

*Laudo Arbitral de Derecho
Árbitro Único:*

Abog. Marco Antonio Paz Ancajima

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO
CONTRATO N° 111-2012/HNAL-2012

Demandante:

Medifarma S.A.

En adelante, el **CONTRATISTA**.

Demandado:

Hospital Nacional Arzobispo Loayza del Ministerio de Salud

En adelante, el **HOSPITAL**.

Árbitro Único:

Marco Antonio Paz Ancajima.

Secretario Arbitral:

Tomas Jaime Arturo Saavedra Gutierrez.

RESOLUCIÓN N° 39

Lima, 18 de agosto de 2016.-

VISTOS:

I. ANTECEDENTES

Con fecha 17 de abril de 2012, se suscribió el Contrato N° 111-2012-HNAL-2012 para la "Adquisición de Medicamentos", entre la empresa Medifarma S.A. y el Hospital Nacional Arzobispo Loayza del Ministerio de Salud.

1. La cláusula décimo novena del Contrato establece lo siguiente:

"Todos los conflictos que deriven de la ejecución e interpretación del presente contrato, incluidos los que se refieren a su nulidad e invalidez, serán resueltos mediante conciliación y, de ser el caso, arbitraje, según lo dispuesto en el artículo 52º de la Ley."

Como consecuencia de las controversias relacionadas con la ejecución del Contrato referido, la empresa Medifarma S.A. procedió a remitir la correspondiente solicitud de arbitraje al Hospital Nacional Arzobispo Loayza del Ministerio de Salud en aplicación del convenio arbitral contenido en la cita cláusula décimo novena del contrato.

II. DESARROLLO DEL PROCESO

A. Actuación Preliminar del Árbitro Único

1. Con fecha 21 de abril de 2015 a las 09:00 horas, se llevó a cabo la Audiencia de Instalación de Árbitro Único Ad Hoc en la sede institucional del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE, donde se reunieron el abogado Marco Antonio Paz Ancajima, en su calidad de Árbitro Único; conjuntamente con el Dr. Diego García Vizcarra, en representación de la Dirección de Arbitraje Administrativo del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE, con el propósito de instalar al Árbitro Único que se encargaría de resolver la presente controversia.
2. Con fecha 12 de mayo de 2015, la empresa Medifarma S.A. presentó su demanda. No obstante, mediante Resolución N° 01, previo a admitir a trámite el escrito de demanda, el Árbitro Único otorgó a Medifarma S.A. un plazo de tres (3) días hábiles, a fin de que precisara si cierta documentación presentada en calidad de anexo, había sido ofrecido en calidad de medio probatorio.
3. Sobre lo anterior, con escrito de fecha 19 de mayo de 2016, Medifarma S.A. cumplió con absolver el mandato referido en el considerando precedente; por lo que, mediante Resolución N° 02, este Colegiado Unipersonal dispuso admitir a trámite el escrito de demanda, el cual se corrió traslado al Hospital Nacional Arzobispo Loayza del Ministerio de Salud, a fin de que un plazo de quince (15) días, lo contestara y, en caso así lo considerase, formulara su reconvenCIÓN.
4. De la misma manera, con escrito de fecha 16 de junio de 2015, el Hospital Nacional Arzobispo Loayza del Ministerio de Salud cumplió contestar la demanda; el cual, mediante Resolución N° 05, se admitió a trámite, y asimismo, se citó a ambas partes a la Audiencia de Conciliación, Determinación

de Puntos Controvertidos, Admisión de Medios Probatorios que se realizaría el día 6 de julio de 2015 a las 03:00 p.m., en la sede del arbitraje.

5. En el día y hora señalados, se llevó a cabo la Audiencia de Conciliación, Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios con la asistencia de ambas partes; no obstante, por acuerdo expreso de ambas partes, se suspendió la referida Audiencia, determinándose que ella, se realizaría el día 15 de julio de 2015 a las 15:00 horas.
6. En atención a lo anterior, en el día y hora señalados se efectuó la Audiencia reprogramada, con la asistencia de ambas partes, no pudiendo arribarse a una conciliación entre las mismas; por lo que, se procedió a fijar los puntos controvertidos respecto de cada una de las pretensiones planteadas, frente a los cuales las partes manifestaron su asentimiento. Estos fueron fijados de la siguiente manera:

De la demanda arbitral presentada por Medifarma S.A.

1. **Primer Punto Controvertido:** Determinar si corresponde o no que el Hospital Nacional Arzobispo Loayza del Ministerio de Salud cumpla con pagar, como efecto jurídico de la resolución del Contrato N° 111-2012-HNAL-2012, la suma ascendente a S/. 53,248.33 (Cincuenta y Tres Mil Doscientos Cuarenta y Ocho y 33/100 Nuevos Soles), relacionada con la orden de pago impaga N° 105, más los intereses legales hasta la fecha de cancelación.
2. **Segundo Punto Controvertido:** En caso se declare Fundado el primer punto controvertido, determinar si corresponde o no ordenar al Hospital Nacional Arzobispo Loayza del Ministerio de Salud cumpla con reconocer a favor de la empresa Medifarma, por concepto de daños y perjuicios, la suma ascendente a S/. 100,000.00 (Cien Mil y 00/100 Nuevos Soles), producto de la resolución del Contrato N° 111-2012-HNAL-2012.
3. **Tercer Punto Controvertido:** Determinar si corresponde o no que el Hospital Nacional Arzobispo Loayza del Ministerio de Salud asuma la totalidad de los gastos arbitrales generados en el presente arbitraje.

Abog. Marco Antonio Paz Ancajima

7. Asimismo, en la mencionada Audiencia, se admitieron los medios probatorios ofrecidos por la empresa Medifarma S.A. en su escrito de demanda de fecha 12 de mayo de 2015, divididos de la siguiente manera:

I. Se admitieron los medios probatorios identificados con los numerales que van del 1) al 7) del acápite "IV. Medios Probatorios".

II. Se admitieron a trámite la exhibición del medio probatorio documental identificado con el numeral 8) del acápite "IV. Medios Probatorios".

Al respecto, el Árbitro Único otorga a la empresa Medifarma S.A. un plazo de quince (15) días hábiles, contado a partir de notificada con la presente Acta, a fin remita el Informe Contable ofrecido.

III. Se admitieron a trámite la exhibición del medio probatorio documental identificado con el numeral 9) del acápite "IV. Medios Probatorios".

Al respecto, el Árbitro Único otorgó a la empresa Medifarma S.A. un plazo de cinco (5) días hábiles, contado a partir de notificada con la presente Acta, a fin precise con claridad qué Órdenes de Compra deberán ser exhibidas por el Hospital Nacional Arzobispo Loayza del Ministerio de Salud.

IV. Se admitieron a trámite la documentación referida en el segundo resolutivo de la Resolución N° 02, correspondiente a:

- Cuadro de Distribución
- Relación de Vaporizadores

8. De la misma manera, se indicó que en el escrito de contestación de demanda, el Hospital Nacional Arzobispo Loayza del Ministerio de Salud precisó lo siguiente: "*Ofrezco como medio probatorio el mérito del escrito de demanda y anexos (...)*".

En atención a ello, el Árbitro Único dispuso que el ofrecimiento del Hospital Nacional Arzobispo Loayza del Ministerio de Salud se encontraría sujeto a lo

establecido en la presente Acta respecto a los medios probatorios ofrecidos por la empresa Medifarma S.A.

