

Árbitro Único

Jaime Checa Callegari

LAUDO ARBITRAL

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO DICTADO EN EL ARBITRAJE SEGUIDO POR LA EMPRESA TEVA PERU SA CONTRA EL FONDO DE SALUD DE LA POLICÍA NACIONAL DEL PERÚ, ANTE EL ÁRBITRO ÚNICO, DOCTOR JAIME FERNANDO CHECA CALLEGARI

RESOLUCIÓN Nº 12

Lima, veintisiete de mayo del año 2013

VISTOS:

I. LAS PARTES, EL CONTRATO Y LA EXISTENCIA DE CONVENIO ARBITRAL

El día 6 de junio de 2008, la empresa TEVA PERU S.A. (en adelante, TEVA o DEMANDANTE) y el FONDO DE SALUD DE LA POLICIA NACIONAL DEL PERU (en adelante, FOSPOLI o DEMANDADO), suscribieron el Contrato No. 090-2008-DIRSAL-FOSPOLI derivado de la Licitación Pública por Subasta Inversa No. 0009-2008-MINSA (en adelante, CONTRATO)

En la cláusula Décimo Tercera del CONTRATO, se estipuló que cualquiera de las partes tenía derecho a iniciar un arbitraje, con el propósito de resolver las controversias que se presenten durante la ejecución contractual.

II. INSTALACIÓN DEL ARBITRAJE

El día 20 de septiembre de 2012 se realizó la audiencia de instalación del Árbitro Único, doctor Jaime Fernando Checa Callegari, quien declaró haber sido debidamente designado de acuerdo a ley y al convenio arbitral celebrado, ratificando su aceptación al cargo y señalando que no tenía ninguna incompatibilidad ni compromiso alguno con las partes, obligándose a desempeñar con imparcialidad y probidad la labor encomendada.

Se deja constancia que ninguna de las partes impugnó o reclamó contra el contenido de la referida Acta de Instalación, por el contrario, fue suscrita en señal de conformidad.

III. DEMANDA PRESENTADA POR TEVA

Mediante escrito ingresado el día 9 de octubre de 2012, TEVA interpuso demanda arbitral contra la FOSPOLI, en la que pretende lo siguiente:

PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que se declare que a la fecha en que supuestamente se le remitió a FOSPOLI la orden de compra correspondiente a tres mil trescientos noventa y dos (3,392) frasco-ampollas del medicamento CEFUROXIMA I.V. 750 mg., la obligación relativa a su internamiento por parte de la DEMANDANTE había dejado de ser exigible.

SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que FOSPOLI reconozca y pague a TEVA la suma de S/. 13,190.81 (Trece Mil Ciento Noventa con 81/100), más el IGV y los intereses que se devenguen hasta la fecha efectiva de pago, por concepto de indemnización derivada de la falta de una oportuna colocación de la orden de compra correspondiente a tres mil trescientos noventa y dos (3,392) frasco-ampollas del medicamento CEFUROXIMA I.V. 750 mg¹.

TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que se declare la invalidez y/o ineficacia de la resolución parcial del Contrato No. 090-2008-DIRSAL-FOSPOLI, efectuada por FOSPOLI en relación al internamiento de tres mil trescientos noventa y dos (3,392) frasco-ampollas del medicamento CEFUROXIMA I.V. 750 mg., como consecuencia de un presunto incumplimiento contractual en el que TEVA habría incurrido.

CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que se condene a FOSPOLI al pago de los costos que el presente arbitraje irrogue.

3.1 ANTECEDENTES

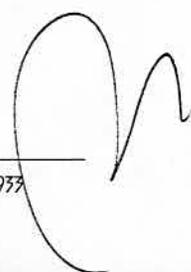
1. Con fecha 06 de junio de 2008, Corporación Infarmasa S.A (ahora TEVA) y FOSPOLI suscribieron el contrato de ADQUISICIÓN DE MEDICAMENTOS N° 90 -2008 – DIRSAL – FOSPOLI (en adelante, CONTRATO) en el marco de la Licitación Pública por Subasta Inversa Presencial N° 0009 – 2008 – MINSA.
2. Según consta de escritura pública del 24 de octubre de 2011, el 1° de noviembre de 2011 entró en vigencia la fusión por absorción a través de la cual CORPORACIÓN MEDCO S.A.C. absorbió a CORPORACIÓN INFARMASA S.A. En este sentido, en aplicación del artículo 353 de la Ley No. 26887 – Ley General de Sociedades, en la referida fecha CORPORACIÓN MEDCO S.A.C. asumió a título universal los derechos y obligaciones de CORPORACIÓN INFARMASA S.A. –la cual, en esa misma fecha, se extinguió sin liquidarse–.
3. Adicionalmente, tal como también consta de la ya citada escritura pública del 24 de octubre de 2011, CORPORACIÓN MEDCO S.A. modificó su denominación social a "TEVA PERÚ S.A.C."; y, posteriormente, mediante junta general de accionistas del 9 de septiembre de 2011 –tal como consta de escritura pública del 29 de noviembre de 2011 – se adaptó a la forma jurídica de sociedad anónima, pasando a denominarse "TEVA PERÚ S.A."
4. En el sentido de lo anterior, quien hoy en día ocupa la posición de CORPORACIÓN INFARMASA S.A. en el Contrato No. 090-2008-DIRSAL-FOSPOLI es TEVA, así como en el convenio arbitral contenido en la Cláusula Décimo Tercera del referido contrato, en virtud al cual se inició el presente proceso.

¹ En adelante, CEFUROXIMA

3.2 FUNDAMENTOS DE LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL

5. FOSPOLI sostiene que con fecha 12 de abril de 2011, remitió a TEVA la orden de compra N° 772 correspondiente a la entrega de 3,392 frascos-ampollas de CEFUROXIMA. Para dicha fecha, en opinión de la DEMANDANTE ya había vencido largamente no solo el plazo para que les remitiera la orden de compra en cuestión, sino el mismo plazo del Contrato.
6. Respecto al caso en concreto, como aspecto preliminar, TEVA señala que es carga de FOSPOLI acreditar que efectivamente les remitió la orden de compra en cuestión y en la fecha que indica haberlo hecho.
7. Ahora bien, aún en el supuesto hipotético que les hubieran remitido la orden de compra en la fecha que indica (12 de abril de 2011), es decir, veintidós (22) meses después del mes en que correspondía hacerlo, para TEVA no cabe duda que la obligación de atender la orden de compra ya no les era exigible.
8. Para la DEMANDANTE no les era exigible, porque –de acuerdo al numeral 7.3.4 del CONTRATO– las órdenes de compra debían ser remitidas hasta el último día hábil del mes en que debía producirse la entrega. Si la entrega debió efectuarse en junio de 2009, es obvio que la obligación de colocar oportunamente la orden de compra correspondiente ya había sido incumplida para el primer día hábil del mes de septiembre de 2009².
9. Atendiendo a la importancia de la remisión de las órdenes de compra, según el dicho de la DEMANDANTE, no solo estamos ante un incumplimiento de FOSPOLI de una de sus obligaciones contractuales esenciales sino de una auténtica frustración del objeto del CONTRATO, en el extremo relativo a la última porción de unidades de CEFUROXIMA que el DEMANDADO se había obligado a adquirir y que TEVA debía tener a su disposición para atender las órdenes de compra que se fueran emitiendo.
10. Esta frustración del objeto del Contrato se configuró nada más cuando venció el plazo de la remisión de la orden de compra correspondiente a los tres mil trescientos noventa y dos (3,392) frasco-ampollas de CEFUROXIMA, los cuales debían haber sido adquiridos por FOSPOLI dentro de los plazos previstos en el Contrato, pero no lo fueron.
11. A lo anterior, agrega TEVA, se debe tener en cuenta que en junio de 2009 no solo venció el plazo para la remisión a la DEMANDANTE por parte de FOSPOLI de la orden de compra relativa a la última entrega de CEFUROXIMA sino que también venció el plazo de vigencia total del CONTRATO, tal como se deriva de lo establecido en el numeral 1.5 del Capítulo I de las Bases. Ello fue establecido así en la lógica que la totalidad de entregas que debían efectuarse bajo el Contrato debían producirse dentro del año posterior a la entrada en vigencia de aquel.

