre de 2019, a través de la Carta S/N de esa misma fecha, la empresa ACCORD había comunicado que no iba a poder realizar la importación de dichos medicamentos, pues DIGEMID tenía pendiente aprobar su trámite de actualización de su registro sanitario (requisito indispensable para la importación de dichos medicamentos y para la entrega a CENARES) con la nueva ubicación de la planta de fabricación del medicamento, el cual fue solicitado el 20 de

noviembre de 2019, a raíz del cambio de ubicación de la planta de Matoda (Indica) a Pharmez (India) realizado por el Laboratorio fabricante (Intas Pharmaceuticals Ltd) en el mes de setiembre de 2019.

48. Como dicha situación escapó de su esfera de control, CENARES aceptó mediante Carta N° 337-2019-DG-CENARES/MINSA, recibida el 20 de diciembre de 2019, que PERUFARMA pudiese efectuar la segunda, tercera y cuarta entrega hasta la tercera semana de junio de 2020, pues, de acuerdo a lo dispuesto, en el Memorando N° 1271-2019-CP-CENARES/MINSA, el Centro de Programación del CENARES informó que contaba con suficiente stock para atender las necesidades del producto a los establecimientos de salud que brindan atención oncológica hasta el mes de agosto de 2020. Hecho que, inclusive, se prolongó durante todo el 2020; ya que a raíz de la aprobación del Decreto Supremo N° 008-2020-SA y sus modificatorias, con el cual el Gobierno declaró al país en Estado de Emergencia Sanitaria Nacional, la gran mayoría de establecimientos de salud de la red de CENARES se enfocaron en la prestación del servicio de salud vinculado a contrarrestar la enfermedad provocada por la pandemia del COVID-19. Tan es así que, cuando PERUFARMA consultaba telefónicamente con los responsables de CENARES para que informasen si aún contaban con suficiente stock del Cisplatino 50mg o requerían la atención de éste —pues, antes de programar cualquier envío debía asegurarles de que los establecimientos de salud requerían los productos y los recibirían una vez que llegasen a sus almacenes— en varias oportunidades les informaron que contaban con suficiente stock, como consta de los correos electrónicos de 9 y 10 de marzo de 2020, enviado por la Química Farmacéutica de CENARES, la Srta. María Salinas, quien —luego de haberse resuelto el CONTRATO— les solicitó el canje de los inyectables de Cisplatino 50 mg entregados a la Entidad, explicando que debido al estado de emergencia sanitaria en el país, se priorizó la atención de COVID-19, mientras que la atención de otras especialidades médicas se vio disminuida, lo cual generó que cuenten con un sobre stock del producto en sus almacenes.
49. Mediante Carta S/N de 10 de setiembre de 2020, PERUFARMA consultó a CENARES si aún persistía su necesidad de continuar con la atención de la Orden de Compra N° 0052-2019 o aún contaban con suficiente stock del Cisplatino 50mg por algunos meses adicionales; ya que, al 30 de enero de 2020, PERUFARMA logró adquirir y realizar la segunda entrega de 17,800 inyectables de Cisplatino 50 mg a CENARES, tal como consta con la Guía de Remisión N° 001-2494296.
50. No obstante, CENARES decidió de forma automática resolver parcialmente el CONTRATO respecto a la tercera y cuarta entrega del Ítem N° 16: Cisplatino 50MG INY, alegando la acumulación del monto máximo de la penalidad por mora equivalente a S/ 85,680.00, a raíz del supuesto retraso injustificado de 113 y 154 días calendarios en la primera y segunda entrega, a pesar de haber puesto en conocimiento de la Entidad y acreditado la ocurrencia del hecho generador del atraso no imputable a PERUFARMA.

51. A continuación, PERUFARMA observa el numeral 1.11 del Informe N° 065-2020-CADQD-CENARES/MINSA —adjunto a la Carta Notarial N° 319201 de resolución parcial del CONTRATO—, en el cual, CENARES afirma que no persiste su necesidad de que PERUFARMA le suministre la tercera y cuarta entrega pendiente del producto Cisplatino 50 mg, debido a la disminución de la oferta —demanda de los servicios de oncología y el suministro paralelo de dicho medicamento a nivel de establecimientos de salud, provocando un sobre stock en el almacén de CENARES, dejando entrever que el motivo principal de la Entidad para resolver la orden de compra no radica en la acumulación de penalidad moratoria, sino más bien en el sobre stock de dicho producto.
52. Por tanto, al amparo del último párrafo del artículo 133 del RELCE, solicita que se declare que el retraso en la primera y segunda entrega, fue ocasionado por un hecho no imputable a PERUFARMA, el cual, estaría totalmente justificado.
53. Sobre la primera pretensión accesorio a la primera pretensión principal, solicita que tras reconocer que el retraso en la primera y segunda entrega prevista en la Orden de Compra N° 0000552 de los 21,400 y 17,800 inyectables de Cisplatino 50 mg fue ocasionado por un hecho no imputable, el cual estaría totalmente justificado; pide tener en cuenta lo dispuesto en el último párrafo del artículo 133 del RELCE.
54. En ese sentido, insiste que el hecho generador de su retraso en la entrega de los inyectables fue propiciado por un hecho ajeno a su voluntad, que escapó de su esfera de control; pues, a pesar de haber actuado de forma diligente para aprovisionarse con los productos requeridos por CENARES con suma anticipación, la empresa ACCORD (importadora y proveedora autorizada por el Laboratorio fabricante INTAS PHARMACEUTICALS LTD) no pudo abastecerse y abastecerlos de dicho producto oportunamente en los plazos inicialmente acordados; toda vez que, la planta de fabricación del Laboratorio Intas Pharmaceuticals Ltd ubicada en Matoda (India) redujo su nivel de producción del Cisplatino, a raíz de la escasez de las materias primas necesarias para su fabricación, lo cual implicó que la empresa ACCORD tuviese que esperar la oportunidad de entrega del fabricante, quien no sólo incrementó el precio de éste como consecuencia del alza del precio de las materias primas, sino que, además, dilató su abastecimiento como consecuencia de la alta demanda de este producto en el mercado mundial.
55. En consecuencia, afirma que CENARES habría aplicado indebidamente las penalidades moratorias a raíz del supuesto retraso injustificado de 113 y 154 días calendarios en la primera y segunda entrega del Cisplatino 50 mg, respectivamente.
56. Sobre la segunda pretensión accesorio a la primera pretensión principal, pide que conforme a lo dispuesto en el numeral 36.1 de la Ley de Contrataciones del Estado (en adelante, la LCE) y el artículo 135 del RELCE, en atención a los cuales, la Entidad únicamente puede resolver el CONTRATO cuando el

contratista ha incumplido injustificadamente sus obligaciones contractuales, legales o reglamentarios, pese a haber sido requerido para ello, lo cual, no ha ocurrido en el presente caso, o cuando el contratista haya llegado a acumular el monto máximo de la penalidad por mora en la ejecución de la prestación a su cargo, en cuyo caso, de declararse fundada su primera pretensión accesoria a la primera pretensión principal, correspondería dejar sin efecto la resolución parcial del CONTRATO.

57. Sobre la Segunda Pretensión Principal, solicita tener en cuenta que el CONTRATO se suscribió el 25 de marzo de 2019 y que el requerimiento de la Entidad a través de la Orden de Compra N° 0000552 se realizó el 9 de mayo de 2019, por lo que, a la fecha de la demanda, han transcurrido más de 2 años, con lo cual es evidente que la Entidad ya debe haber satisfecho dicha necesidad a través de la adquisición de los citados productos a otro proveedor, máxime si se trataba de un requerimiento con el que necesitaban contar para la atención de pacientes oncológicos.
58. Además, indica que conforme consta en el numeral 1.11 del Informe N° 065-2020-CADQD-CENARES/MINSA, no persiste la necesidad de las entregas pendientes del producto Cisplatino 50 mg, debido a la disminución de la oferta – demanda de los servicios de oncología y el suministro paralelo de dicho medicamento a nivel de establecimientos de salud, lo cual ha generado un sobre stock en el almacén de CENARES.
59. Por tanto, resulta evidente que tampoco es de interés para la Entidad continuar con la ejecución del CONTRATO. Asimismo, dado el largo tiempo transcurrido a la fecha, y que transcurrirá hasta el momento de la emisión del laudo, para PERUFARMA tampoco será de interés la continuación del CONTRATO, por lo que solicita que se declare fundada la segunda pretensión principal, disponiendo la resolución parcial del CONTRATO de mutuo acuerdo sin responsabilidad de las partes.
60. En su memorial de alegatos finales, PERUFARMA alega haber acreditado que ha actuado diligentemente durante la ejecución del CONTRATO, pues antes de recibir la notificación de la Orden de Compra N°0000552 de CENARES, colocó de forma inmediata una orden de compra a la empresa ACCORD para asegurarse el suministro de 22,480 inyectables de Cisplatino de 50mg que serían entregados por dicha empresa en la segunda semana de mayo de 2019. De modo que, cuando recibiera la orden de compra de CENARES, pudiera garantizar la primera entrega de este producto a tiempo. No obstante, PERUFARMA se vio impedida de cumplir con la primera entrega de los 21,400 inyectables de Cisplatino 50 mg el día 23 de junio de 2019, debido a que el Laboratorio Fabricante INTAS PHARMACEUTICALS LTD sufrió una escases en el abastecimiento de la materia prima para la producción del producto Cisplatino 50mg, que ocasionó la reducción en el nivel de producción del mismo y el retraso en la atención y/o entrega de los productos solicitados con