9. De otro lado, estando al incumplimiento de Medifarma S.A. al no absolver con los mandatos referidos en el punto precedente, este Colegiado Unipersonal, mediante Resolución N° 13, dispuso otorgarle un plazo de tres (3) días hábiles, para que cumpla con ello.
10. Con escrito de fecha 7 de setiembre de 2015, Medifarma S.A. solicitó la suspensión del arbitraje por un plazo de treinta (30) días calendario; solicitud que, mediante Resolución N° 15, se corrió traslado al Hospital Nacional Arzobispo Loayza del Ministerio de Salud, para que expresase lo conveniente a su derecho.
11. Con escrito de fecha 25 de setiembre de 2015, el Hospital Nacional Arzobispo Loayza del Ministerio de Salud manifestó que era correcto lo manifestado por Medifarma S.A.; por lo que, mediante Resolución N° 16, este Colegiado Unipersonal dispuso suspender el arbitraje por treinta (30) días calendario, por exclusiva solicitud de ambas partes; indicándoseles que en caso llegasen a un acuerdo conciliatorio debía ser puesto del Árbitro Único, a fin de que surtiese efectos en el arbitraje, caso contrario, vencido el plazo concedido, se continuaría el arbitraje en el estado en que se encontraba al momento de su suspensión.
12. Igualmente, en la mencionada resolución, se dejó constancia que la suspensión no enervaba la obligación de las partes de cancelar los honorarios arbitrales, así como tampoco, que el Hospital Nacional Arzobispo Loayza del Ministerio de Salud acredite el registro del Acta de Instalación en el Sistema Electrónico de las Contrataciones del Estado (SEACE).
13. Posteriormente, mediante Resolución N° 19, ante la no presentación de acuerdo conciliatorio alguno, este Colegiado Unipersonal procedió a levantar la suspensión del arbitraje, y en tal sentido, estableció que continuaría el trámite del arbitraje con las actuaciones que correspondiesen.

14. Así pues, mediante Resolución N° 20, se dispuso otorgar a Medifarma S.A. un plazo de tres (3) días hábiles, para que cumpliese con absolver los mandatos determinados en la Audiencia de Conciliación, Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios de fecha 15 de julio de 2015.
15. Con escrito de fecha 12 de noviembre de 2015, Medifarma S.A. cumplió con absolver el mandato referido en el punto precedente; por lo que, mediante Resolución N° 22, este Colegiado Unipersonal agregó a autos el documento correspondiente al Informe Contable ofrecido en calidad de medio probatorio con el numeral 8) del Acápite "IV. Medios Probatorios" del escrito de demanda.
16. De la misma manera, en la mencionada resolución, se otorgó al Hospital Nacional Arzobispo Loayza del Ministerio de Salud un plazo de diez (10) días hábiles, con la finalidad que cumpla con presentar el documento correspondiente a la Orden de Compra N° 000105 de fecha 4 de febrero de 2013.
17. Igualmente, mediante Resolución N° 23, se dispuso actuar un medio probatorio de oficio; requiriéndose así a ambas partes que, en un plazo de diez (10) días hábiles, presentaran las Bases Integradas del Contrato N° 111-2012/HNAL-2012.
18. No obstante, ante el incumplimiento de ambas partes, mediante Resoluciones N° 25 y 26, este Colegiado Unipersonal les otorgó a ambas partes plazos adicionales, para que presentaran la documentación requerida, referida en los puntos precedentes.
19. Con escrito de fecha 18 de enero de 2016, el Hospital Nacional Arzobispo Loayza del Ministerio de Salud solicitó un plazo adicional de quince (15) días, para que pueda presentar la documentación requerida; solicitud que fue atendida mediante Resolución N° 27.
20. Luego, con escrito de fecha 25 de febrero de 2016, el Hospital Nacional Arzobispo Loayza del Ministerio de Salud presentó documentación, con lo que estaría cumpliendo con lo requerido; así pues, mediante Resolución N° 29, este Colegiado Unipersonal agregó a autos el documento denominado "Orden de

Compra N° 0000105 de fecha 4 de febrero de 2013", correspondiente al medio probatorio identificado con el numeral 9) del acápite "IV. Medios Probatorios" del escrito de demanda.

21. Con escrito de fecha 8 de marzo de 2016, Medifarma S.A. formuló recurso de reconsideración frente a lo dispuesto en la Resolución N° 29, respecto a que se dejara sin efecto el apercibimiento decretado; respecto de lo cual, mediante Resolución N° 30, este Colegiado dispuso declarar fundado el recurso formulado, y en tal sentido, declaró modificar el apercibimiento decretado en el tercer resolutivo de la resolución N° 29, el cual, quedó redactado conforme a lo siguiente: "*(...) bajo apercibimiento de que en caso de incumplimiento, continuar el presente proceso con la documentación con que se cuenta en el expediente*".
22. De la misma manera, mediante Resolución N° 31, este Colegiado Unipersonal dejó constancia que ninguna de las partes había presentado la documentación requerida, correspondiente a las Bases Integradas del Contrato N° 111-2012-HNAL; en tal sentido, se indicó que se continuaría el trámite del arbitraje, con la documentación con la que se contaba.
23. Igualmente, mediante Resolución N° 32, este Colegiado Unipersonal declaró el cierre de la etapa probatoria, y en ese sentido, otorgó a ambas partes un plazo de cinco (5) días hábiles, para que presentaran sus escrito de alegatos y conclusiones finales.
24. Respecto a lo anterior, mediante Resolución N° 33, el Árbitro Único tuvo presente el escrito de alegatos y conclusiones finales presentado por el Hospital Nacional Arzobispo Loayza del Ministerio de Salud de fecha 29 de marzo de 2016; asimismo, dejó constancia que Medifarma S.A. no había cumplido con presentar escrito alguno.
25. Con escrito de fecha 18 de abril de 2016, y de manera extemporánea al plazo concedido, Medifarma S.A. presentó su escrito de alegatos y conclusiones finales, el cual, mediante Resolución N° 35, en aplicación del principio de flexibilidad, se tuvo presente; además, se citó a ambas partes a la Audiencia de

Informes Orales a realizarse el día 13 de mayo de 2016 a las 03:30 p.m., en la sede del arbitraje.

26. En el día y hora señalados se realizó la Audiencia de Informes Orales, contando únicamente con la presencia del Hospital Nacional Arzobispo Loayza del Ministerio de Salud.

27. Mediante Resolución N° 36, este Colegiado Unipersonal declaró el cierre de la instrucción, y asimismo, dispuso que el presente arbitraje se encontraba en estado para laudar, circunstancia que se efectuaría en treinta (30) días hábiles; plazo que podría prorrogarse en caso así se considerase.

III. CONSIDERACIONES DEL ÁRBITRO ÚNICO

1.- CUESTIONES PRELIMINARES

Antes de entrar a analizar la materia controvertida, corresponde confirmar lo siguiente:

- (i) Que, el Árbitro Único se constituyó de conformidad con el convenio arbitral suscrito por las partes.
- (ii) Que, en momento alguno se recusó al Árbitro Único, o se impugnó o reclamó contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación.
- (iii) Que, Medifarma S.A. presentó su demanda dentro de los plazos dispuestos.
- (iv) Que, el Hospital Nacional Arzobispo Loayza del Ministerio de Salud fue debidamente emplazada con la demanda y presentó su contestación de demanda dentro de los plazos establecidos.
- (v) Que, las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como la facultad de presentar alegatos o solicitar el uso de la palabra para informar oralmente ante el Árbitro Único.

- (vi) Que, de conformidad con las reglas establecidas en el Acta de Instalación del Árbitro Único, las partes han tenido la oportunidad suficiente de plantear el recurso de reconsideración contra cualquier resolución distinta al laudo emitida en el presente proceso arbitral, que se hubiere dictado con inobservancia o infracción de una regla contenida en el Acta de Instalación, una norma de la Ley, del Reglamento o del Decreto Legislativo N° 1071, habiéndose producido la renuncia al derecho a objetar conforme lo señala la misma Acta de Instalación.
- (vii) Que, el Árbitro Único ha procedido a laudar dentro de los plazos aceptados por las partes.

2.- MATERIA CONTROVERTIDA

De acuerdo con lo establecido en la Audiencia de Conciliación, Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios de fecha 15 de julio de 2015, en el presente caso, corresponde al Árbitro Único determinar lo siguiente en base a los puntos controvertidos fijados en el presente arbitraje.