² Corresponde precisar que el CONTRATO prevé en sus numerales 7.3.7 y siguientes el supuesto de 'Orden de Compra Atrasada', esto es, aquella que se remite con posterioridad al último día hábil del mes correspondiente. Sin embargo, el numeral 7.3.10 es explícito a la hora de establecer que para proceder a la atención de este tipo de órdenes se requiere de una reprogramación "previa coordinación con el contratista". Esto es, que requiere de un acuerdo con él para que esta se produzca. Evidentemente, en el presente caso, ese acuerdo nunca configuró.



12. De manera que por estas dos razones es que, al no haber sido remitida la orden de compra relativa a los tres mil trescientos noventa y dos (3,392) frasco-ampollas de CEFUROXIMA hasta el último día hábil del mes de junio de 2009, es evidente que con posterioridad a este punto, las obligaciones de ambas partes debían considerarse extinguidas en relación a esta porción del CONTRATO.
13. De ahí que ni TEVA esperó que la orden de compra faltante por CEFUROXIMA le fuera remitida con posterioridad (pese al daño económico que esa situación le generaba) ni, correspondientemente, FOSPOLI debió esperar que TEVA siguiera teniendo a su disposición el volumen del medicamento que debía haber sido adquirido a través de la referida última orden.
14. No debe perderse de vista tampoco que para abril de 2011 evidentemente los medicamentos con los que iba a ser atendida la sexta orden de compra de CEFUROXIMA ya habían caducado definitivamente y era imposible atenderla proveyéndole de productos en ese estado.

3.3 FUNDAMENTOS DE LA SEGUNDA PRETENSION PRINCIPAL

15. TEVA señala que una vez que concluyó el plazo para que FOSPOLI les remitiera la orden de compra correspondiente a tres mil trescientos noventa y dos (3,392) frasco-ampollas de CEFUROXIMA, las obligaciones prestacionales correspondientes a este extremo del CONTRATO se extinguieron.
16. Sin embargo, ello no obsta a que como consecuencia de la falta de remisión oportuna de la orden de compra en cuestión, no se le hubiera generado un daño que merezca ser indemnizado. A continuación, expone los fundamentos jurídicos de la indemnización que demanda a este respecto.

Hecho dañoso / Conducta antijurídica

17. Para la DEMANDANTE, el hecho dañoso está constituido por la falta de la remisión oportuna de la orden de compra relativa a tres mil trescientos noventa y dos (3,392) frasco-ampollas de CEFUROXIMA, la cual supuso la inexigibilidad de la obligación de adquisición de estos medicamentos por parte de FOSPOLI.
18. El perjuicio correspondiente a este incumplimiento de FOSPOLI está dado por el valor de las unidades de CEFUROXIMA que debieron ser objeto de la sexta y última orden relativa a este medicamento, el cual asciende a S/. 13,190.81, al valor unitario previsto en la Cláusula Cuarta del CONTRATO.

Nexo causal

19. En palabras de TEVA, el incumplimiento por parte de FOSPOLI de la obligación precisada es causa directa e inmediata del daño sufrido por TEVA.

Factor atributivo de responsabilidad

20. Sobre este extremo la DEMANDANTE indica que FOSPOLI incurrió en un incumplimiento de su expresa obligación de remitir oportunamente una orden de compra, prevista expresamente en el numeral 7.3.4 del CONTRATO.
21. Esta conducta configura al menos el supuesto de hecho de la culpa leve previsto en el artículo 1320 del Código Civil: En este sentido, se afirma que existe culpa leve en una relación obligacional cuando el deudor omite hacer algo que cualquier otro, en sus condiciones, hubiera hecho. Como consecuencia de esa omisión, le es atribuible el resultado dañoso - dada su culpa leve -, y deberá responder por las consecuencias patrimoniales que de ello se deriven.
22. En el sentido de lo expuesto, para la demandante FOSPOLI resulta responsable bajo culpa leve de los daños ocasionados a TEVA como consecuencia del incumplimiento de su obligación de remitir oportunamente la sexta y última orden de compra relativa a la CEFUROXIMA.

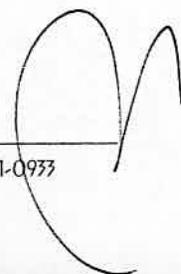
Daño

23. El daño sufrido por TEVA está conformado por el valor monetario del desmedro patrimonial que le ha producido el incumplimiento por parte de FOSPOLI de la obligación referida previamente, el cual es equivalente al valor de las unidades de CEFUROXIMA que debieron ser objeto de la sexta y última orden de compra correspondiente a este medicamento, todo lo cual suma S/. 13,190.81, sin contar los intereses que se generen hasta la fecha efectiva de pago.

El abuso de derecho

24. En el caso negado que el Árbitro Único interpretase que FOSPOLI no ha incurrido en el incumplimiento de una obligación contractual al remitirnos una orden de compra veintidós (22) meses después del momento en que correspondía que lo hiciera, deberá verificar el ejercicio abusivo de uno de sus derechos contractuales, esto es, el desenvolvimiento de una medida que en apariencia constituye el ejercicio regular de éste pero que excede, en los hechos, el alcance del derecho y genera, de esta manera, un perjuicio ilegítimo a TEVA.
25. En este caso, así se considerara que la remisión de la cuarta y última orden de compra³ relativa a la CEFUROXIMA no fue hecha en forma inoportuna –y que, por tanto, resultaba exigible que atendiéramos a la orden de compra que supuestamente nos remitieran el 12 de abril de 2011–, es claro que esperar veintidós (22) meses más para hacerlo constituye un ejercicio abusivo de su derecho de exigirnos tener a disposición suya las unidades restantes de CEFUROXIMA.

³ Texto original de la demanda. Sin embargo, debemos entender que cuando se hace alusión a la cuarta y última orden de compra se está refiriendo a la sexta y última entrega.



26. En este supuesto hipotético, precisa TEVA, que el abuso de derecho descrito le generaría un daño directo e inmediato, correspondiendo que se ordene a FOSPOLI el pago de una indemnización correspondiente al valor de las unidades de CEFUROXIMA tardíamente requeridas, esto es, S/. 13,190.81, sin contar los intereses que se generen hasta la fecha efectiva de pago.

3.4 FUNDAMENTOS DE LA TERCERA PRETENSION PRINCIPAL

27. FOSPOLI pretendió resolver el CONTRATO a través de la Resolución de Directorio No. 257-2011-PD-FOSPOLI del 30 de noviembre de 2011, la cual fue notificada a TEVA primero por intermedio de la Cédula de Notificación No. 252-2011-DGPNP-FOSPOLI-GG-SEC del 2 de diciembre de 2011 y, luego, por la Carta Notarial No. 142147 del 26 de diciembre de 2011.
28. Para la DEMANDANTE, de ambas comunicaciones, solo la segunda produjo una notificación válida y eficaz –cuando no la resolución, claro está–, en la medida que la parte final del segundo párrafo del artículo 226 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado – Decreto Supremo No. 084-2004-PCM (en adelante, REGLAMENTO), establece que el acto de resolución –pretendida resolución en este caso– debe comunicarse por vía notarial. De manera que la Resolución de Directorio No. 257-2011-PD-FOSPOLI se debe entender notificada recién el 26 de diciembre de 2011.