anticipación por su proveedor (la empresa ACCORD), hecho que fue totalmente ajeno a PERUFARMA e inclusive al propio importador.

61. El retraso en la atención del fabricante y, consecuente, demora en la importación del producto también provocó que PERUFARMA no pudiese cumplir a tiempo con la segunda entrega (17,800 inyectables) requerida por CENARES que estaba programada para el 29 de agosto de 2019, a lo cual, se sumó además un nuevo hecho ajeno a PERUFARMA que agudizó aún más el retraso en la segunda entrega del producto Cisplatino 50mg., hecho que consistió en que el Laboratorio fabricante INTHAS PHARMACEUTICALS LTD cambió la ubicación de su planta de fabricación de la región de Matoda a la región de Pharmez en India, con lo cual, su proveedor (la empresa ACCORD) se vio obligado a modificar su Registro Sanitario N° EE-01330 el 20 de noviembre de 2019, a fin de poder efectuar la importación del Cisplatino 50mg, que no pudo realizar desde octubre hasta diciembre de 2019; ya que, recién a partir de enero de 2020 (específicamente el 17 y 27 de enero), logró entregarles de forma progresiva los 17,800 inyectables de Cisplatino que fueron suministrados a CENARES de manera inmediata el 30 de enero del 2020, luego de las pruebas de control, tal como consta en la Guía de Remisión N°001-2494296.
62. PERUFARMA afirma que ambos eventos ajenos a su responsabilidad fueron puestos en conocimiento de CENARES, mediante la Carta S/N del 2 de setiembre de 2019 y las Cartas S/N del 4 y 5 de diciembre de 2019, a través de las cuales, acreditaron que el mayor tiempo transcurrido para cumplir con la primera y segunda entrega del producto Cisplatino 50mg no fueron imputables a PERUFARMA, solicitando así una ampliación de plazo contractual que fue declarado improcedente únicamente por haberse presentado antes de tiempo.
63. Sin embargo, aun cuando la Entidad declaró improcedente su solicitud de ampliación de plazo contractual, PERUFARMA afirma que el RELCE contempla de forma adicional en su artículo 133.2, que no corresponde la aplicación de la penalidad moratoria cuando el mayor tiempo transcurrido (o el retraso) para el cumplimiento de su obligación no le resulta imputable al contratista.
64. En ese sentido, PERUFARMA entiende que habiendo demostrado que el mayor tiempo transcurrido (o el retraso) en la primera y segunda entrega del producto Cisplatino no le resulta imputable, solicita que se declare fundada la primera pretensión principal y la primera pretensión accesoria a ésta, dejando sin efecto la aplicación de la penalidad, al haberse sustentado de forma objetiva que el retraso de 113 y 154 días calendarios en la primera y segunda entrega del Cisplatino 50 mg, respectivamente, fue justificado y, por tanto, el mayor tiempo transcurrido no le resulta imputable a PERUFARMA.
65. Además, al no existir justificación para la aplicación de la penalidad, solicita se declare fundada su segunda pretensión accesoria a la principal, dando lugar a la revocación de la decisión unilateral de la Entidad de resolver parcialmente el CONTRATO.

66. Por último, teniendo en cuenta que la Entidad ha manifestado en el numeral 1.11 del Informe N°065-2020-CADQD-CENARES/MINSA que no persiste la necesidad de la tercera y cuarta entrega pendiente del producto Cisplatino 50 mg, debido a la disminución de la oferta – demanda de los servicios de oncología y el suministro paralelo de dicho medicamento a nivel de establecimientos de salud, lo cual ha generado un sobre stock en el almacén de CENARES, solicita que se declare fundada la segunda pretensión principal, disponiendo la resolución parcial del CONTRATO de mutuo acuerdo sin responsabilidad de las partes.

Posición de CENARES

67. El 21 de diciembre de 2018, CENARES convocó el procedimiento de selección, por relación de ítems, Subasta Inversa Electrónica N° 022-2018-CENARES/MINSA para la "Adquisición de' productos farmacéuticos oncológicos para el abastecimiento 2019 — 2020 — Compra Corporativa Sectorial de Productos Farmacéuticos", por un valor referencial total ascendente a la suma de S/ 98'287,264.24.

68. El 25 de febrero de 2019, se publica en el SEACE el Acta de Buena Pro, documento del cual se desprende que el Comité de Selección otorgó la buena pro respecto de los Ítems 03, 07, 10 y 16 a la empresa PERUFARMA:

- ítem N° 03: Anastrozol 1 mg Tableta S/ 438,760.80
- Ítem N° 07: Bicalutamida 50 mg Tableta S/ 387,180.00
- ítem N° 10: Capecitabina 500 mg Tableta S/ 12'995,000.00
- Ítem N° 16: Cisplatino 50 mg Inyectable SI 1'070,880.00

69. El 27 de mayo de 2019, CENARES y PERUFARMA perfeccionan el CONTRATO por el monto total de S/ 3'577,477.37, de acuerdo al siguiente detalle:

- Ítem N° 03: Anastrozol 1 mg Tableta S/ 222,231
- Ítem N° 07: Bicalutamida 50 mg Tableta S/ 190,000.00
- Ítem N° 10: Capecitabina 500 Tableta: S/' 2'308,445.77
- Ítem N° 16: Cisplatino 50 mg Inyectable S/ 2'308,445.77

70. En el CONTRATO se estableció que la primera entrega de productos se realizaría a los noventa (90) días calendario a partir del día siguiente de la suscripción del CONTRATO y para las entregas sucesivas, a partir de la segunda entrega, el plazo de entrega vencería el último día hábil del mes correspondiente.

71. El 28 de mayo de 2019, CENARES notifica al contratista Orden de Compra N° 552-2019 para el internamiento de las cuatro entregas del ítem N° 16, Cisplatino 50 mg Inyectable, cuyos plazos máximos fueron:

Número de entrega	Mes	Fecha máxima de internamiento
Primera entrega	1	23.06.2019
Segunda entrega	3	29.08.2019
Tercera entrega	5	31.10.2019
Cuarta entrega	7	31.12.2019

72. Mediante Carta de 2 de septiembre de 2019, PERUFARMA solicitó ampliación de plazo para poder atender la primera entrega, argumentando que la demora obedeció a causas que no le son imputables, toda vez que el fabricante del producto no contaba con la materia prima para la producción.
73. Mediante Carta N° 152-2019-DG-CENARES/MINSA de 16 de septiembre de 2019, CENARES comunica a PERUFARMA la improcedencia de su solicitud por no haber cumplido con presentarla dentro de los siete (7) días hábiles siguientes a la culminación del hecho generador.
74. El 25 de noviembre de 2020, el Centro de Adquisiciones y Donaciones (ahora Dirección de Adquisiciones) remite, mediante Memorando N° 6015-2019-CADQD-CENARES/MINSA, al Centro de Gestión Administrativa (ahora Oficina de Administración) el Formato de Liquidación de la Orden de Compra N° 552-2019 concluyendo que PERUFARMA ha tenido un retraso de 113 días correspondiéndole una penalidad de S/ 85,680.00.
75. El 28 de noviembre de 2019, mediante Carta N° 276-2019-DG-CENARES/MINSA, CENARES requiere notarialmente a PERUFARMA el cumplimiento de sus obligaciones contractuales correspondientes a la segunda y tercera entrega derivadas del CONTRATO.
76. El 5 de diciembre de 2019, PERUFARMA solicita ampliación de plazo para la tercera entrega hasta la tercera semana de junio de 2020, argumentando que su fabricante no podía realizar la importación, pues se encontraba en trámite la actualización de su registro sanitario ante DIGEMID.
77. El 17 de diciembre de 2019, mediante Carta N° 331-2019-DG-CENARES/MINSA, CENARES comunica a PERUFARMA la improcedencia de su solicitud de ampliación de plazo.