Siendo que el presente arbitraje es uno de derecho, corresponde al Árbitro Único pronunciarse respecto de cada uno de los puntos controvertidos teniendo en cuenta el mérito de la prueba aportada al proceso, para determinar, en base a la valoración conjunta de ella, las consecuencias jurídicas que, de acuerdo a derecho, se derivan para las partes en función de lo que haya sido probado o no en el marco del proceso. Debe destacarse que la carga de la prueba corresponde a quien alega un determinado hecho para sustentar o justificar una determinada posición, de modo que logre crear certeza en el árbitro respecto de tales hechos.

Asimismo, debe tenerse en cuenta, en relación a las pruebas aportadas al arbitraje que en aplicación del Principio de "Comunidad o Adquisición de la Prueba", las pruebas ofrecidas por las partes, desde el momento que fueron presentadas y admitidas como medios probatorios, pasaron a pertenecer al presente arbitraje y, por consiguiente, pueden ser utilizadas para acreditar hechos que incluso vayan en contra de los intereses de la parte que la ofreció. Ello concuerda con la definición de dicho principio que establece que:

"(...) la actividad probatoria no pertenece a quien la realiza, sino, por el contrario, se considera propia del proceso, por lo que debe tenerse en cuenta para determinar la existencia o inexistencia del hecho a que se refiere, independientemente de que beneficie o perjudique los intereses de la parte que suministró los medios de prueba o aún de la parte contraria. La prueba pertenece al proceso y no a la parte que lo propuso o lo proporcionó"¹

El Árbitro Único deja constancia que al emitir el presente laudo arbitral ha valorado la totalidad de medios probatorios ofrecidos y admitidos a trámite en el proceso arbitral valiéndose de las reglas de la sana crítica o apreciación razonada, siendo que la no indicación expresa a alguno de los medios probatorios obrantes en autos o hechos relatados por las partes no significa de ningún modo que tal medio probatorio o tal hecho no haya sido valorado; por lo que, este Colegiado Unipersonal deja establecido que en aquellos supuestos en los que este laudo arbitral hace referencia a algún medio probatorio o hecho en particular, lo hace atendiendo a su estrecha vinculación, trascendencia, utilidad y pertinencia que a criterio del Árbitro Único tuviere respecto de la controversia materia de análisis.

Adicionalmente debe precisarse que, los puntos controvertidos constituyen una referencia para el análisis que debe efectuar este Colegiado Unipersonal, pudiendo en consecuencia realizar un análisis conjunto de los mismos en aquellos casos en los que se encuentren íntimamente ligados; por lo que, en ese sentido, el Árbitro Único considera que el análisis debe realizarse de acuerdo a la forma siguiente:

2.1 PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no que el Hospital Nacional Arzobispo Loayza del Ministerio de Salud cumpla con pagar, como efecto jurídico de la resolución del Contrato N° 111-2012-HNAL-2012, la suma ascendente a S/. 53,248.33 (Cincuenta y Tres Mil Doscientos Cuarenta y Ocho y 33/100

¹ TARAMONA HERNÁNDEZ., José Rubén. "Medios Probatorios en el Proceso Civil". Ed.: Rodhas, 1994, p. 35.

Nuevos Soles), relacionada con la orden de pago impaga N° 105, más los intereses legales hasta la fecha de cancelación.

POSICIÓN DE MEDIFARMA S.A.

Medifarma S.A. sostiene que, tal como lo establece el contrato, luego de emitidas y remitidas las Órdenes de Compra por parte del Hospital Nacional Arzobispo Loayza del Ministerio de Salud, procedió a internar los productos farmacéuticos respectivos a que se contraen las Órdenes de Compra N° 1436, 1438, 1439 y 105; siendo que, ésta última, pese a que se internaron los productos, no fue cancelado.

Así, señala Medifarma S.A. que el pago de la contraprestación de los productos farmacéuticos entregados por dichas parte, debió efectuarse dentro de los plazos que establece la Ley; no obstante, conforme indica la demandante, pese a las coordinaciones con los representantes del Hospital Nacional Arzobispo Loayza del Ministerio de Salud, ésta última no habría efectuado el pago correspondiente.

En atención a lo anterior, de conformidad con el artículo 169º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, menciona Medifarma S.A. que procedió a emplazar al Hospital Nacional Arzobispo Loayza del Ministerio de Salud para que cumpla con la contraprestación correspondiente a la Orden de Compra N° 2508; circunstancia que, conforme a la demandante, efectuó a través de la Carta Notarial N° 19282 de fecha 25 de agosto de 2014, y la Carta Notarial N° 20510 de fecha 5 de setiembre de 2014.

De la misma manera, Medifarma S.A. refiere que, ante el incumplimiento del Hospital Nacional Arzobispo Loayza del Ministerio de Salud, dicha parte procedió hacer efectivo el apercibimiento, y en consecuencia, resolvió el Contrato N° 111-2012-HNAL-2012.

Igualmente, infiere Medifarma S.A. que la resolución de contrato habría quedado consentida, debido a que el Hospital Nacional Arzobispo Loayza del Ministerio de Salud no habría ejercido su derecho a objetar la resolución de contrato dentro del plazo establecido en la ley, quedando así, caduco su derecho a determinar la controversia sobre la resolución contractual.

**POSICIÓN DEL HOSPITAL NACIONAL ARZOBISPO LOAYZA DEL
MINISTERIO DE SALUD**

El Hospital Nacional Arzobispo Loayza del Ministerio de Salud manifiesta que la demandante no habría cumplido con acreditar la intervención de químico farmacéutico y del jefe del almacén especializado, no habiendo estos estampado su firma tanto en las acta de verificación cuali-cuantitativa, ni en la Orden Compra - Guía de Internamiento Nº 105, requisitos, que conforme a la demandada, son de obligatorio cumplimiento para que se brinde la conformidad de los productos.

De la misma manera, manifiesta el Hospital Nacional Arzobispo Loayza del Ministerio de Salud que la demandante solamente se ha limitado a presentar la Orden de Compra - Guía de Internamiento Nº 105, que solamente acreditaría la petición de compra, pues cuenta con las firmas del responsable de adquisiciones y del responsable de Abastecimientos y Servicios Auxiliares.

Igualmente, el Hospital Nacional Arzobispo Loayza del Ministerio de Salud refiere que el documento señalado en el párrafo precedente, contiene dos partes: la primera, referida a la Orden de Compra, y la segunda, la Guía de Internamiento, el cual no cuenta con la firma del responsable del almacén ni cuenta con la intervención, firma ni sello del Químico Farmacéutico exigido como condición en el numeral 9.2.6 de la Cláusula Novena del Contrato Nº 111-2012-HNAL-2012.

En tal sentido, concluye el Hospital Nacional Arzobispo Loayza del Ministerio de Salud que no podría atenderse la pretensión de pago de la demandante, pues ésta no habría acreditado que cumplió con las premisas necesarias para el pago, determinadas en la Cláusula Sexta (Forma de Pago), Cláusula Séptima (Control de Calidad) y Cláusula Novena (Plazo, Lugar y Condiciones de la entrega) del Contrato Nº 111-2012-HNAL-2012.

POSICIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO

En atención a las actuaciones arbitrales que se han desarrollado en el presente arbitraje, así como de las alegaciones esbozados por ambas partes, se observa que un acontecimiento relevante para resolver la presente controversia es verificar si se

habría producido o no el consentimiento de la resolución de contrato efectuada por Medifarma S.A.

De la misma manera, cabe precisar que si bien la empresa Medifarma S.A. no ha formulado una pretensión donde requiera el consentimiento de la resolución de contrato, dicha parte, en los argumentos esbozados en la demanda², manifiesta que se habría producido la circunstancia antes mencionada.

Lo anterior, permite a este Colegiado Unipersonal verificar si efectivamente se habría producido un consentimiento, lo cual no significa que se resuelva (se establezca) o se emita un pronunciamiento de fondo respecto a dicha controversia.