3.5 FUNDAMENTOS DE LA CUARTA PRETENSION PRINCIPAL

29. El numeral 38 el Acta de Instalación del Árbitro Único establece que este se pronunciaría en el laudo arbitral sobre los costos del arbitraje, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 56 del Decreto Legislativo No. 1071.
30. De esta manera, y siendo que TEVA considera atendibles sus pretensiones, el Árbitro Único deberá declarar también que FOSPOLI debe hacerse cargo de los costos arbitrales en los que haya incurrido TEVA al término del presente proceso.

Mediante Resolución N° 1 de fecha 17 de octubre de 2012, el Árbitro Único dispuso admitir a trámite el escrito de demanda y, correr traslado de ésta a la FOSPOLI, a fin que la conteste y en su caso, formule reconvenición.

IV. CONTESTACIÓN DE DEMANDA PRESENTADA POR FOSPOLI

Con fecha 5 de noviembre de 2012 y, mediante escrito "Contestación de demanda" FOSPOLI contesta la demanda, según los argumentos que en apretado resumen se presentan a continuación:

4.1 CONTESTACIÓN DE DEMANDA

SOBRE LA PRIMERA PRETENSION PRINCIPAL

1. Para la ENTIDAD el CONTRATO debía ser ejecutado conforme a las Bases, Normas Técnicas, leyes y serán documentos que se incorporan al Contrato. Así se señala en el artículo 142° del REGLAMENTO.

Artículo 142º.- Contenido del Contrato

El contrato está conformado por el documento que lo contiene, las Bases Integradas y la oferta ganadora, así como los documentos derivados del proceso de selección que establezcan obligaciones para las partes y que hayan sido expresamente señalados en el contrato.

El contrato es obligatorio para las partes y se regula por las normas de este Título. Los contratos de obras se regulan, además, por el Capítulo III de este Título. En lo no previsto en la Ley y el presente Reglamento, son de aplicación supletoria las normas de derecho público y,

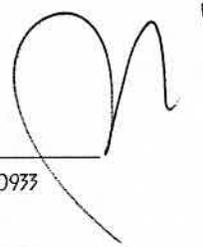
2. Continúa la ENTIDAD indicando que en el CONTRATO expresamente se estableció en la cláusula Séptima que las entregas se realizaran de acuerdo al cronograma detallado en las Bases en el Anexo N°05 consistiendo las mismas en cuatro (4) entregas periódicas⁴, teniendo por consiguiente la contratista la obligación de cumplir con internar un total de 20,332 inyectables de Cefuroxima.
3. Para el DEMANDADO nos encontramos ante un Contrato de Suministro, el cual se encuentra regulado en el Artículo 1604º del Código Civil, el mismo que lo define de la forma siguiente: "Por el suministro, el suministrante se obliga a ejecutar a favor de otra persona, prestaciones periódicas o continuadas de bienes."
4. Es decir, es un contrato de tracto sucesivo, perfeccionándose en el tiempo, donde si bien es un contrato único, las prestaciones se desenvuelven independientemente. Asimismo en dicho contrato no se necesita del tiempo de duración del mismo o del plazo para cumplir con la obligación, sino por el contrario lo que se necesita es la ejecución de la obligación.
5. En el mismo sentido, el artículo 149º REGLAMENTO establece que el contrato tiene vigencia desde el día siguiente de la suscripción del documento que lo contiene o, en su caso, desde la recepción de la orden de compra de servicio. Tratándose de la adquisición de bienes y servicios, **el contrato se rige hasta que el funcionario competente de la conformidad de la recepción de la prestación a cargo del contratista se efectúe el pago.**
6. Como se puede apreciar de lo expuesto en los párrafos precedentes, el contrato culmina con la entrega total de los bienes licitados, esto es, la entrega de las 20,332 inyectables de Cefuroxima, no pudiendo la actora pretender desconocer la obligación contraída, bajo el supuesto de que no se le remitió la orden de servicio dentro del periodo que la misma consideraba necesario.
7. Así el Código Civil, en su artículo 1361º recoge el principio del pacta sunt servanda, es decir, la fuerza vinculatoria de los contratos, que se celebran para ser cumplidos y que están sujetos al deber de la observancia, en cuanto al carácter obligatorio del contenido de la declaración contractual y la presunción de coincidencia entre esta declaración y la voluntad común, en otras palabras, las partes se obligan al cumplimiento del contrato, por

⁴ Texto original de la contestación demanda. Sin embargo, debemos entender que cuando se hace alusión a cuatro (4) entregas periódicas, se está refiriendo seis (6) entregas periódicas tal cual los señala el Anexo N° 5 de las Bases.



un lado una de entregar la totalidad de los bienes bajo las condiciones establecidas en las bases y el contrato y la otra a realizar el pago en la forma prevista.

8. Bajo este contexto al someterse a los términos y condiciones del CONTRATO, para la ENTIDAD la DEMANDANTE debió cumplir con entregar la totalidad de los bienes detalladas en el CONTRATO, y no solo parte de ellos.
9. Al respecto, la cláusula 7.3. del CONTRATO, en lo que respecta a la Orden de Compra Atrasada, establece en el numeral 7.3.9 que "Para el caso de las órdenes de compra atrasadas (situación que es la nuestra), una vez recepcionada la orden de compra el contratista deberá entregar el producto en un plazo máximo de **30 días calendario**, plazo establecido para todas las unidades ejecutoras.
10. En este orden de ideas, señala el DEMANDADO se puede apreciar que TEVA, no cumplió con la referida entrega, puesto que conforme se señala en la Resolución de Directorio N° 257-2011-PD-FOSPOLI de fecha 30 de noviembre de 2011, la orden de compra N° 772 fue remitida a la DEMANDANTE el 12 de abril de 2011, por lo que, conforme a los términos del CONTRATO, la misma tenía un plazo de 30 días calendario para internar los bienes, situación que no cumplió.
11. Dicho incumplimiento por parte de TEVA motivó que, la ENTIDAD, mediante Carta N° 067-2011-DG.PNP.FOSPOLI.GG.DIVLOG.DADQ.SEC (Carta Notarial N° 136143) de fecha 21 de junio de 2011 se le requiriera el cumplimiento de su obligación, carta a la cual no respondió.
12. En vista a dicho incumplimiento, el DEMANDADO remite vía notarial a TEVA la Resolución de Directorio N° 264-2011-PD-FOSPOLI de fecha 30 de noviembre de 2011, en la cual se resuelve de manera parcial el CONTRATO, debido al incumplimiento de la última entrega de los bienes materia de contrato.
13. FOSPOLI señala que TEVA en ningún momento tuvo la intención de cumplir con la obligación que había asumido, puesto que si bien es cierto hubo un retardo en la remisión de la orden de compra, esta no ha acreditado que haya tenido la voluntad de cumplir con la obligación contraída.
14. El artículo 168° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, establece que la Entidad podrá resolver el contrato, de conformidad con el inciso c) del Artículo 40° de la Ley en los casos que el contratista:
 - Incumpla injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese a haber sido requerido para ello.
 - Haya llegado a acumular el monto máximo de la penalidad por mora o el monto máximo para otras penalidades, en la ejecución de la prestación a su cargo, o
 - Paralice o reduzca injustificadamente la ejecución de la prestación, pese a haber sido requerido para corregir tal situación.
15. Como se puede apreciar, la Entidad cumplió con el procedimiento establecido en la LEY al dar por resuelto de manera parcial el CONTRATO, no pudiendo por consiguiente TEVA pretender que se declare que la obligación ya no era exigible al momento de la remisión de la orden de compra, puesto que la misma no se había satisfecho.