78. El 20 de diciembre de 2019, mediante Carta N° 337-2019-DG-CENARES/MINSA, CENARES autoriza a PERUFARMA a regularizar la segunda, tercera y cuarta entrega hasta la tercera semana de junio de 2020, al contar con stock producto hasta agosto de 2020, sin perjuicio de sanciones que resulten aplicables.
79. El 10 de septiembre de 2020, PERUFARMA comunica a CENARES que se encuentran pendientes las entregas de la Orden de Compra y solicita se le indique si la necesidad del producto aún persistía.
80. El 9 de octubre de 2020, el Centro de Programación (ahora Dirección de programación) señala que no persiste la necesidad del producto Cisplatino 50 mg según lo manifestado por la Dirección de Prevención y Control del Cáncer.
81. Mediante Carta N° 1065-2020-DG-CENARES/MINSA, diligenciada notarialmente, CENARES comunica a PERUFARMA su decisión de resolver parcialmente el CONTRATO, en el extremo de la tercera y cuarta entrega, por la causal de haber acumulado el monto máximo de la penalidad por mora.
82. Seguidamente cita el artículo 36 de la LCE y el artículo 164 del RELCE, afirmando que la Dirección Técnica Normativa del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado — OSCE a través de las conclusiones de la Opinión N° 156-2018/DTN de 19 de septiembre de 2018, ha establecido lo siguiente: “La normativa de contrataciones de Estado ha previsto que la resolución del contrato por caso fortuito o fuerza mayor resulta cuando se pruebe que un hecho extraordinario, imprevisible e irresistible hace imposible de manera definitiva la continuación de la prestación de las prestaciones a cargo de una de las partes. Cuando la imposibilidad de continuar con la ejecución de las prestaciones a cargo sea de forma parcial y dicha parte sea separable e independiente del resto de obligaciones contractuales, y la resolución total del contrato pudiera afectar los intereses de la Entidad, esta podría resolver el contrato en forma parcial, así los efectos de dicha decisión solo involucrarán aquella parte del contrato afectada por la imposibilidad sobreviniente de ejecutar las prestaciones pactadas-
La resolución del contrato, cuando se configure alguna de causales previstas en el numeral 36.1 del artículo 36 de la Ley, que no sea imputable a las partes, exime a éstas de continuar con sus Obligaciones (pendientes) hasta ese momento”.
83. Agrega que, en ese sentido, en la Opinión N° 118-2017/DTN, la Dirección Técnico Normativa del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado — OSCE señala: “Por su parte, a fin de determinar los conceptos de “caso fortuito o fuerza mayor” es necesario tener en consideración que el artículo 1315 del Código Civil, de aplicación supletoria a los contratos que se ejecutan bajo el ámbito de la normativa de contrataciones del Estado, establece que “Caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento

extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

Sobre el particular, resulta necesario precisar que un hecho o evento extraordinario se configura cuando tal como lo indica la misma palabra, sucede algo fuera de lo ordinario, es decir, fuera del orden natural o común de las cosas. Asimismo, un hecho o evento es imprevisible cuando supera o excede la aptitud razonable de previsión del deudor en la relación obligatoria, puesto que el deudor tiene el deber de prever lo normalmente previsible, no así lo imprevisible. Por último, el que un hecho o evento sea irresistible significa que el deudor no tiene posibilidad de evitarlo, es decir, no puede impedir, por más que lo desee o intente, su acaecimiento.

Cabe resaltar que la configuración de un caso fortuito o fuerza mayor exime de la responsabilidad a las partes, específicamente, a la parte que se ve imposibilitada de ejecutar sus prestaciones”.

84. Respecto a la Primera Pretensión Principal y sus accesorias, afirma que PERUFARMA incurrió en un retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones a su cargo. Conforme ha informado la Dirección de Adquisiciones, la primera entrega fue ingresada al Almacén del CENARES el 15 de octubre de 2019, por lo que al haber transcurrido 113 días de retraso injustificado en el internamiento de la referida entrega, y que el mismo equivalía a S/ 128,970.67, se determinó en la Liquidación de Pago N° 2386-2019-CADQD-CENARES/MINSA que correspondía aplicar la penalidad máxima del 10% del monto del ítem N° 16 contemplado en el CONTRATO, es decir S/ 85,680.00, señalando dicha Dirección que se calificó el retraso como injustificado toda vez que el contratista no superó la evaluación de su solicitud de ampliación de plazo presentada mediante Carta S/N (Expediente N° 19-099633-001), según lo establecido en el artículo 140 del RELCE, lo que conllevó a que la Entidad declare su improcedencia a través de la notificación de la Carta N° 162-2019-DG-CENARES/MINSA el 18 de septiembre de 2019.

85. Por otro lado, la segunda entrega fue ingresada al almacén del CENARES el 30 de enero de 2020, por lo que al haber transcurrido 154 días de retraso injustificado en el internamiento de la referida entrega, los cuales equivaldrían a S/ 283,572.41; sin embargo, se determinó en la Liquidación de Pago N° 322-202 CADOD-CENARES/MINSA que no correspondía la aplicación de penalidad, toda vez que con la Liquidación de Pago N° 2386-2019-CADOD-CENARES/MINSA ya se había determinado la aplicación de una penalidad por mora en la ejecución de la prestación que alcanzaba el monto máximo equivalente del 10% del valor total del ítem. De igual manera, precisó la Dirección de Adquisiciones, que se calificó el retraso como injustificado toda vez que el contratista no superó la evaluación de su solicitud de ampliación de plazo presentada mediante Carta S/N (Expediente N° 19-144604-001), según lo establecido en el artículo 140 del RELCE, lo que conllevó a que la Entidad declare su improcedencia a través de la notificación de la Carta N° 331-2019-CENARES/MINSA de 18 de diciembre de 2019.

86. La Entidad afirma que el retraso en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato será injustificado, cuando no se haya solicitado la ampliación del plazo contractual o cuando habiéndose solicitado no haya sido aprobado por no verificarse ninguna de las causales previstas en los citados preceptos normativos, procediendo la aplicación de una penalidad por mora cuando, injustificadamente, se retrase en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato.
87. El 23 de diciembre de 2019, CENARES notificó al contratista la Carta N° 377-2019-DG-CENARES/MINSA, a efectos de comunicarle que se aceptaría la regularización de las entregas pendientes hasta la tercera semana de junio del 2020, considerando que el Centro de Programación (ahora Dirección de Programación) había manifestado que se contaba con suficiente stock para atender las necesidades del producto a los establecimientos de salud que brindan atención oncológica hasta el mes de agosto de 2020, y que persistía la necesidad del producto hasta la referida fecha.
88. Esta regularización no implicaba una reprogramación o modificación contractual del plazo de ejecución pactado. Sin embargo, pese a la aceptación de regularización, PERUFARMA no cumplió con internar las entregas pendientes hasta la fecha aceptada por la Entidad (tercera semana de junio), persistiendo el retraso injustificado en la ejecución de sus obligaciones contractuales, respecto de la tercera entrega (mes 5) y cuarta entrega (mes 7).
89. Recién el 10 de septiembre de 2020, PERUFARMA solicitó a CENARES a través de la Carta S/N (Expediente N° 20-080240-001), indicar si persistía la necesidad del producto Cisplatino 50 MG - Inyectable, por encontrarse pendientes entregas del CONTRATO. Dicha solicitud fue evaluada en su momento por el Centro de Programación (ahora Dirección de Programación) del CENARES, concluyéndose que existía disponibilidad del producto “Cisplatino 50 MG - Inyectable” y que la Dirección de Prevención y Control del Cáncer - DPCAN había comunicado que no persiste la necesidad de entregas pendientes del producto debido a la disminución de la oferta — demanda de los servicios de oncología y el suministro paralelo del medicamento a nivel de establecimientos de salud que ha generado sobre stock del producto.
90. En atención a lo expuesto, CENARES concluye que las pretensiones (primera pretensión principal, primera y segunda pretensión accesoria a la primera pretensión principal) deben ser desestimadas en el proceso arbitral.
91. En relación a la Segunda Pretensión Principal, identifica el artículo 136 del RELCE, por lo que al haberse verificado que PERUFARMA había acumulado el monto máximo de la penalidad por mora en la ejecución de la prestación de su cargo, se procedió con la resolución parcial del CONTRATO bajo al amparo de dicha causal. Siendo ello así, no es posible declarar la resolución parcial por mutuo acuerdo, primero porque la LCE no lo señala como causal válida para resolver un contrato y segundo porque si bien el área usuaria señaló que no

persiste la necesidad de entregas pendientes del producido debido a la disminución de la oferta - demanda de los servicios de oncología y el suministro paralelo del medicamento a nivel de establecimientos de salud que ha generado sobre stock del producto, dicha circunstancia no descoloca a PERUFARMA de retraso injustificado en la que se encontraba, más aun considerando que no existían solicitudes de ampliación de plazo aprobadas por la Entidad y el plazo aceptado para la regularización de entregas pendientes ya había vencido.