Así pues, para verificar la circunstancia descrita precedentemente, debemos tener presente lo establecido en los artículos 169º y 170º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado:

"Artículo 169º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado"

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 dicho plazo el incumplimiento continúa, la parte perjudicada podrá resolver el contrato en forma total o parcial, comunicando mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato.

"Artículo 170º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado"

(...) Cualquier controversia relacionada con la resolución de contrato podrá ser sometida por la parte interesada a conciliación y/o arbitraje dentro de los quince (15) días hábiles siguientes de comunicada la resolución. Vencido

² En su escrito de demanda de fecha 12 de mayo de 2015, entre otros, la empresa Medifarma S.A. expresa lo siguiente:

"(...) En el presente caso, la Entidad no ejerció su derecho a objecar la resolución del contrato dentro del plazo establecido en la ley; por lo que esta quedó consentida y habiendo caducado su derecho a determinar controversia sobre la resolución contractual (...) "

este plazo sin que se haya iniciado ninguno de estos procedimientos, se entenderá que la resolución del contrato ha quedado consentida."

De acuerdo a la normativa en Contrataciones del Estado descrita en el párrafo precedente, se advierte que el procedimiento de la resolución de contrato será conforme a lo siguiente:

- i) Una de las partes deberá apercibir, mediante Carta Notarial, a la otra el cumplimiento de sus obligaciones, otorgándole para ello, un plazo de cinco (5) días.
- ii) Vencido el plazo sin que haya absolución, la parte que apercibió, mediante Carta Notarial, pondrá en conocimiento a la otra su decisión de resolver el contrato.
- iii) La parte perjudicada podrá iniciar el arbitraje y/o la conciliación en un plazo de quince (15) días hábiles siguientes de recibida la Carta Notarial que contiene la resolución.

En el presente caso, conforme se indicara precedentemente, en primer lugar, debe verificarse si Medifarma ha cumplido con el procedimiento establecido en el artículo 169º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado; es así que, mediante Carta Notarial 19282 de fecha 25 de agosto de 2014³, recibida por el Hospital Nacional Arzobispo Loayza con fecha 27 de agosto de 2014, Medifarma S.A. le comunica lo siguiente:

"1. Que, de acuerdo con el inciso c) del artículo 40º de la Ley de Contrataciones del Estado concordante con el artículo 169º del Reglamento (...) Dentro del contexto legal de las normativas indicadas señalamos que la Entidad hasta la fecha no ha cumplido con la contraprestación ascendente al monto de S/. 53,248.33 (Cincuenta y Tres Mil Doscientos Cuarenta y Ocho y 33/100 Soles), relacionada con las OO/CC 105 – 12va entrega derivada del Contrato N° 111, incumpliendo injustificadamente sus obligaciones

³ Medio Probatorio signado con el numeral 2 del Acápite "IV. Medios Probatorios" del escrito de demanda de fecha 12 de mayo de 2015.

esenciales dentro del contexto de la ejecución contractual del contrato indicado.

2. Que, de acuerdo con el artículo 169º del Reglamento de la Ley, requerimos a la Entidad a fin que, en el plazo máximo de cinco (5) días, bajo apercibimiento de resolver el contrato de pleno derecho y de solicitar la indemnización por los daños y perjuicios irrogados por la suma de S/. 50,000.00, cumpla con pagar el monto de la contraprestación a que se refiere el párrafo precedente"

Así, de lo indicado precedentemente, se observa que Medifarma S.A. ha cumplido, por un lado, en apercibir al Hospital Nacional Arzobispo Loayza el cumplimiento de sus obligaciones (correspondiente al pago de la entrega de productos), y por otro lado, en otorgarle un plazo de cinco (5) días para el cumplimiento de las obligaciones apercibidas.

Luego, mediante Carta Notarial N° 20510 de fecha 5 de setiembre de 2014⁴, recibida por el Hospital Nacional Arzobispo Loayza con fecha 11 de setiembre de 2014, la empresa Medifarma S.A. le comunicó que:

"(...) 1. Que, mediante carta notarial de la referencia d., nuestra representada comunica a la Entidad el incumplimiento de su obligación contractual relacionada con la contraprestación ascendiente a la suma de S/. 53,248.33 (Cincuenta y Tres Mil Doscientos Cuarenta y Ocho y 33/100 Soles), relacionada con las O/C 105 derivada del Contrato N° 111 (...).

2. Que, habiéndose vencido el plazo otorgado a la Entidad y haciéndose efectivo el apercibimiento de conformidad con los 169º y 170º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, se resuelve de pleno derecho el contrato N° 1111, estableciéndose por daños y perjuicios la suma de S/. 40,000.00."

Conforme a lo anterior, se observa que transcurrido los cinco (5) días concedidos en el apercibimiento, mediante Carta Notarial, la empresa Medifarma S.A. procedió

⁴ Medio Probatorio signado con el numeral 3 del Acápite "IV. Medios Probatorios" del escrito de demanda de fecha 12 de mayo de 2015.

a comunicar al Hospital Nacional Arzobispo Loayza su decisión de resolver el contrato; debido a que, dicha parte no habría cumplido con pagar la contraprestación producto de la entrega de los bienes materia de contrato.

De la misma manera, tomando conocimiento de la resolución de contrato, el Hospital Nacional Arzobispo Loayza contaba con un plazo de quince (15) días hábiles, para que inicie los mecanismos de solución de conflicto (conciliación o arbitraje); caso contrario, se produciría el consentimiento de la resolución de contrato.

Al respecto, teniendo en cuenta que el Hospital Nacional Arzobispo Loayza tomó conocimiento de la resolución de contrato el día 11 de setiembre de 2014, el plazo de quince (15) días hábiles para iniciar la conciliación o el arbitraje⁵ vencía el día 2 de octubre de 2014.

Ahora bien, en el presente caso, de la documentación ofrecida durante las actuaciones arbitrales, no se observa que el Hospital Nacional Arzobispo Loayza hubiese iniciado alguno de los mecanismos de solución de conflicto (conciliación o arbitraje); incluso, puede advertirse que en el presente arbitraje, dicha parte no habría formulado pretensión alguna donde cuestione la resolución de contrato efectuada por Medifarma S.A.

En ese sentido, estando a lo señalado en el párrafo precedente, este Colegiado Unipersonal verifica que sí se habría producido el consentimiento de la resolución de contrato efectuada por la empresa Medifarma S.A.

Por otro lado, en su escrito de contestación de demanda de fecha 16 de junio de 2015, el Hospital Nacional Arzobispo Loayza cuestiona que la empresa Medifarma S.A. haya cumplido con el procedimiento determinado en el Contrato para que se proceda con el pago de la prestación, conforme se puede observar de lo siguiente:

"Se advierte, pues, señor Presidente, que en el presente caso, no es posible que el Tribunal atienda la pretensión de pago de la demandante, pues,

⁵ Cabe precisar que, conforme a lo establecido en la Décimo Novena Cláusula del Contrato N° 111-2012/HNAL-2012, las partes deberán acudir al arbitraje para resolver las controversias que se susciten, y facultativamente, podrían, previamente, someter la controversia a conciliación.

MEDIFARMA S.A. no ha acreditado haber cumplido con las premisas necesarias para el pago (control de calidad de los productos a entregar, mediante los Certificados de Calidad de los Laboratorios de la red de control de calidad, ni ha acreditado que se hubiese llevado a cabo la verificación cuantitativa de los productos por parte del Químico Farmacéutico y del Jefe de Almacén, pues, la Orden de Compra - Guía de Internamiento N° 105, no lleva sus nombres, sellos ni firmas."

Tal como podemos observar, el cuestionamiento del Hospital Nacional Arzobispo Loayza se encuentra relacionado con las circunstancias que han producido la resolución del contrato, pues la resolución de contrato tiene como fundamento el incumplimiento por parte de la demandada en el pago por la entrega de uno de los productos objeto del Contrato N° 111-2012-HNAL-2012; por lo que, para el reconocimiento del pago, debería, en principio, analizarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el Contrato.