SOBRE LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL

16. Con respecto a la segunda pretensión, el DEMANDADO indica que es necesario precisar que si la DEMANDANTE hubiera querido cumplir con su obligación de internar los bienes, debió demostrar su buena fe y su voluntad de cumplir con el internamiento, más aun si consideraban que existía un plazo de vigencia del contrato, vigencia dentro de la cual se debía cumplir con la totalidad de la obligación, por lo que la contratista no puede pretender pedir un resarcimiento por presuntos daños y perjuicios ocasionados, cuando el incumplimiento de internar los bienes es de entera responsabilidad de la misma.
17. Con relación al nexo causal es necesario señalar que es la relación existente entre el resultado y la acción, que permite afirmar que aquel ha sido producido por esta. En sentido más restringido solo se puede hablar de relación de causalidad para referirse a uno de los grupos de teorías que han tratado de explicar aquella relación, las llamadas teorías de la causalidad: teoría de la equivalencia de las condiciones o de la *conditio sine qua nom* (causa del resultado es toda condición que colabora en su producción y sin la cual aquel no se hubiera producido; Todas las condiciones tienen idéntica relevancia causal), teorías de la causalidad eficiente y de la causalidad adecuada (intentos teóricos de limitar la excesiva amplitud de la anterior teoría).
18. Por consiguiente no es posible determinar el nexo causal, puesto que quien ha incumplido la obligación contractual es la contratista, al no haber internado la totalidad de los bienes materia de licitación, con lo cual demuestra la conducta dolosa de la misma, al pretender desconocer sus obligaciones contractuales.
19. Para el DEMANDADO, TEVA ha realizado un reconocimiento tácito del incumplimiento del contrato. En efecto, conforme se puede apreciar de la demanda, queda claro el fehaciente incumplimiento de la DEMANDANTE de realizar actos destinados a incumplir con una obligación contractual. Las comunicaciones aparejadas en la demanda son demostrativas no solo de la errónea interpretación del contrato sino de su manifiesto reconocimiento del incumplimiento de las obligaciones asumidas, pretextando otras obligaciones a efectos de no cumplir su contrato.
20. Existencia de dolo en el incumplimiento por parte de TEVA. Dolo, como causa de inexecución de una obligación no es distinto del descuido, negligencia, imprudencia, torpeza sino que implica una inexecución consciente; en este supuesto el obligado no cumple porque sencillamente no quiere cumplir. Este es el caso del DEMANDANTE.

De lo anotado se desprende claramente que el conocimiento respecto a la naturaleza y consecuencias del acto configuran el dolo. Sobre el particular, el Código Civil tipifica en forma precisa el dolo en materia de obligaciones civiles y establece determinadas sanciones que veremos a continuación. En primer término, el Artículo 1318 del referido código señala en forma textual que "procede con dolo quien deliberadamente no ejecuta la obligación". Es decir, que la persona en forma intencional no cumple con su obligación incurre en dolo, toda vez que "la característica dominante del dolo es la intención de no cumplir". Más adelante el artículo 1321 establece la sanción correspondiente a esta conducta al señalar que "queda sujeto a la indemnización por daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve".

De acuerdo al tenor de las formas glosadas, la mayoría de autores convienen en que el propósito de perjudicar es irrelevante para la existencia del dolo; toda vez que éste se da por la sola conciencia de la inejecución aunque no tenga propósito de dañar al acreedor.

La ENTIDAD sostiene que la DEMANDANTE no cumplió su obligación en forma deliberada, es decir con dolo, por cuanto su actuación reunió en todo momento el conocimiento y voluntad de obrar en forma abstencionista. En este orden, señala que es de elemental probanza que los DEMANDADOS conocían sus obligaciones contractuales, por lo que sabían que debían cumplir con una cuarta y última entrega, por lo que no pueden pretender argumentar que el retardo en la remisión de la orden de compra es una causal de incumplimiento de contrato o en su caso de considerarlo no exigible.

Asimismo, si TEVA hubiera considerado que la ENTIDAD se encontraba incumpliendo sus obligaciones contractuales, debió, por consiguiente invocar lo establecido en la LEY y el REGLAMENTO y no esperar a que la entidad le requiera el cumplimiento de su obligación para que recién haya un pronunciamiento de su parte, demostrando por consiguiente su poca intención de cumplir con la obligación.

SOBRE LA TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL

21. Con relación a la tercera pretensión, sobre la invalidez de la resolución de contrato, esta carece de asidero legal debido a los fundamentos expuestos líneas arriba, toda vez que la ENTIDAD ha cumplido con el procedimiento establecido en el REGLAMENTO, esto es, requerirles el cumplimiento de la obligación incurrida y a falta de pronunciamiento de la contratista (entendiéndolo como el cumplimiento de la obligación) resolver de manera parcial el CONTRATO.
22. Para el DEMANDADO se ha demostrado que hubo dolo por parte de TEVA al no cumplir con su obligación contractual, no pudiendo pretender trasladar dicha responsabilidad a la ENTIDAD, la cual si bien remitió de manera tardía la orden de compra, el objeto del CONTRATO no se había cumplido, esto es, cumplir con el internamiento la última entrega de la CEFUROXIMA, por lo cual la responsabilidad de la falta de cumplimiento de la obligación recae en la DEMANDANTE, por lo que la resolución de contrato de manera parcial realizada se encuentra de acuerdo a ley.

SOBRE LA CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL

23. Finalmente, con respecto a la cuarta pretensión, es necesario señalar que el inicio del proceso arbitral ha sido a solicitud de TEVA, siendo por consiguiente de responsabilidad del mismo sus gastos incurridos, más aun si el mismo pretende librarse de su obligación contractual de dar, con unos argumentos sin asidero legal alguno, los cuales ya han sido citados y comentados en los párrafos precedentes.

Mediante Resolución N° 4 emitida el 9 de noviembre de 2012, el Árbitro Único tuvo por presentado el escrito de contestación de demanda.

Posteriormente, a través de la Resolución N° 6 del 10 de enero de 2013, y estando al estado del proceso, el Árbitro Único citó a las partes a la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos.

V. ACTUACIONES ARBITRALES

5.1 Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos

1. El día 31 de enero de 2013 se llevó a cabo la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos, con la asistencia de los representantes del TEVA y FOSPOLI.
2. De otro lado, ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo conciliatorio, se fijaron los siguientes puntos controvertidos:

Primer Punto Controvertido: Determinar si, es pertinente que el Árbitro Único declare que a la fecha en que se habría remitido a la DEMANDANTE la orden de compra correspondiente a tres mil trescientos noventa y dos (3,392) frasco-ampollas del medicamento CEFUROXIMA I.V. 750 mg., la obligación relativa a su internamiento por parte de la DEMANDANTE había dejado de ser exigible.

Segundo Punto Controvertido: Determinar si, es pertinente que el Árbitro Único debe ordenar a FOSPOLI que reconozca y pague a la DEMANDANTE, la suma de S/. 13,190.81 (Trece Mil Ciento Noventa y 81/100 Nuevos Soles), más el IGV y los intereses que se devenguen hasta la fecha efectiva de pago, por concepto de indemnización derivada de la falta de una oportuna colocación de la orden de compra correspondiente a tres mil trescientos noventa y dos (3,392) frasco-ampollas del medicamento CEFUROXIMA I.V. 750 mg.