92. En su memorial de alegatos finales, destaca la afirmación de que mediante carta N° 152-2019-DG-CENARES/MINSA de 16 de septiembre de 2019, CENARES comunicó a PERUFARMA la improcedencia de su solicitud de ampliación de plazo por no haber cumplido con presentarla dentro de los siete (07) días hábiles siguientes a la culminación del hecho generador.

93. Por otro lado, destaca que la regularización en la entrega de la segunda, tercera y cuarta entregas, no implicaba una reprogramación o modificación contractual del plazo de ejecución pactado. Es más, pese a la aceptación de regularización, PERUFARMA no cumplió con internar las entregas pendientes hasta la fecha aceptada por CENARES (tercera semana de junio), persistiendo el retraso injustificado en la ejecución de sus obligaciones contractuales, respecto de la tercera entrega (mes 5) y cuarta entrega (mes 7) del Item N° 16: Cisplatino 50 MG — Inyectable.

94. Respecto a la Segunda Pretensión Principal, CENARES precisa que el artículo 136 del RELCE establece que CENARES puede resolver el CONTRATO de presentarse alguno de los supuestos de hechos descritos en dicho artículo, por lo que al haberse verificado que PERUFARMA había acumulado el monto máximo de la penalidad por mora en la ejecución de la prestación de su cargo, se procedió con la resolución parcial del CONTRATO, bajo el amparo de dicha causal.

95. Por último, CENARES solicita que, de determinarse que ninguna pretensión debe ser acogida, debe ordenarse que la totalidad de los costos y costas del proceso arbitral deben ser asumidos por PERUFARMA.

Posición del Tribunal Arbitral

96. Conforme a los términos de las Bases, uno de los ítems a ser contratados consistió en la adquisición de 89,240 unidades de Cisplatino, 50 mg inyectable¹, por un valor referencial de S/ 1'270,724.06.

¹ Anexo A-3 de la demanda, numerales 1.2 y 1.3 de las Condiciones Especiales del Procedimiento de Selección.

Fernando Cantuarias Salaverri (Presidente)
 Rolando Eyzaguirre Maccan
 Leonardo Manuel Chang Valderas

97. Conforme consta de las cláusulas Segunda y Tercera del CONTRATO², PERUFARMA se obligó a proveer, entre otros ítems, el siguiente, conforme a las unidades y precio allí previstos:

Item N°	:	16
Ingrediente Farmacéutico Activo	:	CISPLATINO
Concentración	:	50 mg
Forma farmacéutica	:	SOLUCIÓN INYECTABLE
Nombre de Marca	:	CISPA - 50
Forma de Presentación	:	CAJA DE CARTULINA X 1 VIAL
Laboratorio Fabricante	:	INTAS PHARMACEUTICALS LTD
País de Fabricación	:	India
Envase Mediato	:	CAJA DE CARTULINA
Envase Inmediato	:	1 VIAL DE VIDRIO TIPO I COLOR ÁMBAR X 50 mL.
N° Registro Sanitario	:	EE-01330
Vigencia del R. S	:	28/06/2020
¿Cumple la vigencia mínima del producto ?	:	SI
Farmacopea	:	BP 2017

CLÁUSULA TERCERA: MONTO CONTRACTUAL

El monto total del presente contrato asciende a S/. 3,577,477.37 (TRES MILLONES QUINIENTOS SETENTA Y SIETE MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y SIETE CON 37/100 CÉNTAVOS).

ITEM	NOMBRE DEL PRODUCTO	PRECIO UNITARIO	CANTIDAD	MONTO TOTAL	EXONERADOS ARANCELES e IGV
3	ANASTRAZOL 1 MG TAB	0.108000000000000000	2,057,700	S/. 222,231.60	D.S. N° 023-2016
7	BICALUTAMIDA 50 MG TAB	0.200000000000000000	950,000	S/. 190,000.00	D.S. N° 023-2016
10	CAPECITABINA 500 MG TAB	0.640203497071523000	3,605,800	S/. 2,308,445.77	D.S. N° 023-2016
16	CISPLATINO, 50 MG - INYECTABLE	12.000000000000000000	71,400	S/. 856,800.00	D.S. N° 023-2016
			Importe Total	S/. 3,577,477.37	

Este monto comprende el costo de los bienes, todos los tributos, seguros, transporte, inspecciones, pruebas, así como cualquier otro concepto que pueda tener incidencia sobre la ejecución de la prestación materia del presente contrato.

98. En la cláusula 5.3 del CONTRATO se pactó el siguiente Plazo de Entrega:

² Anexo A-4 de la demanda.

5.3 Plazo de entrega:

La entrega de los bienes se realizará en los puntos de entrega detallados en el Anexo N° 04 y el Directorio establecido en el Anexo N° 06, de acuerdo a lo descrito para cada ITEM del Anexo N° 01. Se deberá tener en consideración las siguientes precisiones de cada entidad participante que a continuación se detallan:

PRIMERA ENTREGA:

5.3.1 Se entiende como primera entrega, la correspondiente al Mes 1 descrito en el Anexo 04 del cronograma general establecido. A partir del Mes 2 del cronograma se considera como entregas sucesivas, así no exista programación de cantidades en entregas previas.

5.3.2 La primera entrega (1ra entrega) se efectuará hasta los noventa (90) días calendarios, contados a partir del día siguiente de la suscripción del contrato. Este plazo incluye el plazo de las pruebas de Control de Calidad.

La orden de compra deberá ser notificada al contratista hasta los ochenta (80) días calendarios, contados a partir del día siguiente de suscrito el contrato.

ENTREGAS SUCESIVAS

5.3.3 Para las entregas sucesivas, a partir de la 2da entrega del cronograma, el plazo de entrega vence el último día hábil del mes correspondiente.

5.3.4 Las órdenes de compra de las entregas sucesivas deben ser notificadas durante los primeros diez (10) días calendario del mes que corresponde la entrega.

5.3.5 La Unidad Ejecutora podrá coordinar con el proveedor la atención por adelantado de cualquier entrega, siempre y cuando ambas partes estén de acuerdo.