Para comprender lo anterior, tengamos presente lo siguiente:

La empresa Medifarma S.A. resolvió el contrato celebrado con el Hospital Nacional Arzobispo Loayza, debido a que ésta última no habría cumplido con cancelarle el monto de la contraprestación relacionada con la O/C 105 - 12va.

Tomando en cuenta lo manifestado por la Entidad demandada en las actuaciones arbitrales, dicha parte argumenta que no corresponde el pago, pues Medifarma S.A. no habría cumplido con los presupuestos determinados para dicha circunstancia.

En ese sentido, el cuestionamiento del Hospital Nacional Arzobispo Loayza (el no cumplimiento de los presupuesto para el pago) va dirigido a las circunstancias que han producido la resolución de contrato (el incumplimiento del pago).

De las conclusiones arribadas precedentemente, surge una interrogante, ¿puede este Colegiado Unipersonal analizar los requisitos para el pago, pese a que la resolución de contrato, que habría quedado consentida, es producto al

incumplimiento de dicho pago? En otras palabras, ¿podría el árbitro analizar los hechos que han producido una resolución de contrato consentida?

Para dar respuesta a la interrogante formulada, debemos tener presente que en la normativa de Contrataciones del Estado, se han establecidos plazos para que las partes puedan acudir a los mecanismos de solución de conflictos (conciliación o arbitraje) con la finalidad de dilucidar las controversias que se desarrollen por la relación contractual; siendo a que dichos plazos se les conoce como "plazos de caducidad"

Sobre la caducidad, el autor Fernando Vidal Ramírez⁶ manifiesta lo siguiente:

"Como puede apreciarse, la norma precisa que la caducidad, al extinguir el derecho, extingue también la acción que genera o, para mayor claridad, la pretensión que ha debido hacerse valer dentro del plazo prefijado por la ley".

De la misma manera, en relación a la caducidad⁷ se señala que:

"La caducidad implica la acción o el efecto de caducar, perder su fuerza una ley o un derecho. Doctrinalmente se entiende como una sanción por la falta de ejercicio oportuno de un derecho. Lo que se busca mediante la caducidad es poner fin a largos procedimientos administrativos que afectan la seguridad jurídica de los particulares, al tener la certeza de que las autoridades no podrán ejercer sus facultades al pasar el tiempo establecido por la ley correspondiente"

Así, la caducidad es la consecuencia por la inacción de una parte al no acudir a algún mecanismo de solución de conflicto dentro del plazo determinado, esto es, la extinción del derecho, y como consecuencia, la extinción de la acción para cuestionar controversia alguna, significando esta última, la imposibilidad de la parte de formular pretensión.

⁶ VIDAL RAMÍREZ, Fernando. En: Código Civil Comentado: comentan 209 especialistas en las diversas materias del derecho civil. Tomo X. Lima: Gaceta Jurídica, 2007, p. 257.

⁷ Disponible en: http://catarina.udlap.mx/u_dl_a/tales/documentos/ledf/elizondo_c_e/capitulo3.pdf

En esa misma línea, el autor antes mencionado, Fernando Vidal Ramírez⁸, expresa lo siguiente:

"(...) Por ello, la norma debe entenderse no referida propiamente a la acción sino a la pretensión, que es la expresión de exigibilidad del derecho que se quiere hacer valer mediante el ejercicio de la acción"

Ahora bien, en el presente caso, conforme se indicara previamente, se habría producido el consentimiento de la resolución, debido a que el Hospital Nacional Arzobispo Loayza no habría iniciado ningún mecanismo de solución de conflicto (conciliación o arbitraje); produciéndose así la caducidad para que la demandada cuestione circunstancia alguna relacionada con la resolución de contrato.

De la misma manera, el hecho que el Hospital Nacional Arzobispo Loayza cuestione en el presente arbitraje el incumplimiento de los presupuesto para el pago, no significa que este Colegiado Unipersonal se encuentre posibilitado en analizar dicha circunstancia, puesto que dicho cuestionamiento debió ser efectuado dentro del plazo de caducidad; caso contrario el árbitro se estaría extralimitando en sus funciones.

En tal sentido, habiendo perdido el Hospital Nacional Arzobispo Loayza el derecho para cuestionar circunstancia alguna relacionada con el pago por la contraprestación (argumento esbozado por Medifarma S.A. para resolver el contrato), debido a que dicha parte no acudió a los mecanismos de solución de conflictos establecidos en la normativa de Contrataciones del Estado (conciliación o arbitraje), este Colegiado Unipersonal se encuentra imposibilitado en analizar el fondo de la resolución (el cumplimiento de los presupuesto), debiéndose tomar como ciertos los hechos descritos por Medifarma S.A. que han producido la resolución del contrato, esto es el incumplimiento del pago por parte de la Entidad demandada.

De esta manera, teniendo en cuenta lo analizado en párrafos precedentes, corresponde determinar que el Hospital Nacional Hipólito Unánue deberá cancelar a favor de la empresa Medifarma S.A. la suma ascendente a S/. 53,248.33

⁸ VIDAL RAMÍREZ, Fernando. En: Código Civil Comentado: comentan 209 especialistas en las diversas materias del derecho civil. Tomo X. Lima: Gaceta Jurídica, 2007, p. 257.

(Cincuenta y Tres Mil Doscientos Cuarenta y Ocho y 33/100 Soles), producto de la entrega del bien objeto del Contrato relacionada con las Orden de Compra N° 105 - 12va.

De otro lado, habiéndose determinado que deberá cancelar un monto dinerario a favor de la empresa Medifarma S.A., corresponde analizar si debe o no reconocerse los intereses legales.

Ante ello, conviene tener en cuenta lo establecido en el artículo 48º de la Ley de Contrataciones del Estado, el cual señala lo siguiente:

"Artículo 48.- Intereses y penalidades

En caso de atraso en el pago por parte de la Entidad, salvo que se deba a caso fortuito o fuerza mayor, ésta reconocerá al contratista los intereses legales correspondientes. Igual derecho corresponde a la Entidad en caso sea la acreedora.

El contrato establecerá las penalidades que deberán aplicarse al contratista ante el incumplimiento injustificado de sus obligaciones contractuales, de acuerdo a lo dispuesto en el Reglamento.⁹

Así pues, de la lectura del artículo 48º de la Ley de Contrataciones del Estado, se advierte que en el caso de atraso en el pago por parte de la Entidad, se le deberá reconocer al Contratista los intereses legales conforme a lo establecido en el Código Civil.

En tal sentido, el Árbitro Único considera que en el presente caso, en aplicación del indicado artículo 48º de la normativa antes citada, corresponde reconocer a la empresa Medifarma S.A. únicamente el interés legal, aplicando para ello la tasa fijada por el Banco Central de Reserva del Perú.

De la misma manera, habiendo determinado que debe reconocerse únicamente el interés legal a favor de la empresa Medifarma S.A., corresponde establecer desde qué momento se produce dicho interés legal.

⁹ Lo resaltado y subrayado es nuestro.

En ese sentido, el artículo 1334º del Código Civil dispone que:

"En las obligaciones de dar suma de dinero cuyo monto requiera ser determinado mediante resolución judicial, hay mora a partir de la citación con la demanda (...)".

Igualmente, la Octava Disposición Complementaria del Decreto Legislativo N° 1071, señala que:

"Para efectos de lo dispuesto en los artículos 1334º y 1428º del Código Civil, la referencia a la citación con la demanda se entenderá referida en materia arbitral a la recepción de la solicitud para someter la controversia a arbitraje."

De lo expuesto por el mencionado artículo, se desprende que los intereses, para cuyo cálculo se aplicará la tasa de interés legal, se deberán computar a partir de la fecha de recibida por el Hospital Nacional Arzobispo Loayza la solicitud de inicio del presente arbitraje.