Tercer Punto Controvertido: Determinar si, es pertinente que el Árbitro Único declare la invalidez y/o ineficacia de la resolución parcial del Contrato N° 090-2008-DIRSAL-FOSPOLI, efectuada por FOSPOLI en relación al internamiento de tres mil trescientas noventa y dos (3,392) frasco-ampollas del medicamento CEFUROXIMA I.V. 750 mg., como consecuencia de un presunto incumplimiento contractual en el que la DEMANDANTE habría incurrido.

Igualmente, se estableció que el Árbitro Único debía pronunciarse en el laudo acerca de los costos y costas y su posible condena.

3. Acto seguido, se procedió a admitir los siguientes medios probatorios:

De la DEMANDANTE

Se admitieron los medios probatorios ofrecidos en el acápite VIII.- *Medios Probatorios* del escrito N° 01 "Formulamos demanda" de fecha 9 de octubre de 2012.

De FOSPOLI

Se admitieron los documentos ofrecidos como medios probatorios en el acápite "IV. *Medios Probatorios*" del escrito "Contestación de demanda" presentado el 5 de noviembre de 2012, que se encuentran identificados en el numeral 1, 2^o y 3.

⁹ Documento presentado mediante escrito ingresado el 21 de enero de 2013

5.2 De las audiencias realizadas, conclusión de la etapa de pruebas y presentación de alegatos

1. Con fecha 21 de febrero se realizó una Audiencia Especial de Ilustración de hechos y aspectos técnicos sobre los puntos controvertidos establecidos.
2. Al no haber medio probatorio pendiente de actuación, mediante Resolución N° 9 de fecha 15 de marzo de 2013, el Árbitro Único declaró la conclusión de la etapa de pruebas y otorgó a las partes un plazo de diez (10) días, para que presenten sus alegatos escritos.
3. TEVA y FOSPOLI con fecha 3 de abril de 2013 cumplieron con presentar sus alegatos finales. Estos documentos fueron tramitados con Resolución N° 10 del 4 de abril de 2012, el Árbitro Único estableció que el expediente se encontraba listo para laudar y fijó en treinta (30) días hábiles el plazo para expedir el laudo.
4. En consecuencia, el Árbitro Único procede a dictar el laudo arbitral dentro del plazo dispuesto.

CONSIDERANDO:

I. CUESTIONES PRELIMINARES

Antes de analizar la materia controvertida, corresponde confirmar lo siguiente: (i) que el Árbitro Único se constituyó de acuerdo al convenio arbitral suscrito por las partes; (ii) que en momento alguno se impugnó o reclamó contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación; (iii) que TEVA presentó su escrito de demanda dentro del plazo dispuesto; (iv) que la FOSPOLI fue debidamente emplazada con la demanda, contestó ésta y ejerció plenamente su derecho de defensa; (v) que las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como ejercieron la facultad de presentar alegatos; y, (vi) que, el Árbitro Único está procediendo a laudar dentro del plazo que corresponde a las reglas de este proceso.

De otro lado, el Árbitro Único deja constancia que en el estudio, análisis y deliberación del presente arbitraje se han tenido en cuenta todos los argumentos y las alegaciones efectuadas por las partes, así como todos los medios probatorios aportados, haciendo un análisis y una valoración en conjunto de los mismos, de manera que la no referencia a un argumento o a una prueba no supone que no haya sido tomado en cuenta para su decisión.

II. ANÁLISIS DE LAS PRETENSIONES

PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si, es pertinente que el Árbitro Único declare que a la fecha en que se habría remitido a la DEMANDANTE la orden de compra correspondiente a tres mil trescientos noventa y dos (3,392) frasco-ampollas del medicamento CEFUROXIMA I.V. 750 mg., la obligación relativa a su internamiento por parte de la DEMANDANTE había dejado de ser exigible.

La DEMANDANTE sostiene que el 12 de abril de 2011, fecha en la cual el DEMANDADO supuestamente le habría remitido la Orden de Compra N° 772 correspondiente a tres mil trescientos noventa y dos (3,392) frasco-ampollas del medicamento CEFUROXIMA I.V. 750 mg.

(Sexta y última entrega del medicamento), la obligación relativa a su cumplimiento había dejado de ser exigible e, incluso, el plazo total del CONTRATO había vencido.

Fundamenta su posición en el Contrato N° 090 – 2008 – DIRSAL – FOSPOLI de fecha 6 de junio 2008, derivado de la Licitación Pública por Subasta Inversa N° 0009 -2008 – MINSAL, el mismo que señala en la cláusula 7.3.4 que para el caso de la entrega de órdenes sucesivas éstas: "deberán ser emitidas y enviadas a El CONTRATISTA dentro del mes de entrega programado siendo el plazo máximo el último día del mes correspondiente. Una vez recepcionada la orden de compra EL CONTRATISTA deberá entregar el producto en un plazo máximo de 10 días calendario". Asimismo, en la cláusula 7.3.7 que contempla la posibilidad de órdenes de compra atrasadas (orden de compra posterior al mes correspondiente de entrega), en cuyo caso se establece la posibilidad de emitirla hasta en un plazo de máximo de 30 días calendario contados a partir del primer día del mes siguiente al que correspondía. En ese sentido, una vez recepcionada la orden de compra EL CONTRATISTA debería entregar el producto en un plazo máximo de 30 días calendario (Cláusula 7.3.9). Finalmente, en la cláusula 7.3.10 que establece que en caso una o más de una orden de compra se haya presentado con retraso mayor a 30 días, se reprogramaría la atención previa coordinación con el contratista, hechos que no se produjeron en este caso.

Por su parte, el DEMANDADO cita equivocadamente normas de contrataciones estatales que no estaban vigentes en el momento de la fecha de la suscripción del CONTRATO, no obstante ello, en el Decreto Supremo N° 084-2004-PCM, vigente en aquel momento, existen normas con contenido similar, por lo que fundamentan su posición. Señala que el CONTRATO es obligatorio para las partes y se regula por las normas de la Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento (Artículo 201 del reglamento aplicable); que en el CONTRATO se estableció expresamente en la cláusula Séptima que las entregas se harían de acuerdo al cronograma detallado en las Bases en el Anexo N° 5; que se encuentran frente a un contrato de suministro en el cual no se requiere plazo para cumplir la obligación (Artículo 1604 del Código Civil) y; que según lo señala el reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado el CONTRATO tiene vigencia desde el día siguiente de la suscripción del documento que lo contiene o, en su caso, desde la recepción de la orden de compra o de servicio y "Tratándose de la adquisición de bienes y servicios, el contrato rige hasta que el funcionario competente de la conformidad de la recepción de la prestación a cargo del contratista" (Artículo 204 del reglamento aplicable), por lo que el CONTRATO culmina con la entrega total de los bienes licitados, esto es, la entrega de las 20,332 inyectables de Cefuroxima (Incluida la sexta entrega), no pudiendo la DEMANDANTE pretender desconocer la obligación contraída, bajo el supuesto de que no se le remitió la orden de compra dentro del período que la misma consideraba.

En este orden de ideas, señala el DEMANDADO, se puede apreciar que TEVA no cumplió con la referida entrega, puesto que conforme se señala en la Resolución de Directorio N° 257-2011-PD-FOSPOLI de fecha 30 de noviembre de 2011, la Orden de Compra N° 772 fue remitida a la DEMANDANTE el 12 de abril de 2011, por lo que, conforme a los términos del CONTRATO, la misma tenía un plazo de 30 días calendario para internar los bienes, situación que no cumplió y originó la resolución parcial del CONTRATO.