J. Y. MENDOZA LUIRANO
Representante Legal
PERUFARMA S.A.

Y en el Anexo N° 1 del CONTRATO se identificó la cantidad y lugar de cada una de las entregas:

ANEXO N° 01 - CUADRO DE DISTRIBUCIÓN

PERUFARMA S A
CENTRO NACIONAL DE ABASTECIMIENTO DE RECURSOS ESTRATEGICOS EN SALUD

Item	Producto	Precio	Destino	Ent. 1	Ent. 2	Ent. 3	Ent. 4	Ent. 5	Ent. 6	Ent. 7	Ent. 8	Ent. 9	Ent. 10	Ent. 11	Ent. 12	Cantidad
3	ANASTRAZOL 1 MG TAB	0.108000000000000000	ALMACEN CENARES	617,300	0	514,400	0	514,400	0	411,600	0	0	0	0	0	2,057,700
7	BICALUTAMIDA 50 MG TAB	0.200000000000000000	ALMACEN CENARES	285,000	0	237,500	0	237,500	0	190,000	0	0	0	0	0	950,000
10	CAPECITABINA 500 MG TAB	0.640203497071523000	ALMACEN CENARES	1,081,700	0	901,400	0	901,400	0	721,300	0	0	0	0	0	3,605,800
16	CISPLATINO, 50 MG - INYECTABLE	12.000000000000000000	ALMACEN CENARES	21,400	0	17,800	0	17,800	0	14,400	0	0	0	0	0	71,400

99. No es controvertido que el 28 de mayo de 2019, CENARES notificó al contratista la Orden de Compra N° 552-2019³ para el internamiento de las cuatro entregas del ítem N° 16, Cisplatino 50 mg Inyectable, cuyos plazos máximos fueron:

Número de entrega	Mes	Fecha máxima de internamiento
Primera entrega	1	23.06.2019
Segunda entrega	3	29.08.2019
Tercera entrega	5	31.10.2019
Cuarta entrega	7	31.12.2019

100. Respecto de la Primera Entrega (a más tardar el 23 de junio de 2019) por la cantidad de 21,400 unidades, no es controvertido que recién el 1 de octubre de 2019 PERUFARMA entregó parcialmente a CENARES 17,224 inyectables de Cisplatino 50mg (Guías de Remisión N° 001-2430297 y N° 001-2430284) y que los 4,176 inyectables restantes, fueron proveídos a CENARES el 15 de octubre de 2019 (Guía de Remisión N° 001-2437918)⁴.

Tampoco es controvertido que, mediante Carta de 2 de septiembre de 2019⁵, PERUFARMA solicitó una ampliación de plazo para poder atender la Primera Entrega, argumentando que la demora obedeció a causas que no le son imputables, toda vez que el fabricante del producto no contaba con la materia prima para la producción y que mediante Carta N° 152-2019-DG-CENARES/MINSA de 16 de septiembre de 2019⁶, CENARES comunica a PERUFARMA la improcedencia de su solicitud por no haber cumplido con presentarla dentro de los siete (7) días hábiles siguientes a la culminación del hecho generador. Este Colegiado destaca que PERUFARMA no controvierte en este arbitraje la decisión de CENARES de denegar la ampliación de plazo solicitada.

Por último, no es controvertido que PERUFARMA realizó la Primera Entrega 113 días después de lo previsto por el CONTRATO y que CENARES, al momento de realizar la Liquidación de Pago N° 2386-2019-CADQD-

³ Anexo A-6 de la demanda.

⁴ PERUFARMA, memorial de demanda y CENARES, memorial de contestación de la demanda.

⁵ Anexo A-8 de la demanda.

⁶ Anexo A-9 de la demanda.

CENARES/MINSA, impuso la penalidad máxima del 10% del monto del ítem N° 16 contemplado en el CONTRATO, es decir S/ 85,680.00.

101. Respecto de la Segunda entrega (a más tardar el 29 de agosto de 2019) por la cantidad de 17,800 unidades, de la Tercera entrega (a más tardar el 31 de octubre de 2019) por la cantidad de 17,800 unidades y de la Cuarta entrega (a más tardar el 31 de diciembre de 2019) por la cantidad de 14,400 unidades, se observa que:

No es controvertido que el 29 de noviembre de 2019, PERUFARMA recibió la Carta Notarial N° 65795⁷, que contenía la Carta N° 276-2019-DG-CENARES/MINSA, mediante la cual CENARES le requirió cumplir con la Segunda y Tercera Entrega.

No es controvertido que mediante Carta Notarial N° 068705 de 5 de diciembre de 2019⁸, PERUFARMA hizo saber a CENARES que había solicitado mediante Carta S/N de 4 de diciembre de 2019⁹, una ampliación del plazo hasta la tercera semana de junio de 2020 para la Segunda, Tercera y Cuarta Entrega, toda vez que el día 3 de diciembre de 2019 a través de la Carta S/N de esa misma fecha, la empresa ACCORD había comunicado que no iba a poder realizar la importación de dichos medicamentos, pues DIGEMID tenía pendiente aprobar su trámite de actualización de su registro sanitario con la nueva ubicación de la planta de fabricación del medicamento, el cual fue solicitado el 20 de noviembre de 2019 (el Laboratorio fabricante Intas Pharmaceuticals Ltd había cambiado su domicilio en el mes de setiembre de 2019).

No es controvertido que el 17 de diciembre de 2019, mediante Carta N° 331-2019-DG-CENARES/MINSA¹⁰, CENARES comunicó a PERUFARMA la improcedencia de su solicitud de ampliación de plazo. Este Colegiado destaca que PERUFARMA no controvierte en este arbitraje la decisión de CENARES de denegar la ampliación de plazo solicitada.

No es controvertido que el 20 de diciembre de 2019, mediante Carta N° 337-2019-DG-CENARES/MINSA¹¹, CENARES autoriza a PERUFARMA a regularizar la segunda, tercera y cuarta entrega hasta la tercera semana de junio de 2020, al contar con stock producto hasta agosto de 2020, sin perjuicio de sanciones que resulten aplicables:

⁷ Anexo A-16 de la demanda.

⁸ Anexo A-17 de la demanda.

⁹ Anexo A-18 de la demanda.

¹⁰ Anexo A-19 de la demanda.

¹¹ Anexo A-20 de la demanda.

Por lo expuesto, en atención a lo expresado por el Centro de Programación, en su calidad de área usuaria de la contratación, se comunica a su representada que se aceptará la regularización de las entregas hasta la tercera semana de junio del próximo año, sin perjuicio de las penalidades que resulten aplicables por mora en la ejecución de la prestación, y de las acciones administrativas y legales que puedan corresponder.

No es controvertido que la Segunda Entrega se ejecutó el 30 de enero de 2020 (154 días después de lo previsto en el CONTRATO) y que en la Liquidación de Pago N° 322-202 CADOD-CENARES/MINSA se determinó que no correspondía la aplicación de penalidad, toda vez que con la Liquidación de Pago N° 2386-2019-CADOD-CENARES/MINSA ya se había determinado la aplicación una penalidad por mora en la ejecución de la prestación que alcanzaba el monto máximo equivalente del 10% del valor total del ítem¹².

Por último, no es controvertido que mediante Carta N° 1065-2020-DG-CENARES/MINSA, diligenciada notarialmente el 6 de noviembre de 2020¹³, CENARES comunicó a PERUFARMA su decisión de resolver parcialmente el CONTRATO, en el extremo de la Tercera y Cuarta Entrega, por la causal de haber acumulado el monto máximo de la penalidad por mora.

102. Este Colegiado observa, a partir de los hechos debidamente demostrados y que no son controvertidos, que PERUFARMA demoró 113 días en la Primera Entrega y 154 días en la Segunda Entrega y que, aun cuando la Tercera y Cuarta Entrega se debieron realizar el 31 de octubre y el 31 de diciembre de 2019, respectivamente, al momento de la resolución parcial del CONTRATO (6 de noviembre de 2020), PERUFARMA todavía no había cumplido con dichas entregas.
103. También verifica este Colegiado que las dos solicitudes de ampliación de plazo de PERUFARMA fueron denegadas en su momento por el CENARES y no han sido controvertidas por PERUFARMA en este arbitraje.
104. Además, este Colegiado observa que, frente a los 113 días de demora en la provisión de la Primera Entrega, CENARES conforme a la LCE y el RELCE impuso a PERUFARMA el máximo de penalidad por mora, cuyo monto no es discutido en este arbitraje.
105. Por último, este Colegiado también verifica que, al momento en el que se resolvió parcialmente el CONTRATO (6 de noviembre de 2020), PERUFARMA

¹² PERUFARMA, memorial de demanda y CENARES, memorial de contestación de la demanda.

¹³ Anexo A-23 de la demanda.

aún no cumplía con proveer la Tercera y Cuarta Entrega, cuyos plazos previstos contractualmente eran el 31 de octubre y el 31 de diciembre de 2019.

106. Sin embargo, PERUFARMA pretende en su Primera Pretensión Principal que este Colegiado declare que el retraso en la Primera y Segunda Entrega habría sido ocasionado por un hecho justificado y, por tanto, el mayor tiempo transcurrido no le resulta imputable. En consecuencia, en su Primera Pretensión Accesorio a la Primera Pretensión Principal, PERUFARMA pide que se deje sin efecto la penalidad por mora al afirmar haber “sustentado de forma objetiva que el retraso de 113 y 154 días calendarios en la primera y segunda entrega del Cisplatino 50 mg, respectivamente, fue justificado y, por tanto, el mayor tiempo transcurrido no le resulta imputable a PERUFARMA”.