Cabe indicar que, el presente arbitraje se inicia con la fecha de recepción de la solicitud para someter la presente controversia a arbitraje, de acuerdo a lo establecido en el artículo 33º de la Ley de Arbitraje, aprobado mediante Decreto Legislativo N° 1071, es por ello que este Colegiado Unipersonal ha considerado conveniente, de acuerdo a los fundamentos expuestos, otorgar los intereses a partir del inicio del arbitraje, es decir desde la fecha de recepción de la solicitud para someter la presente controversia a arbitraje; siendo que el monto del interés deberá determinarse al momento de ejecución del laudo.

En tal sentido, es desde la fecha en que el Hospital Nacional Arzobispo Loayza recibió la solicitud de arbitraje presentada por la empresa Medifarma S.A., la que servirá para computar el pago de intereses legales a favor de ésta última, en base al monto adeudado, esto es, la suma de S/. 53,248.33 (Cincuenta y Tres Mil Dóscientos Cuarenta y Ocho y 33/100 Soles); siendo que el monto del interés deberá determinarse al momento de ejecución del laudo.

Por ello, este Colegiado Unipersonal declara Fundado el Primer Punto Controvertido y, en consecuencia, corresponde ordenar al Hospital Nacional Arzobispo Loayza cumpla con pagar, como efecto jurídico de la Resolución del Contrato N° 111-2012/HNAL-2012, la suma ascendente a S/. 53,248.33 (Cincuenta y Tres Mil Doscientos Cuarenta y Ocho y 33/100 Soles), relacionada con la Orden de Compra N° 105, más los intereses legales hasta la fecha efectiva de pago, los cuales empezarán a computarse desde la fecha en que el Hospital Nacional Arzobispo Loayza recibió la solicitud para someter la presente controversia a arbitraje; siendo que el monto del interés deberá determinarse al momento de ejecución del laudo.

2.2 SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO

En caso se declare Fundado el primer punto controvertido, determinar si corresponde o no ordenar al Hospital Nacional Arzobispo Loayza del Ministerio de Salud cumpla con reconocer a favor de la empresa Medifarma, por concepto de daños y perjuicios, la suma ascendente a S/. 100,000.00 (Cien Mil y 00/100 Nuevos Soles), producto de la resolución del Contrato N° 111-2012-HNAL-2012.

POSICIÓN DE MEDIFARMA S.A.

Medifarma S.A. hace mención que al no cumplir el Hospital Nacional Arzobispo Loayza del Ministerio de Salud con su obligación de cancelar el monto de la contraprestación y la consiguiente resolución de contrato, dicha circunstancia ha producido daños y perjuicios en contra de la demandante.

Así pues, manifiesta Medifarma S.A. que se vieron obligados a importar lo principios activos, además de los excipientes, para la elaboración del Epinefrina, Heparina Sódica, Iopamidol, Meropenem, Cloruro de Potasio, Sevoflurano, Simeticona y Cloruro de Sodio, productos farmacéuticos contratados, pues, de acuerdo a la demandante, los principios activos no se encuentran en el país, por lo que tiene que importarlos de países tales como Estados Unidos, China y algunos países de Europa; lo que hace que se produzcan gastos adicionales al costo de los principios activos y los excipientes.

De la misma manera, indica Medifarma S.A. que la estructura de los daños y perjuicios radica en la conducta del Hospital Nacional Arzobispo Loayza del Ministerio de Salud, que no cumplió con cancelar el monto adeudado, y al resolverse el contrato, quedaron muchos productos farmacéuticos ya fabricados por solicitar por parte de la demandada.

Asimismo, la circunstancia descrita, conforme menciona Medifarma S.A., le ha producido perjuicios económicos, debido a que los principios activos que importa para la elaboración de los productos farmacéuticos contaban con fecha de caducidad, después de la cual, estos insumos no podrían ser utilizados en la fabricación de otros productos; además, de los pagos que efectuó de los profesionales que elaboraban los productos.

POSICIÓN DEL HOSPITAL NACIONAL ARZOBISPO LOAYZA DEL MINISTERIO DE SALUD

El Hospital Nacional Arzobispo Loayza del Ministerio de Salud manifiesta que la demandante no ha acreditado que la resolución de contrato sustente algún incumplimiento de obligaciones derivadas del Contrato N° 111-2012-HNAL-2012.

De la misma manera, indica el Hospital Nacional Arzobispo Loayza del Ministerio de Salud que, al igual que para el pago de los productos se requiere del cumplimiento de los requisitos exigidos en el contrato, para la resolución de contrato es necesario que se aplique el principio de legalidad y determine si se ha dado la causal invocada (incumplimiento de pago).

Así, el Hospital Nacional Arzobispo Loayza del Ministerio de Salud señala que no se ha producido la causal de incumplimiento de pago, puesto que Medifarma S.A. no ha acreditado que haya intervenido el Químico Farmacéutico ni el Jefe de Almacén especializado ni que estos hayan dado su conformidad.

Igualmente, advierte el Hospital Nacional Arzobispo Loayza del Ministerio de Salud que no es posible la indemnización, si es que Medifarma S.A. no acredita previamente que haya entregado los bienes a satisfacción de la demandada, para lo cual, debería presentar los que correspondiente al cumplimiento del procedimiento para el pago.

Por otro lado, el Hospital Nacional Arzobispo Loayza del Ministerio de Salud menciona que, en el supuesto negado que la causal de resolución de contrato se encuentre arreglada a derecho, tampoco sería atendible el pago de una indemnización, pues si existiese un monto pendiente que la demandada le pudiera adeudar a Medifarma S.A., ello se compensaría con el pago de los intereses legales.

Asimismo, respecto a que en la indemnización se encontrarían los otros productos que faltaría entregar, el Hospital Nacional Arzobispo Loayza del Ministerio de Salud señala que sería ilógico pretender un pago de dicha parte, pues se pretendería un pago sin que exista una contraprestación.

Finalmente, manifiesta el Hospital Nacional Arzobispo Loayza del Ministerio de Salud que la pretensión de la demandante es inaudita, pues requiere el pago de unos productos que no van a ser entregados.

POSICIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO

De la lectura de la pretensión analizada en el presente punto controvertido, se aprecia que esta guardaría relación con lo que se habría resuelto en el primer punto controvertido, pues para efectuar el análisis dependerá que el primer punto controvertido haya sido declarado fundado.

Así pues, de lo indicado puede advertirse que la empresa Medifarma S.A. ha planteado una pretensión accesoria, pues conforme al autor Alejandro Ranilla¹⁰, tal pretensión *consiste en que se formalizan o concurren en el proceso una pretensión procesal y; para el caso de ser amparada, también deberán ampararse la pretensión o pretensiones interpuestas con el carácter de accesorias;* con lo que, en principio, el segundo punto controvertido en análisis debería declararse fundado (teniendo en cuenta lo resuelto en el primer punto controvertido).

No obstante, si bien lo indicado es la consecuencia normal de una pretensión accesoria, este Colegiado Unipersonal considera conveniente efectuar un análisis en relación a la pretensión planteada, debido a que nos encontramos ante la solicitud

¹⁰ RANILLA COLLADO, Alejandro. La Pretensión Procesal. Disponible en: <http://blog.pucp.edu.pe/media/avatar/560.pdf>.

de daños y perjuicios; con lo que, para su reconocimiento, deberán cumplirse con los presupuestos.

En ese sentido, se aprecia que la indemnización requerida por la empresa Medifarma S.A. es producto de la resolución de contrato efectuada por dicha parte, debido al incumplimiento de obligaciones del Hospital Nacional Arzobispo Loayza; resolución que, conforme se verificó en el primer punto controvertido, habría quedado consentida.

De la misma manera, en el presente caso, estando a una resolución de contrato por culpa del Hospital Nacional Arzobispo Loayza, le corresponderá a la empresa Medifarma S.A. una indemnización de los daños y perjuicios que se hubiesen ocasionado, conforme a lo establecido en el artículo 170º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado¹¹.