Al respecto, el ÁRBITRO ÚNICO considera tener presente lo siguiente:

1. Que para efectos del análisis, pese a que no obra en el expediente la Orden de Compra N° 772 del 12 de abril del 2011, mediante la cual supuestamente FOSPOLI le solicita a TEVA la entrega de la CEFUROXIMA y el DEMADANTE ha negado en la

demanda haberla recibido, el ÁRBITRO ÚNICO considera que la fecha de recepción por TEVA de la Carta Notarial N° 067-2011-DG.PNP.FOSPOLI.GG.DIVLOG.DADQ.SEC de fecha 21 de junio 2011 recepcionada el 30 de junio 2011 y no respondida por este, debe ser entendida como la fecha en la cual se solicitó el medicamento, pues en ella se hace evidente el pedido de entrega, independientemente de ser un requerimiento. No obstante lo expuesto, el análisis se efectuará indistintamente con ambas fechas.

2. Que, en atención a lo expuesto en el CONTRATO, el ÁRBITRO ÚNICO entiende que en un escenario ideal la Orden de Compra N° 772 supuestamente de fecha 12 de Abril 2011 debió ser emitida un mes antes del mes contemplado para la sexta entrega del medicamento, es decir, Mayo del 2009, según se aprecia del siguiente cuadro:

N°	MEDICAMENTO	CANTIDAD	MES	MES	MES	MES	MES	MES
40	CEFUROXIMA 750 mg Inyectable	20,332	Ago-08	oct-08	dic-08	Feb-09	abr-09	jun-09
			3,388	3,388	3,388	3,388	3,388	3,388

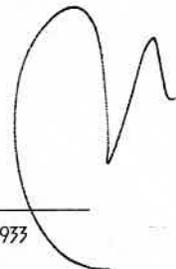
En ese supuesto, el producto debió ser entregado en un plazo que no debía exceder los 10 días calendario y, en el caso que FOSPOLI hubiera emitido la orden de compra atrasada dentro de un plazo máximo que no excediera los 30 días calendario contados a partir del primer día del mes siguiente al que correspondía (es decir antes del 31 de Julio del 2009), entonces TEVA hubiera tenido un plazo máximo de 30 días contados desde el 31 de Julio del 2009 para entregar la CEFUROXIMA. En el último de los supuestos, en el extremo que la orden de compra hubiera sufrido un retraso mayor a 30 días, el CONTRATO permitiría la reprogramación de la entrega "previa coordinación con El CONTRATISTA".

3. Que el CONTRATO señala en su numeral 7.2.1 que las entregas deberán realizarse de acuerdo al cronograma de entregas detallado en el Anexo N° 5 de las Bases que se reproduce en dicha cláusula.

Es decir, la última entrega de CEFUROXIMA, tal cual lo graficado en el punto anterior, debió ser entregada en el mes de Junio del 2009 previa emisión por parte de FOSPOLI de la orden de compra y de existir atrasos u otras situaciones regirse por lo estipulado en el propio CONTRATO, como ya lo hemos explicado. En este caso, la Orden de Compra habría sido emitida 1 año y 10 meses o en el supuesto de la carta notarial tenga este efecto, dos años después de la programación establecida en el CONTRATO; por lo tanto, se evidencia de los documentos presentados tanto por TEVA como por FOSPOLI, que este último no cumplió con seguir el procedimiento indicado en el CONTRATO, no cumplió el cronograma de entregas sucesivas o de ordenes de compra atrasadas y, por último, no coordinó con TEVA la entrega de la CEFUROXIMA, por lo que la obligación resultó inexigible.

3. Que, el numeral 1.5 del Capítulo I de las Bases de la Licitación Pública por Subasta Inversa N° 0009 – 2008 – MINSA⁶ indica: "1.5 PERÍODO DEL CONTRATO. El plazo del

⁶ Cabe señalar que de acuerdo a la cláusula segunda del contrato son partes integrantes del mismo: Las Bases y sus respectivos Anexos, la propuesta de "El Contratista" y sus documentos Anexos y, la Orden de Compra.



contrato para la Adquisición de los medicamentos tendrá vigencia desde el día siguiente de la suscripción del mismo hasta el cumplimiento total de las obligaciones contractuales, para un período de suministro de 12 meses".

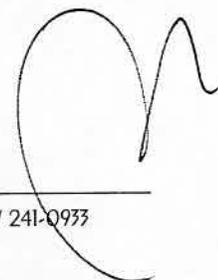
Como se puede observar, el numeral 1.5 señala de forma indubitable que el período de suministro no será mayor de doce (12) meses. Esto implica que el CONTRATO suscrito entre TEVA Y FOSPOLI tenía una vigencia de doce (12) meses para la ejecución del mismo, dentro de los cuales debía solicitarse y hacerse entrega de los medicamentos según el cronograma de entregas y procedimientos ya indicados. En ningún momento se contempla la posibilidad de que el CONTRATO se extienda tácitamente hasta el cumplimiento total de las obligaciones, sino por el contrario, fija el plazo de la ejecución contractual expresamente en doce (12) meses.

4. Que el CONTRATO señala en su Cláusula Tercera: Objeto "Por el presente contrato "EL CONTRATISTA" se obliga a vender a "EL CONTRATANTE" los medicamentos señalados en las Bases, cuyas especificaciones técnicas, cantidades, importes unitarios y totales, se fijan en la propuesta del "EL CONTRATISTA", el mismo que forma parte del presente contrato".

Que si bien es cierto era obligación de TEVA venderle a FOSPOLI y este último aduce que se trata de un contrato de suministro, para el ÁRBITRO ÚNICO es claro que independientemente de la naturaleza jurídica del CONTRATO, éste tiene un plazo expreso, cierto y determinado, el mismo que ha sido fijado en las Bases que forman parte del CONTRATO en doce (12) meses, por lo que la orden de compra o la carta notarial, que como ya se comentó es pieza clave para que TEVA le venda a FOSPOLI se envió una vez finalizado el plazo de la ejecución fijado en el CONTRATO, cuando la obligación ya no era exigible.

5. Expresa el doctor Manuel de la Puente y Lavalle en el Libro "Estudios del Contrato Privado", Editorial Cuzco S.A., Lima 1993, Tomo I, página 101, que en el régimen jurídico peruano, los hechos creadores de obligaciones son el contrato, la ley y, en algunos casos la voluntad unilateral, por lo cual, las obligaciones pueden ser contractuales, legales y provenientes de la voluntad unilateral. El contrato es un acto jurídico, es una manifestación de voluntad, mientras que la obligación es una consecuencia de ese acto jurídico, pero en sí no es otro acto jurídico, ni genera a su vez nuevas relaciones obligatorias. La prestación es la forma de cumplir la obligación, no el contrato, pues éste cumple su función creando, regulando o modificando la obligación.

En el presente caso, el ÁRBITRO ÚNICO considera que el CONTRATO ha vencido como consecuencia de entender que el plazo de la ejecución contractual del mismo era de doce (12) meses y por lo tanto en la fecha en la que supuestamente se remitió la orden de compra o en la que se remitió la carta notarial, el CONTRATO ya no estaba vigente para esos efectos. Era obligación de FOSPOLI remitir a TEVA oportunamente, de acuerdo a lo expresamente pactado en las diversas cláusulas del CONTRATO la Orden de Compra de la CEFUREXIMA, hecho que no se produjo, de lo que se deduce que TEVA no incumplió ninguna obligación que le fuera exigible, no teniendo FOSPOLI además, legitimidad alguna para exigir la obligación en cualquier momento basándose en su propio incumplimiento.



6. Respecto al argumento esgrimido por la DEMANDADA de que el artículo 204 del reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado aplicable, establecería que el CONTRATO tiene vigencia desde el día siguiente de su suscripción hasta la conformidad de la recepción de la prestación a cargo del contratista, el ÁRBITRO ÚNICO considera que en efecto, dicho artículo de conformidad con el artículo 43 de la Ley 26850 establece tal previsión, pero ello no quiere decir que no exista un plazo contractual pactado durante el cual se ejecutarán las prestaciones previstas en el CONTRATO, hecho que en el presente caso no fue observado por FOSPOLI.