A continuación, en su Segunda Pretensión Accesorio a la Primera Pretensión Principal, PERUFARMA pide que se revoque la decisión del CENARES de resolver parcialmente el CONTRATO y en su Segunda Pretensión Principal, el DEMANDANTE solicita que se declare la resolución parcial del CONTRATO de mutuo acuerdo, sin responsabilidad para las partes; toda vez que el retraso en la entrega se debió a causas no imputables a PERUFARMA y al considerar que la continuación del CONTRATO no es de interés para CENARES, tal como consta en el numeral 1.11 del Informe N°065-2020-CADQD-CENARES/MINSA, ni para esa parte.

107. ¿En qué consisten los alegados hechos o acontecimientos que sustentarían de forma objetiva el retraso?
108. Según PERUFARMA, son dos: (i) Un supuesto problema de abastecimiento de los inyectables de Cisplatino 50mg; y (ii) Problema para cumplir debido a la existencia de un trámite de registro sanitario ante el DIGEMID.
109. Sobre (i), en el numeral 322 de la demanda y en la Carta S/N de 2 de setiembre de 2019 que PERUFARMA remitió a CENARES, el DEMANDANTE explica que su proveedor (ACCORD) tuvo problemas para abastecerse (y abastecerlos) oportunamente de los inyectables, impactando en las respectivas fechas de entrega. Esos problemas consistieron en la reducción en el nivel de producción del Cisplatino en la planta de fabricación del Laboratorio Intas Pharmaceuticals Ltd ubicada en Matoda (India) —a raíz de la escasez de las materias primas necesarias para su fabricación— que habría traído consigo que su proveedora e importadora de dicho producto (ACCORD) tuviese que esperar la oportunidad de entrega del fabricante, quien no sólo incrementó el precio de éste como consecuencia del alza del precio de las materias primas, sino que, además, dilató su abastecimiento como consecuencia de la alta demanda de este producto en el mercado mundial.
110. Sobre (ii), en el numeral 3.27 de la demanda y en la Carta S/N de 4 de diciembre de 2019 que PERUFARMA remitió a CENARES, el DEMANDANTE explica que su proveedor (ACCORD) no iba a poder realizar la importación de

los medicamentos, pues DIGEMID tenía pendiente aprobar su trámite de actualización de su registro sanitario (requisito indispensable para la importación de dichos medicamentos y para la entrega a CENARES) con la nueva ubicación de la planta de fabricación del medicamento, el cual fue solicitado el día 20 de noviembre de 2019, a raíz del cambio de ubicación de la planta de Matoda (Indica) a Pharmez (india) realizado por el Laboratorio fabricante (Intas Pharmaceuticals Ltd) en el mes de setiembre de 2019.

111. Lo primero que este Colegiado debe analizar, es si alguno (o ambos) hechos configuran un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor.

112. Sobre este particular, en la Opinión N° 118-2017/DTN, la Dirección Técnico Normativa del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado — OSCE citado por CENARES, se señala:

“Por su parte, a fin de determinar los conceptos de “caso fortuito o fuerza mayor” es necesario tener en consideración que el artículo 1315 del Código Civil, de aplicación supletoria a los contratos que se ejecutan bajo el ámbito de la normativa de contrataciones del Estado, establece que “Caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso” (el subrayado es agregado).

113. De acuerdo con lo señalado por el artículo 1315 del Código Civil, “caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.”

114. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia del Perú ha precisado que “*la apreciación de las circunstancias que determinan la concurrencia de estos requisitos [refiriéndose a las características de extraordinariedad, imprevisibilidad e irresistibilidad] deben darse copulativamente para que determinado evento sea calificado como caso fortuito...*”¹⁴.

115. En tal sentido, siendo que el caso fortuito consiste en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, requeriremos analizar cada uno de estos elementos, por cuanto se requiere la presencia conjunta de los tres (3) para determinar la existencia de un supuesto caso fortuito.

a) De lo extraordinario del evento.-

¹⁴ Sentencia de la Corte Suprema N° 1520-98. En: El Código Civil a través de la jurisprudencia casatoria. Ediciones legales: Lima, 2000, p. 22.

116. De acuerdo con lo señalado por el Diccionario de la Lengua Española, “extraordinario” es aquello “fuera del orden o regla natural común”¹⁵. En otras palabras, lo extraordinario de un evento alude a un hecho que escapa a la esfera de lo usual y de lo común. Si bien es cierto que la determinación de ambos conceptos está rodeada de elementos subjetivos y poco certeros, es opinión de este Tribunal Arbitral que la determinación de un evento extraordinario requiere efectuarse de acuerdo a las circunstancias de cada caso en concreto.

117. Sobre el particular, de Trazegnies adopta un criterio basado en la tipicidad para distinguir entre un evento ordinario o extraordinario. Así, un evento sería extraordinario en tanto constituya un hecho atípico para una determinada actividad. De esta manera, “... *[El incendio originado por el estallido de una] bomba en el cine sería un hecho extraordinario (atípico); por el contrario, un incendio originado por el descuido de un espectador [...], no lo sería*”¹⁶.

b) Imprevisibilidad del evento.-

118. Al igual que la extraordinariedad, la imprevisibilidad es un concepto muy amplio y de límites imprecisos, toda vez que no resulta objetivo determinar aquello que se puede o no prever.

119. De acuerdo con lo señalado por Osorio y Cabanellas, se entiende por “imprevisible” a aquel evento “(...) *que escapa a la previsión humana habitual*”¹⁷. *Por su parte, de la Puente y Lavalle, citando a Albaladejo, la define como “la imposibilidad de representarse razonablemente el acontecimiento, es decir, según un criterio de lógica común, como evento verificable entre la celebración y la ejecución del contrato*”¹⁸.

c) Irresistibilidad del evento.-

120. De acuerdo con lo señalado por Revoredo, el requisito de irresistibilidad establecido por el artículo 1315 del Código Civil debe entenderse como “(...) *la imposibilidad de cumplimiento. La dificultad de cumplimiento no exonera al deudor, aún cuando la prestación se haya convertido en más onerosa de lo*

¹⁵ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española. Editorial Espasa: Madrid, 2001. Tomo II, p. 1256.

¹⁶ DE TRAZEGNIES, Fernando. La Responsabilidad Extracontractual. Tomo I. 4ta ed. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1995, p. 319.

¹⁷ OSORIO, Manuel y Guillermo Cabanellas de las Cuevas. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Editorial Heliasta: Bs.As., 1994, p. 488.

¹⁸ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El Contrato en General. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil. Palestra Editores: Lima, 2001. Tomo II. p. 599.

*previsto. Tampoco interesa la situación personal del deudor; la ausencia de medios económicos para cumplir la obligación no tiene fuerza liberatoria*¹⁹.

121. Sobre el particular, Larroumet considera que, “[I]a irresistibilidad implica que el deudor no está en condiciones de evitar la inejecución de su obligación que resulta del acontecimiento”²⁰.

122. En ese mismo sentido, de Trazegnies afirma que, “[I]a irresistibilidad supone que el presunto causante no hubiera tenido oportunidad de actuar de otra manera. No basta con que la adopción de otro curso de acción hubiera sido simplemente muy difícil; se requiere que haya sido imposible”²¹.

123. ¿Alguno de los hechos o acontecimientos alegados por PERUFARMA configuran un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor? La respuesta es que no.

124. Sobre el hecho o acontecimiento (i), no tiene nada de extraordinario e imprevisible que algún fabricante sufra problemas de abastecimiento de materias primas y que ello impacte en su producción. Es más, frente a lo afirmado por PERUFARMA tampoco era irresistible, porque PERUFARMA no ha probado en forma alguna de que hubiera estado en imposibilidad de sustituir los inyectables por otros fabricados por otros fabricantes.

125. Sobre el hecho o acontecimiento (ii), claramente no se trata de un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor, simple y llanamente porque en el CONTRATO PERUFARMA se obligó a proveer los inyectables, asumiendo el riesgo conforme la cláusula 5.4.1.d del CONTRATO de:

¹⁹ REVOREDO DE DEBAKEY, Delia. Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios. Lima, 1985. Parte III, p. 441.

²⁰ LARROUMET, Christian. Teoría General del Contrato. Editorial Themis: Bogotá, 1990. Tomo II, p. 171.

²¹ DE TRAZEGNIES, Fernando. Op. Cit., p. 313.