Ahora bien, estando a una consecuencia directa de la normativa en Contrataciones, esto es, que ante la resolución de contrato por culpa de la Entidad, le corresponderá al Contratista una indemnización por daños y perjuicios, este Colegiado considera innecesario realizar el análisis respecto a la determinación del cumplimiento de los presupuestos para la indemnización, siendo que, únicamente, deberá determinarse la existencia o no del daño alegado por la demandante.

Al respecto, en relación al "daño", la determinación del mismo tiene diversas acepciones. En efecto, Guillermo Cabanellas¹² lo define como "*el detrimento, perjuicio o menoscabo que se recibe por culpa de otro en la hacienda o persona. El daño puede causarse por dolo o malicia, por culpa o por caso fortuito*".

¹¹ Artículo 170º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado: Efectos de la resolución

(...) Si la parte perjudicada es el contratista, la Entidad deberá reconocerle la respectiva indemnización por los daños y perjuicios irrogados, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad.

¹² CABANELAS, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. 1ª Ed. Editora Atalaya, p. 152.

En el mismo sentido, Ferri¹³ precisa aún más el concepto, al establecer que:

"(...) el daño no puede ser entendido como la lesión de un interés protegido, por cuanto ello resulta equívoco y substancialmente impreciso. El daño más bien incide en las consecuencias, aquellos efectos negativos que derivan de la lesión del interés protegido (...)". (Subrayado y sombreado nuestro).

De lo expuesto, podemos concluir en que el daño se genera por los actos ilícitos o antijurídicos que sobrepasan los límites de sus propios derechos, avasallando los de los demás y por las consecuencias que ellos producen en la esfera del afectado. A estos actos debemos denominarlos como comportamiento dañoso.

De igual forma, de la pretensión accesoria analizada en el presente punto controvertido, se observa que la empresa Medifarma S.A. requiere indemnización por la posible existencia de daño emergente y daño lucro cesante.

Al respecto, los autores Osterling y Castillo¹⁴, definen el daño emergente y al lucro cesante conforme a lo siguiente:

*"En primer lugar, cabe señalar que el artículo bajo análisis es aplicable al ámbito de la responsabilidad contractual (...) La distinción clásica entre daño emergente (*dammum emergens*) y lucro cesante (*lucrum cessans*) está dada por la disminución del patrimonio en el primero, y por la privación del aumento o por la supresión de la ganancia esperada en el segundo. Así, el daño emergente se traduce en el empobrecimiento del factor económico actual del patrimonio del sujeto. De ahí que la doctrina no duda en señalar que viene constituido por el perjuicio efectivamente sufrido. El lucro cesante, por su parte, es la frustración traducida en un empobrecimiento patrimonial (...) Ambos elementos - el daño emergente y el lucro cesante - son comprendidos en la indemnización en sí, sin los cuales ésta no alcanzaría su*

¹³ FERRI, G.B. Citado por ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *El Tratamiento de los Derechos de la Persona en el Código Civil Peruano de 1984*. 2^a Ed., p. 273.

¹⁴ OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. *Compendio de Derecho de las Obligaciones*. Lima. Palestra Editores, 2008. Pág. 865 y 867.

fin, el mismo que consiste en colocar al perjudicado o a la víctima en la misma situación que si la obligación hubiera sido ejecutada".

Asimismo, el autor Rioja Bermudez¹⁵, sobre la diferencia entre el daño emergente y el daño lucro cesante, precisa lo siguiente:

"La diferencia entre ambos conceptos radica en que mientras el daño emergente es el «regreso patrimonial», el «desembolso», el lucro cesante es el «no ingreso patrimonial», el «no embolso», la «pérdida sufrida», la «ganancia frustrada»."

Ahora bien, es importante tener presente que conforme se ha indicado al inicio del análisis del presente punto controvertido, siendo que estamos bajo la figura del reconocimiento de daños y perjuicios es necesario que la parte accionante, Medifarma S.A., sea quien pruebe debidamente los mismos, siendo de su exclusiva responsabilidad la carga de la prueba.

- **Respecto al Daño Emergente**

En la pretensión accesoria formulada en el escrito de demanda, se advierte que la empresa Medifarma S.A. establece que el daño emergente deriva de los costos directos e indirectos de los productos que no se entregarían, debido a la resolución de contrato.

De la misma manera, en el escrito de demanda, en los fundamentos esbozados para la solicitud de daños y perjuicios, la empresa Medifarma S.A. manifiesta lo siguiente:

"(...) Es por ello que nos vimos obligados a importar los principios activos además de los excipientes para la elaboración de los siguientes productos farmacéuticos (...) productos farmacéuticos contratados, pues los principios activos no se encuentran en el país por lo que tenemos que importarlos de países como Estados Unidos, China y algunos países de Europa, lo que nos hace incurrir en una serie de gastos adicionales al costo de los principios activos y los

¹⁵ Disponible en: <http://blog.pucp.edu.pe/item/89441/lucro-cesante>

excipientes, como son el pago los respectivos aranceles además de otros gastos.

(...) ya que los principios activos que importamos para la elaboración de los productos farmacéuticos ya mencionados contaban con fecha de caducidad después de la cual estos insumos no pueden ser utilizados en la fabricación de otros productos, hecho que ocurrió con los principios activos que adquirimos para cumplir la fabricación y entrega de los medicamentos, además que durante toda la vigencia del contrato nuestra empresa pago a personal especializado en la fabricación de los productos (...)"

Así pues, para este Colegiado Unipersonal los conceptos mencionados por la empresa Medifarma S.A. (la compra de activos para la elaboración de estupefacientes, los aranceles y los gastos de elaboración) encuadran en el *daño emergente*; por lo que, corresponde a la demandante acreditar, por un lado, los gastos incurridos por la compra y elaboración de los estupefacientes (mediante comprobantes u otra documentación), y por otro lado, que dichos gastos se incurrieron para la ejecución del presente contrato.

Al respecto, de la revisión de los medios probatorios ofrecidos por la empresa Medifarma S.A. durante las actuaciones del presente arbitraje, no se observa que haya presentado documentación alguna donde se acredite la adquisición de productos para la elaboración de estupefacientes (costo de los estupefacientes, aranceles cancelados), así como los costos que habría incurrido para su elaboración (pago de personal); no debiendo reconocerse el presente concepto, por falta de acreditación probatoria.

- **Respecto al Lucro Cesante**

En el contenido de la pretensión accesoria, la empresa Medifarma S.A. manifiesta que el lucro cesante sería calculado sobre la base del daño emergente, mediante un informe contable que presentaría en su oportunidad.

En atención a lo anterior, mediante escrito de fecha 12 de noviembre de 2015, la empresa Medifarma S.A. presentó un Informe Contable, en el cual, entre otros, se señalan los montos de la utilidad dejada de percibir respecto a la Orden de Compra que no fue cancelada por el Hospital Nacional Hipólito Unanue, indicadas en la resolución de contrato (Orden de Compra N° 105 - 12va).

Sin embargo, este Colegiado Unipersonal no advierte que la empresa Medifarma S.A. haya presentado documentación que acredite los montos ahí determinados, esto es, únicamente, dicha parte ha presentado los montos que le corresponderían por la utilidad dejada de percibir (lucro cesante), mas no ha adjuntado los documentos que los prueben (acrediten), y con ello, creen certeza en el Árbitro Único de la veracidad en los montos solicitados; no debiendo reconocerse el presente concepto, por falta de acreditación probatoria.

En ese sentido, del análisis efectuado en los párrafos precedentes, se observa que la empresa Medifarma S.A. no ha cumplido con acreditar los montos requeridos por los daños y perjuicios que se habrían producido por la resolución de contrato.

Por lo tanto, este Colegiado Unipersonal declara Improcedente el segundo punto controvertido, y en consecuencia, no corresponde ordenar al Hospital Nacional Arzobispo Loayza pague a favor de la empresa Medifarma S.A. los daños y perjuicios que se habrían ocasionado producto de la resolución de contrato, debido a la falta de acreditación probatoria de Medifarma S.A.