7. Por lo tanto, el ÁRBITRO ÚNICO, por las consideraciones esbozadas en los párrafos anteriores, concluye que la obligación relativa al internamiento de la CEFUROXIMA por parte de la DEMANDANTE había dejado de ser exigible en la fecha en la que se habría remitido la orden de compra u la carta notarial señalada, declarando fundado el presente punto controvertido.

Segundo Punto Controvertido: Determinar si, es pertinente que el Árbitro Único debe ordenar a FOSPOLI que reconozca y pague a la DEMANDANTE, la suma de S/. 13,190.81 (Trece Mil Ciento Noventa y 81/100 Nuevos Soles), más el IGV y los intereses que se devenguen hasta la fecha efectiva de pago, por concepto de indemnización derivada de la falta de una oportuna colocación de la orden de compra correspondiente a tres mil trescientos noventa y dos (3,392) frasco-ampollas del medicamento CEFUROXIMA I.V. 750 mg.

TEVA señala que la falta de colocación de la Orden de Compra correspondiente a la sexta entrega del medicamento CEFUROXIMA le da derecho al pago de una indemnización de S/. 13,190.81 (Trece Mil Ciento Noventa y 81/100 Nuevos Soles), más el IGV y los intereses que se devenguen hasta la fecha efectiva de pago.

Al respecto, señala lo siguiente:

Hecho dañoso/ Conducta antijurídica: Para la Demandante, el hecho dañoso está constituido por la remisión inoportuna de la orden de compra relativa a las tres mil trescientos noventa y dos (3,392) frasco-ampollas de CEFUROXIMA, la cual supuso la inexigibilidad de la obligación de adquisición de estos medicamentos por parte de FOSPOLI. Señala además que el perjuicio correspondiente a este incumplimiento de FOSPOLI está dado por el valor de las unidades de CEFUROXIMA que debieron ser objeto de la sexta y última orden relativa a este medicamento, el cual asciende a S/. 13,190.81, al valor unitario previsto en la Cláusula Cuarta del CONTRATO.

Nexo causal: En palabras de TEVA, el incumplimiento por parte de FOSPOLI de la obligación precisada es causa directa e inmediata del daño sufrido por TEVA.

Factor atributivo de responsabilidad: TEVA indica que FOSPOLI incurrió en un incumplimiento de su expresa obligación de remitir oportunamente una orden de compra, prevista expresamente en el numeral 7.3.4 del CONTRATO. Para la demandante esta conducta configura al menos el supuesto de hecho de la culpa leve previsto en el artículo 1320 del Código Civil

Cabe señalar que el artículo 1320º del Código Civil señala "Actúa con culpa leve quien omite aquella diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar".

En el sentido de lo expuesto, para la DEMANDANTE, FOSPOLI resulta responsable bajo culpa leve de los daños ocasionados a TEVA como consecuencia del incumplimiento de su obligación de remitir oportunamente la sexta y última orden de compra relativa a la CEFUROXIMA.

Daño: Para TEVA el daño sufrido está conformado por el valor monetario del desmedro patrimonial que le ha producido el incumplimiento por parte de FOSPOLI de la obligación, el cual es equivalente al valor de las unidades de CEFUROXIMA que debieron ser objeto de la sexta y última orden de compra correspondiente a este medicamento, todo lo cual suma S/. 13,190.81, sin contar los intereses que se generen hasta la fecha efectiva de pago.

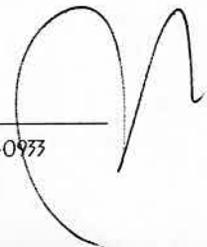
Incluso plantea, que en el caso negado que el Árbitro Único interpretase que FOSPOLI no ha incurrido en el incumplimiento de una obligación contractual al remitirles una orden de compra veintidós (22) meses después del momento en que correspondía que lo hiciera, se verifique el ejercicio abusivo de uno de sus derechos contractuales, esto es, el desenvolvimiento de una medida que en apariencia constituye el ejercicio regular de éste pero que excede, en los hechos, el alcance del derecho y genera, de esta manera, un perjuicio ilegítimo a TEVA.

Por su parte el DEMANDADO afirma que no es posible determinar el nexo causal, puesto que quien ha incumplido la obligación contractual es la contratista, al no haber internado la totalidad de los bienes materia de licitación, con lo cual demuestra la conducta dolosa de la misma, al pretender desconocer sus obligaciones contractuales. Asimismo, aduce que es TEVA quien ha incumplido con su obligación contractual actuando con dolo.

El ÁRBITRO ÚNICO considera al daño emergente como la pérdida patrimonial efectivamente sufrida y al lucro cesante como la ganancia o utilidad que dejará de percibir la víctima como consecuencia del perjuicio o daño que se ha causado tal como lo conceptualiza el artículo 1321 del Código Civil. En el presente caso, en el supuesto de que se hubiera configurado culpa leve como afirma el DEMANDANTE, el DEMANDADO en virtud de lo dispuesto en el artículo 1321° del Código Civil, limitaría el resarcimiento al daño que podría preverse al tiempo en que la obligación fue contraída, sanción menos severa que si la inexecución, o el cumplimiento tardío o defectuoso de la obligación, se produjera por dolo o por culpa grave del deudor.

El artículo 1329° del Código Civil determina la presunción de que la inexecución de la obligación o su cumplimiento tardío o defectuoso obedecen a culpa leve del obligado, salvo prueba en contrario. Presunción juris tantum de la que el deudor puede exonerarse probando su inculpabilidad, pero el artículo 1331° del mismo cuerpo legal establece que la prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía corresponde al perjudicado por la inexecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, por ello, no obstante la presunción de culpa leve ante la inexecución de la obligación, la carga de la prueba de los daños y perjuicios, así como la de su cuantía, corresponde al DEMANDANTE.

En este sentido, el ÁRBITRO ÚNICO advierte que ni en el CONTRATO ni en las Bases y anexos de la Licitación Pública por Subasta Inversa N° 0009-2008-MINSA "Adquisición de Medicamentos" y demás documentos que obran en el expediente, consta que el DEMANDANTE tuviera la obligación de tener físicamente y en propiedad las medicinas que debía de entregar previa solicitud del DEMANDADO. En ese sentido no ha acreditado el DEMANDANTE la existencia de los medicamentos, la erogación patrimonial para su adquisición o que se le haya generado



una pérdida patrimonial, pues no se ha probado con documento alguno que el medicamento lo hubiera comprado, hubiere vencido, se hubiese perdido o incinerado.

En función a lo expuesto, el Árbitro ÚNICO entiende que no se ha configurado un supuesto de responsabilidad civil pues no se ha probado la existencia del daño y, en caso no acreditarse éste, como sucede en el presente caso, no se puede otorgar una indemnización por daños y perjuicios de acuerdo a lo establecido en el Código Civil en su artículo 1331°, por lo que devine en infundado el presente punto controvertido.

Tercer Punto Controvertido: Determinar si, es pertinente que el Árbitro Único declare la invalidez y/o ineficacia de la resolución parcial del Contrato N° 090-2008-DIRSAL-FOSPOLI, efectuada por FOSPOLI en relación al internamiento de tres mil trescientas noventa y dos (3,392) frasco-ampollas del medicamento CEFUROXIMA I.V. 750 mg., como consecuencia de un presunto incumplimiento contractual en el que la DEMANDANTE habría incurrido.