5.4 De las condiciones de entrega:

- 5.4.1 En el Acto de Recepción de los bienes que formaran parte de la entrega, el proveedor deberá entregar en el punto de destino, 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, por única vez en la primera vez que se efectúe la entrega en cada Entidad o Unidad Ejecutora participantes (Anexo 11). Es preciso indicar que esta Carta de compromiso de canje es de aplicación para cualquiera de las entregas por cada Entidad participante.
 - d. Copia simple del Registro Sanitario o Certificado de Registro Sanitario vigente, emitido por la Dirección General de Medicamentos, Insumos y Drogas – DIGEMID como Autoridad Nacional de Medicamentos – ANM del Ministerio de Salud – MINSA, según legislación y normatividad vigente.

126. Siendo pues obligación contractual de PERUFARMA el entregar los inyectables con la debida copia del Registro Sanitario o del Certificado de Registro Sanitario vigente, cualquier demora por no contarse con el debido registro sanitario vigente no es un hecho justificado, es imputable a PERUFARMA y no justifica alguna demora.

127. Aun cuando los hechos o acontecimientos alegados por PERUFARMA no configuran un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor, PERUFARMA insiste en afirmar que no le resultan imputables.

128. Antes de continuar, el hecho o circunstancia referida al registro sanitario, como ya identificamos, le resulta plenamente imputable, porque PERUFARMA asumió en el CONTRATO el riesgo de contar con un Registro Sanitario o Certificado de Registro Sanitario vigente al momento de cada entrega.

129. Sobre el primer supuesto o circunstancia que según PERUFARMA justificaría el retraso en la provisión del Primer y de la Segunda Entrega (es más, que también justificaría no haber entregado en momento alguno la Tercera y Cuarta Entrega), es que, como lo describe en el numeral 3.38 de su demanda: *“(…) fue ocasionado por un hecho no imputable a mi representada; toda vez que, el hecho generador de nuestro retraso en la entrega de los inyectables fueron propiciados por un hecho ajeno a nuestra voluntad, que escapó de nuestra esfera de control; pues, a pesar de haber actuado de forma diligente para aprovisionarnos con los productos requeridos por CENARES con suma anticipación, la empresa ACCORD (importadora y proveedora autorizada por el Laboratorio fabricante INTAS PHARMACEUTICALS LTD) no pudo abastecerse*

y abastecernos de dicho producto oportunamente en los plazos inicialmente acordados; toda vez que, la planta de fabricación del Laboratorio Intas ubicada en Matoda (India) redujo su nivel de producción del Cisplatino, a raíz de la escasez de las materias primas necesarias para su fabricación, lo cual, la empresa ACCORD tuviese que esperar la oportunidad de entrega del fabricante, quien no sólo incrementó el precio de éste como consecuencia del alza del precio de las materias primas, sino que dilató su abastecimiento como consecuencia de la alta demanda de este producto en el mercado mundial”.

130. ¿Las Bases y/o el CONTRATO exigía algún fabricante particular de los inyectables? La respuesta es que no. Fue PERUFARMA quien, de manera voluntaria, decidió adquirir los inyectables del Laboratorio Intas Pharmaceuticals Ltd, a efectos de cumplir con sus obligaciones frente a CENARES. Por tanto, al no tratarse de un hecho o circunstancia que acredite la existencia de un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor, es PERUFARMA quien debe asumir el riesgo.

131. ¿Las Bases y/o el CONTRATO exigía que PERUFARMA contrate a un importador de los inyectables? La respuesta es que no. Fue PERUFARMA quien, de manera voluntaria, decidió contratar a la empresa ACCORD a efectos de que esta última adquiriera e importara los inyectables del Laboratorio Intas Pharmaceuticals Ltd. Por tanto, al no tratarse de un hecho o circunstancia que acredite la existencia de un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor, es PERUFARMA quien debe asumir el riesgo de que ACCORD no cumpliera en término oportuno con suministrar a PERUFARMA los inyectables para las sucesivas entregas, cuánto más cuando, en este caso, resulta de plena aplicación lo dispuesto en el artículo 1325 del Código Civil:

“Artículo 1325.- Responsabilidad en obligaciones ejecutadas por tercero

El deudor que para ejecutar la obligación se vale de terceros, responde de los hechos dolosos o culposos de éstos, salvo pacto en contrario”.

132. Es más, PERUFARMA no ha demostrado en forma alguna (y ni siquiera lo ha alegado) que ante el incumplimiento de su proveedor (ACCORD) que le resulta imputable, no tenía forma de contratar directamente o por intermedio de otro proveedor la provisión de los inyectables, a efectos de cumplir con las condiciones previstas en el CONTRATO.

133. En base a los hechos probados y a los argumentos de las partes, este Colegiado ha arribado a la convicción racional de que PERUFARMA sin justificación alguna proveyó la Primera y Segunda Entrega con 113 y 154 días de demora, respectivamente, que le resultan imputables. Es más, PERUFARMA nuevamente sin justificación alguna dejó de proveer la Tercera y Cuarta Entrega, como se verificará más adelante.

134. El artículo 133 del RELCE dispone lo siguiente:

“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:

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

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”. (El énfasis es nuestro)

- 135. Conforme a todo lo expuesto hasta el momento, este Colegiado verifica que CENARES impuso correctamente la penalidad por mora respecto de la Primera Entrega, al estar debidamente acreditada la demora de 113 días y al no estar acreditado que este mayor tiempo no le resulta imputable a PERUFARMA.
- 136. En consecuencia, corresponde declarar infundadas la Primera Pretensión Principal y la Primera Pretensión Accesorio a la Primera Pretensión Principal de la demanda.
- 137. Respecto de la Segunda Pretensión Accesorio a la Primera Pretensión Principal de la demanda y de la Segunda Pretensión Principal de la demanda, este Colegiado también considera que deben ser declaradas infundadas.

138. En efecto, en la Segunda Pretensión Accesorio a la Primera Pretensión Principal de la demanda, PERUFARMA pide que se revoque la decisión de CENARES de resolver parcialmente el CONTRATO y, en la Segunda Pretensión Principal de la demanda, PERUFARMA solicita que se declare la resolución parcial del CONTRATO de mutuo acuerdo, sin responsabilidad para las partes; toda vez que el retraso en la entrega se habría debido a causas no imputables a esa parte y al considerar que la continuación del CONTRATO no es de interés de las partes.
139. Estas dos pretensiones no tienen amparo en los hechos ni en el derecho.
140. De los hechos del caso debidamente probados, consta que luego de que PERUFARMA realizara la Primera Entrega con 113 días de retraso imputable y, en consecuencia, fuera merecedor de la máxima penalidad por mora y, además ya se encontraba en mora en la Segunda y Tercera Entrega, CENARES notificó a PERUFARMA la Carta N° 337-2019-DG-CENARES/MINSA de 20 de diciembre de 2019.
141. Según PERUFARMA, CENARES habría aceptado las razones que el DEMANDANTE habría argumentado para demorarse en la Segunda, Tercera y Cuarta Entrega, ya que aceptó que esas entregas se lleven a cabo hasta la tercera semana de junio de 2020. Además, afirma que de acuerdo a lo dispuesto en el Memorando N° 1271-2019-CP-CENARES/MINSA, el Centro de Programación del CENARES informó que contaba con suficiente stock para atender las necesidades del producto a los establecimientos de salud que brindan atención oncológica hasta el mes de agosto de 2020.
142. El primer argumento de PERUFARMA no resulta amparable y, el segundo no abona a la posición del DEMANDANTE.
143. En efecto, consta expresamente el siguiente contenido de la Carta N° 337-2019-DG-CENARES/MINSA:

Me dirijo a usted para saludarla cordialmente, en relación al documento de la referencia b), mediante el cual su representada comunica a la Entidad que la demora en la atención de la Orden de Compra N° 552-2019, emitida en mérito del Contrato N° 034-2019-CENARES/MINSA, se debe a causas atribuibles a su proveedor Accord Healthcare S.A.C., quien ha manifestado tener una solicitud de autorización para el cambio de planta de fabricación del producto, pendiente de atención por parte de DIGEMID, lo que ha generado retrasos en la importación. En ese sentido, indica que se compromete a regularizar la segunda, tercera y cuarta entrega del producto "CISPLATINO 50 mg SOLUCION INYECTABLE" (Ítem N° 16), correspondientes a la Orden de Compra N° 552-2019, hasta la tercera semana de junio del 2020.