2.3 TERCER PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no que el Hospital Nacional Arzobispo Loayza del Ministerio de Salud asuma la totalidad de los gastos arbitrales generados en el presente arbitraje.

POSICIÓN DE MEDIFARMA

Respecto al presente punto controvertido, Medifarma S.A. no ha expresado argumento alguno.

**POSICIÓN DEL HOSPITAL NACIONAL ARZOBISPO LOAYZA DEL
MINISTERIO DE SALUD**

El Hospital Nacional Arzobispo Loayza del Ministerio de Salud manifiesta que al haberse evidenciado que Medifarma S.A. no habría acreditado que cumplió con las cláusulas sexta, séptima y novena del Contrato Nº 011-2012-HNAL-2012, debería ser dicha parte quien asuma el 100% de los honorarios arbitrales y de la secretaría arbitral.

POSICIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO

Sobre este punto, cabe indicar que el artículo 70º del Decreto Legislativo Nº 1071, Ley de Arbitraje, establece que:

"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".

Así, es necesario recordar que el numeral 1) del artículo 72º del Decreto Legislativo Nº 1071, Ley de Arbitraje, dispone que los árbitros se pronunciarán en el Laudo Arbitral sobre los costos indicados en su artículo 70º.

Asimismo, el numeral 1) del artículo 73º de la citada ley señala que los árbitros deben tener presente, de ser el caso, lo pactado en el convenio arbitral; además, tal norma legal establece que si el convenio arbitral no contiene pacto alguno sobre los gastos, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida; sin embargo, los árbitros podrán distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estiman que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso. Es el caso que en el convenio arbitral contenido en el Contrato, las partes no han establecido pacto alguno acerca de los costos y costas del proceso arbitral; por lo que, corresponde que este Colegiado Unipersonal se pronuncie sobre este tema de manera discrecional y apelando a su debida prudencia.

En tal sentido, considerando el resultado del arbitraje que en puridad, desde el punto de vista del Árbitro Único, no puede afirmarse que existe una "parte perdedora", en vista de que ambas partes tuvieron motivos suficientes y atendibles para litigar, fuera del fallo dado, habida cuenta de que debían defender sus pretensiones en la vía arbitral, atendiendo al buen comportamiento procesal de las partes y a la incertidumbre jurídica que existía entre ellas, corresponde disponer que cada una de las partes asuma los costos del presente arbitraje; en consecuencia, cada parte debe asumir el pago de la mitad de los gastos arbitrales decretados en este arbitraje (entiéndase los honorarios del Árbitro Único y de la Secretaría Arbitral); así como los costos y costas en que incurrieron o debieron de incurrir como consecuencia del presente arbitraje.

Por lo tanto, este Colegiado Unipersonal declara Infundado el tercer punto controvertido y, en consecuencia, no corresponde que los gastos arbitrales sean cubiertos por el Hospital Nacional Arzobispo Loayza en su integridad.

No obstante, sin perjuicio de lo establecido en el párrafo precedente, de las Resoluciones N° 9 y 17, se advierte que este Colegiado Unipersonal facultó a la empresa Medifarma S.A. asumiera el pago de los honorarios del Árbitro Único y de la Secretaría Arbitral, establecidos en el Acta de Instalación y en la Liquidación por Aumento de Cuantía, que se encontraban a cargo del Hospital Nacional Arzobispo Loayza, los cuales fueron cancelados por la demandante.

De esta manera, este Colegiado Unipersonal advierte que la empresa Medifarma S.A. ha asumido responsabilidades económicas que se encontraban a cargo del Hospital Nacional Arzobispo Loayza; por lo que, se establece que el Hospital Nacional Arzobispo Loayza debe realizar la devolución del monto de S/. 8,656.63 (Ocho Mil Seiscientos Cincuenta y Seis y 63/100 Soles), correspondiente a los honorarios del Árbitro Único y de la Secretaría Arbitral, establecidos en el Acta de Instalación y en la Liquidación por Aumento de Cuantía, en el monto que se encontraba a cargo de la demandada, pero que han sido asumidos por la demandante.

DECISIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO:

Que, finalmente, el Árbitro Único deja constancia que para la expedición de este laudo ha analizado todos los argumentos de defensa expuestos por las partes y ha examinado cada una de las pruebas aportadas por éstas de acuerdo a las reglas de la sana crítica y al principio de libre valoración de la prueba y que el sentido de su Decisión es el resultado de ese análisis y de su convicción sobre la controversia, al margen de que algunas pruebas presentadas o actuadas y algunos de los argumentos esgrimidos por las partes no hayan sido expresamente citados en el presente laudo, habiendo tenido también presente durante la tramitación de todo este proceso arbitral y en las expediciones de este laudo, los principios que orientan y ordenan todo arbitraje y que fueron consignados en el Acta de Instalación del Árbitro Único.

Por las razones expuestas, de conformidad con el Acta de Instalación y lo previsto en el Decreto Legislativo N° 1071, el Árbitro Único, dentro del plazo correspondiente, resolviendo en Derecho **LAUDA**:

PRIMERO.- DECLÁRESE FUNDADA la primera pretensión principal de la demanda, analizada en el primer punto controvertido, y en consecuencia, corresponde ordenar al Hospital Nacional Arzobispo Loayza cumpla con pagar, como efecto jurídico de la Resolución del Contrato N° 011-2012/HNAL-2012, la suma ascendente a S/. 53,248.33 (Cincuenta y Tres Mil Doscientos Cuarenta y Ocho y 33/100 Soles), relacionada con la Orden de Compra N° 105, más los intereses legales hasta la fecha efectiva de pago, los cuales empezarán a computarse desde la fecha en que el Hospital Nacional Arzobispo Loayza recibió la solicitud para someter la presente controversia a arbitraje; siendo que el monto del interés deberá determinarse al momento de ejecución del laudo.

SEGUNDO.- DECLÁRESE IMPROCEDENTE la primera pretensión accesoria de la primera pretensión principal de la demanda, analizada en el segundo punto controvertido, y en consecuencia, no corresponde ordenar al Hospital Nacional Arzobispo Loayza pague a favor de la empresa Medifarma S.A. los daños y perjuicios que se habrían ocasionado producto de la resolución de contrato, debido a la falta de acreditación probatoria de Medifarma S.A.

TERCERO.- DECLÁRESE INFUNDADA la segunda pretensión principal de la demanda, analizada en el tercer punto controvertido, y en consecuencia, no

Abog. Marco Antonio Paz Ancajima

corresponde que los gastos arbitrales sean cubiertos por el Hospital Nacional Arzobispo Loayza en su integridad.

CUARTO.- DISPÓNGASE que ambas partes asuman en partes iguales, los gastos arbitrales, las costas y costos generados por la tramitación del presente proceso arbitral conforme a las precisiones indicadas en la parte considerativa del presente laudo arbitral.

QUINTO.- DISPÓNGASE que el Hospital Nacional Arzobispo Loayza proceda con la devolución del monto de S/. 8,656.63 (Ocho Mil Seiscientos Cincuenta y Seis y 63/100 Soles), a favor de la empresa Medifarma S.A., correspondiente a los honorarios del Árbitro Único y de la Secretaría Arbitral, establecidos en el Acta de Instalación y en la Liquidación por Aumento de Cuantía, en el monto que se encontraba a cargo de la demandada, pero que han sido asumidos por la demandante.

SEXTO.- INDÍQUESE que, adicionalmente a la notificación en los domicilios procesales de ambas partes, el presente Laudo Arbitral será también notificado a través del Sistema Electrónico de las Contrataciones del Estado - SEACE.

Notifíquese a las partes.-



MARCO ANTONIO PAZ ANCAJIMA
Árbitro Único



TOMAS JAIME ARTURO SAAVEDRA GUTIERREZ
Secretario Arbitral