Para el DEMANDANTE, FOSPOLI pretendió resolver el CONTRATO a través de la Resolución de Directorio No. 257-2011-PD-FOSPOLI del 30 de noviembre de 2011, la cual fue notificada a TEVA primero por intermedio de la Cédula de Notificación No. 252-2011-DGPNP-FOSPOLI-GG-SEC del 2 de diciembre de 2011 y, luego, por la Carta Notarial No. 142147 del 26 de diciembre de 2011. Sostiene que de ambas comunicaciones, solo la segunda produjo una notificación válida y eficaz –cuando no la resolución, claro está–, en la medida que la parte final del segundo párrafo del artículo 226 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado – Decreto Supremo No. 084-2004-PCM, establece que el acto de resolución –pretendida resolución en este caso– debe comunicarse por vía notarial. De manera que la Resolución de Directorio No. 257-2011-PD-FOSPOLI se debe entender notificada recién el 26 de diciembre de 2011, en cualquier caso.

Por su parte el DEMANDADO, sostiene que según se manifiesta en la Resolución de Directorio N° 257-2011-PD-FOSPOLI de fecha 30 de noviembre de 2011, la Orden de Compra N° 772 fue remitida a la DEMANDANTE el 12 de abril de 2011, por lo que, conforme a los términos del CONTRATO, la misma tenía un plazo de 30 días calendario para internar los bienes, situación que no cumplió y motivó que le remitiesen mediante Carta N° 067-2011-DG.PNP.FOSPOLI.GG.DIVLOG.DADQ.SEC (Carta Notarial N° 136143) de fecha 21 de junio de 2011 el requerimiento para el cumplimiento de su obligación. En vista a dicho incumplimiento, el DEMANDADO remite vía notarial a TEVA la Resolución de Directorio N° 257-2011-PD-FOSPOLI de fecha 30 de noviembre de 2011, en la cual se resuelve de manera parcial el CONTRATO, debido al incumplimiento de la última entrega de los bienes materia de contrato. Esta Carta Notarial fue recepcionada por TEVA el 26 de diciembre 2011.

La causal de resolución aplicable al Contratista como el proceso de resolución de contrato seguida por el DEMANDADO está regulada por los artículos 225° y 226 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (Decreto Supremo N° 084-2004 –PCM). Conforme al primero de estos artículos, se establece que la Entidad podrá resolver el contrato de conformidad con el inciso c) del Artículo 41° de la Ley 26850 en los casos que el contratista:

- Incumpla injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese a haber sido requerido para ello.
- Haya llegado a acumular el monto máximo de la penalidad por mora o el monto máximo para otras penalidades, en la ejecución de la prestación a su cargo.

- Paralice o reduzca injustificadamente la ejecución de la prestación, pese a haber sido requerido para corregir tal situación.

El artículo 226° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, establece que si alguna de las partes falta al cumplimiento de sus obligaciones, la parte perjudicada deberá requerirla mediante carta notarial para que las satisfaga en un plazo no mayor a cinco (5) días, bajo apercibimiento de resolver el contrato (...). Si vencido ese plazo el incumplimiento continúa, la parte perjudicada resolverá el contrato en forma total o parcial, mediante carta notarial. La resolución parcial solo involucra a aquella parte del contrato afectada por el incumplimiento y siempre que dicha parte sea separable e independiente del resto de las obligaciones contractuales, y que la resolución total del contrato pudiera afectar los intereses de la Entidad. En tal sentido, el requerimiento que se efectúe deberá precisar con claridad que parte del contrato quedaría resuelta si persistiera el incumplimiento.

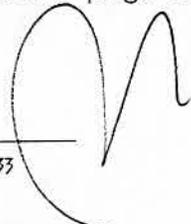
El ÁRBITRO ÚNICO constata que el DEMANDADO ha considerado el supuesto incumplimiento injustificado de las obligaciones contractuales del DEMANDANTE analizados en el primer punto controvertido del presente Laudo, como causal para seguir el procedimiento previsto en la ley y el reglamento señalado y así resolver parcialmente el CONTRATO. En vista de ello, habiéndose declarado en el primer punto controvertido de este Laudo, que el plazo de la ejecución contractual establecida en el CONTRATO corresponde a doce (12) meses y que la obligación de cumplir con la entrega de la CEFUROXIMA es inexigible desde el momento en que la Orden de Compra o la Carta Notarial remitida por FOSPOLI se produjo después de finalizado el mismo, resulta ineficaz la resolución parcial del Contrato N° 090-2008-DIRSAL-FOSPOLI efectuada por FOSPOLI puesto que no produce efectos ya que el plazo de ejecución del CONTRATO estaba vencido, en tal razón, deviene en fundado este punto controvertido y, en consecuencia, sin efecto la resolución parcial del CONTRATO efectuada por FOSPOLI.

III. COSTOS DEL ARBITRAJE

Que, en cuanto a costos se refiere, los artículos 69, 70 y 73 del Título VII de la Ley de Arbitraje, Decreto Legislativo N° 1071, disponen que los árbitros se pronunciarán en el Laudo sobre los costos del arbitraje, teniendo presente, de ser el caso, lo pactado en el convenio, y que si el convenio no contiene pacto alguno, los árbitros se pronunciarán en el Laudo sobre su condena o exoneración, teniendo en cuenta el resultado o sentido del mismo, pudiendo distribuir el mismo si estima que el prorrateo es razonable.

Que los costos incluyen, pero no se limitan, a las retribuciones de los árbitros, secretarios y de los abogados de las partes y, en su caso, la retribución a la institución arbitral; los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje y demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales.

Atendiendo a la inexistencia de pacto entre las partes sobre los costos y considerando que el resultado de este arbitraje en lo fundamental favorece a TEVA; apreciando el ÁRBITRO ÚNICO que durante la prosecución del presente proceso el DEMANDANTE y el DEMANDADO han actuado, finalmente, basados en la existencia de razones para litigar que a su criterio resultan atendibles, y que por ello, han litigado honestamente y convencidos de su posición ante la controversia, dejando constancia de que el DEMANDADO no ha cancelado los honorarios y gastos del secretario; considera que corresponde condenar al DEMANDADO al pago de los



Árbitro Único

Jaime Checa Callegari

costos totales del proceso arbitral, es decir, que el DEMANDADO debe asumir el 100% de los costos del presente proceso, los mismos que son equivalentes a S/.10,005.12 (Diez mil cinco con 12/100 Nuevos Soles).

Por lo que el Árbitro Único, en derecho;

LAUDA:

PRIMERO: Declarar **FUNDADA** la primera pretensión principal contenida en el primer punto controvertido.

SEGUNDO: Declarar **INFUNDADA** la segunda pretensión principal contenida en el segundo punto controvertido.

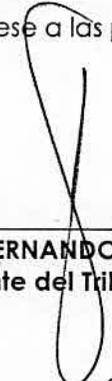
TERCERO: Declarar **FUNDADA** la tercera pretensión principal contenida en el tercer punto controvertido y, en consecuencia, ineficaz la Resolución de Directorio No. 257-2011-PD-FOSPOLI del 30 de noviembre de 2011 que resolvió parcialmente el Contrato N° 090-2008-DIRSAL-FOSPOLI.

CUARTO: ORDENAR que FOSPOLI pague a TEVA los costos totales del presente arbitraje que ascienden a S/.10,005.12 (Diez mil cinco con 12/100 Nuevos Soles).

QUINTO: Establecer los honorarios del Árbitro Único y de la Secretaría Arbitral en los montos previamente cancelados.

SEXTO: REMITASE al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, copia del presente laudo arbitral.

Notifíquese a las partes.



JAIME FERNANDO CHECA CALLEGARI
Presidente del Tribunal Arbitral



MIGUEL SANTA CRUZ VITAL
SECRETARIO ARBITRAL