Sobre el particular, mediante documento de la referencia a), el Centro de Programación ha manifestado que se cuenta con suficiente stock para atender las necesidades del producto a los establecimientos de salud que brindan atención oncológica hasta el mes de agosto 2020, y dado que persiste la necesidad de dicho medicamento, acepta la regularización de las entregas hasta la tercera semana de junio del 2020, sin perjuicio de las penalidades que resulten aplicables.

Por lo expuesto, en atención a lo expresado por el Centro de Programación, en su calidad de área usuaria de la contratación, se comunica a su representada que se aceptará la regularización de las entregas hasta la tercera semana de junio del próximo año, sin perjuicio de las penalidades que resulten aplicables por mora en la ejecución de la prestación, y de las acciones administrativas y legales que puedan corresponder.

144. En momento alguno CENARES reconoce nada a favor de PERUFARMA. Como cualquier acreedor de una prestación que le es debida, CENARES le hace saber a PERUFARMA que aún tiene interés en que PERUFARMA cumpla de forma tardía con la Segunda, Tercera y Cuarta Entrega y le da un plazo final hasta la tercera semana de junio de 2020, pero obviamente como PERUFARMA se encontraba en incumplimiento, CENARES le hace saber de manera expresa "sin perjuicio de las penalidades que resulten aplicables".
145. Y ese interés exclusivo del acreedor de que se cumpla hasta la tercera semana de junio de 2020, se debió, como la propia Carta señala, porque CENARES cuenta con suficiente stock.
146. Esta situación en forma alguna libera al deudor. PERUFARMA a la fecha de la Carta de CENARES ya se encontraba en incumplimiento respecto de la Segunda y Tercera Entrega y a pocos días de que debiera cumplir con la Cuarta Entrega. En otras palabras, lo que hizo CENARES fue autorizar a que PERUFARMA cumpliera tardíamente con la Segunda, Tercera y Cuarta Entrega, mitigando así potenciales mayores daños de PERUFARMA debido a su incumplimiento.
147. Es más, tan CENARES no reconoció o aceptó las razones del DEMANDANTE, que CENARES ante esas "razones" no aceptó la ampliación de plazo que solicitó PERUFARMA.
148. ¿Qué sucedió a continuación?

149. Pues como ya se vio (numeral 96 supra), PERUFARMA cumplió tardíamente (154 días después) con la provisión de la Segunda Entrega.
150. ¿Y qué pasó con la Tercera y Cuarta Entrega que PERUFARMA tenía hasta la tercera semana de junio de 2020 para cumplir de manera tardía su prestación?
151. Consta de los hechos del caso que recién mediante Carta S/N de 10 de setiembre de 2020, PERUFARMA consultó a CENARES si aún persistía su necesidad de continuar con la atención de la Orden de Compra N° 0052-2019 o aún contaban con suficiente stock del Cisplatino 50mg por algunos meses adicionales.
152. Frente a esta “consulta” formulada más de dos meses después de que PERUFARMA debió cumplir con la Tercera y Cuarta Entrega, CENARES procedió a resolver parcialmente el CONTRATO²².
153. Esta resolución parcial del CONTRATO se ajustó debidamente a lo dispuesto en el artículo 136 del RELCE que autoriza a una Entidad a resolver un contrato cuando el contratista haya acumulado el máximo de la penalidad por mora.
154. Pero, además, CENARES válidamente decidió resolver parcialmente el CONTRATO (ante el incumplimiento de PERUFARMA de la Tercera y Cuarta Entrega) porque, como el propio PERUFARMA ha reconocido, en el numeral 1.11 del Informe N° 065-2020-CADQD-CENARES/MINSA —adjunto a la Carta Notarial N° 319201 de resolución parcial del CONTRATO—, se verifica que CENARES no necesita que le suministren tardíamente los inyectables faltantes que PERUFARMA debió entregar a más tardar la tercera semana de junio de 2020. En consecuencia, esta situación en nada aporta a la postura de PERUFARMA, ya que se trata de una decisión en exclusiva cabeza del acreedor de aceptar o no recibir una prestación tardía o de, ante el manifiesto incumplimiento, resolver el contrato.
155. En consecuencia, la resolución parcial del CONTRATO por parte del CENARES se ha ajustado a los hechos y al derecho aplicable, por lo que la Segunda Pretensión Accesorio a la Primera Pretensión Principal de la demanda y la Segunda Pretensión Principal de la demanda son infundadas.

²² Anexo A-23 de la demanda.

V. DISTRIBUCIÓN DE LOS HONORARIOS DEL TRIBUNAL, LOS GASTOS ADMINISTRATIVOS Y LOS GASTOS LEGALES

156. Corresponde, finalmente, que este Colegiado se pronuncie acerca de las costas y costos de este arbitraje, que han sido reclamados como pretensión por las dos partes.

157. Las dos partes han reclamado expresamente que sea su contraria, la que asuma íntegramente las costas y costos.

158. Sobre este particular, este Colegiado observa que en el convenio arbitral celebrado entre las partes no existe un pacto expreso acerca de la condena o imputación de los costos arbitrales.

159. Por su parte, el artículo 70 de la Ley de Arbitraje –Decreto Legislativo N° 1071 (en adelante, “LEY DE ARBITRAJE”), identifica que los costos arbitrales comprenden:

“Artículo 70.- Costos.

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

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

160. Por su parte, el artículo 73 de la LEY DE ARBITRAJE establece que 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”²³ .

161. Conforme a lo dispuesto en el marco legal y reglamentario aplicable, CENARES es la parte vencedora en este arbitraje.

162. En consecuencia, corresponde disponer que PERUFARMA asuma el cien por ciento (100%) de los honorarios del Tribunal Arbitral y de los costos administrativos del centro de arbitraje.

²³ Las normas pertinentes del Reglamento de Arbitraje aplicable a este caso, disponen reglas similares a las contenidas en la Ley de Arbitraje.

163. Como PERUFARMA ha sido la parte que ha cumplido con sufragar el cien por ciento (100%) del anticipo de los honorarios del Tribunal Arbitral y del centro de arbitraje, no será necesario disponer el reintegro de monto alguno.
164. Fuera de estos conceptos, corresponde disponer que cada parte asuma directamente los gastos o costos que sufrió; esto es, que cada parte asuma los gastos, costos y costas en que incurrió o debió incurrir como consecuencia del presente arbitraje.

VI. PARTE RESOLUTIVA

165. 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.
166. Por las razones expuestas, estando a los considerandos glosados, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 49 y 50 de la LEY DE ARBITRAJE, y estando a lo prescrito por las normas legales invocadas, este Tribunal Arbitral, en DERECHO,

LAUDA:

PRIMERO.- Declarar **INFUNDADAS** la Primera Pretensión Principal, la Primera Pretensión Accesorio a la Primera Pretensión Principal y la Segunda Pretensión Accesorio a la Primera Pretensión Principal de la demanda de PERUFARMA.

SEGUNDO.- Declarar **INFUNDADA** la Segunda Pretensión Principal de la demanda de PERUFARMA.

TERCERO.- FIJAR los honorarios del Tribunal Arbitral en la suma de S/ 32,615.10 (treinta y dos mil seiscientos quince con 10/100 Soles) sin incluir el IGV y los servicios del CENTRO en la suma de S/ 11,274.00 (once mil doscientos setenta y cuatro con 00/100 Soles) sin incluir el IGV, conforme a las liquidaciones de honorarios dispuestas por el CENTRO, que han sido cancelados íntegramente por PERUFARMA.

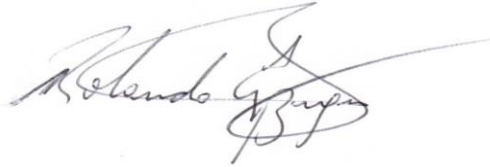
CUARTO.- DISPONER que PERUFARMA asuma el cien por ciento (100%) de los honorarios del Tribunal Arbitral y del Centro de Arbitraje.

Fuera de estos conceptos, cada parte asumirá los gastos o costos que sufrió; esto es, cada parte asumirá los gastos, costos y costas que incurrió o debió incurrir como consecuencia del presente proceso.

QUINTO.- El laudo será colgado en el SEACE.



FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY
Presidente del Tribunal Arbitral



ROLANDO EYZAGUIRRE MACCAN
Árbitro



LEONARDO MANUEL CHANG VALDERAS
Árbitro