

**Tribunal Arbitral:**  
Juan Huamaní Chávez (Presidente)  
Humberto Flores Arévalo (Árbitro)  
Randol Campos Flores (Árbitro)

### **LAUDO ARBITRAL DE DERECHO**

#### **DEMANDANTE:**

Hospital Nacional Cayetano Heredia

En adelante **EL HOSPITAL, LA ENTIDAD o EL DEMANDANTE.**

#### **DEMANDADO:**

Medifarma S.A.

En adelante **MEDIFARMA, EL CONTRATISTA, o LA DEMANDADA.**

#### **TRIBUNAL ARBITRAL**

Juan Huamaní Chávez (Presidente)

Humberto Flores Arévalo (Árbitro)

Randol Campos Flores (Árbitro)

#### **RESOLUCIÓN N° 22**

Lima, 10 de agosto de 2016

#### **VISTOS:**

#### **I.- ANTECEDENTES**

1. Con fecha 15 de junio de 2011, El Hospital Nacional Cayetano Heredia y la empresa Medifarma S.A. suscribieron el contrato N° 802-2011/HOSPITAL NACIONAL CAYETANO HEREDIA (en adelante, el "Contrato"), teniendo como objeto la adquisición de determinados medicamentos.
2. La cláusula Vigésima del mencionado Contrato establecía lo siguiente:

*"Todos los conflictos que se deriven de la ejecución e interpretación del presente contrato, incluidos los que se refieran a su nulidad e invalidez, serán resueltos mediante conciliación y, de ser caso, arbitraje según lo dispuesto en el artículo 52º de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Legislativo N° 1017."*

**Tribunal Arbitral:**  
**Juan Huamaní Chávez (Presidente)**  
**Humberto Flores Arévalo (Árbitro)**  
**Randol Campos Flores (Árbitro)**

Como consecuencia de las controversias presentadas, la Entidad procedió a remitir la correspondiente solicitud de arbitraje, en aplicación del convenio arbitral contenido en la citada Cláusula Vigésima del Contrato.

## I. DESARROLLO DEL PROCESO

### **Actuación Preliminar del Tribunal Arbitral**

1. Con fecha 29 de octubre de 2014, se llevó a cabo la Audiencia de Instalación de Tribunal Arbitral en la sede institucional del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE, con el propósito de instalar el Tribunal Arbitral que se encargaría de resolver la presente controversia.
2. Con fecha 19 de noviembre de 2014, el Hospital Nacional Cayetano Heredia (en adelante la Entidad) presentó demanda arbitral contra Medifarma (en adelante, el Contratista).
3. La demanda fue admitida mediante Resolución N° 01, de fecha 20 de noviembre de 2014, corriéndose traslado de dicho escrito a Medifarma, para que cumpla con contestarla dentro de un plazo de quince (15) días hábiles, conforme a lo establecido en el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral.
4. Mediante escrito de fecha 16 de diciembre de 2014, Medifarma contesta la demanda, y formula Excepción de Caducidad y Reconvención.
5. Mediante Resolución N° 02, de fecha 17 de diciembre de 2014, se tuvo por presentado el escrito de contestación de demanda de Medifarma y se admitió a trámite la excepción de caducidad y reconvención formulados por el Demandado, así mismo, se corrió traslado del escrito de excepción y reconvención al Hospital Nacional Cayetano Heredia para que en un plazo de quince (15) días cumpla con contestarlo.
6. Mediante escrito presentado el 21 de enero de 2015, la Entidad contesta la Reconvención.

**Tribunal Arbitral:**

**Juan Huamaní Chávez (Presidente)**  
**Humberto Flores Arévalo (Árbitro)**  
**Randol Campos Flores (Árbitro)**

7. Mediante Resolución N° 3, de fecha 12 de marzo de 2015, se tuvo presente el escrito de contestación de la Reconvención, teniéndose por ofrecidos los medios probatorios que se adjuntaron con conocimiento de la contraria, Asimismo, se dejó constancia que la Entidad no presentó escrito señalando lo conveniente respecto de la excepción de caducidad.
8. Mediante escrito presentado el 7 de abril de 2015, la Entidad solicitud de ampliación de pretensión y precisión sobre excepción de caducidad.
9. Mediante Resolución N° 5, de fecha 9 de abril de 2015, se admitió a trámite el escrito de acumulación de pretensión, teniéndose por ofrecidos los medios probatorios adjuntos al mismo. Asimismo, se corre traslado del escrito de acumulación de pretensión a Medifarma para que en un plazo de 15 días hábiles proceda a absolverla.
10. Con fecha 7 de agosto de 2015, se emitió la Resolución N° 8, a través de la cual se admitió el pedido de acumulación de pretensiones solicitados por la Entidad, por lo cual, se otorgó un plazo de quince (15) días hábiles a fin de que presente su demanda arbitral acumulada.
11. El 31 de agosto de 2015, la Entidad presentó su escrito de demanda acumulada.
12. Con fecha 1 de setiembre de 2015, se emitió la Resolución N° 10 con la cual se admitió a trámite la demanda acumulada conteniendo la ampliación de pretensiones presentada por la Entidad. Asimismo se corrió traslado de la misma a Medifarma a fin de que en un plazo de quince (15) días hábiles cumpla con contestarla.
13. El 3 de setiembre de 2015, la Entidad interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución N° 9 de fecha 24 de agosto de 2015.
14. A través de Resolución N° 11 de fecha 10 de setiembre de 2015, se declaró fundado en parte el Recurso de Reconsideración presentado por la Entidad.

**Tribunal Arbitral:**

**Juan Huamaní Chávez (Presidente)**  
**Humberto Flores Arévalo (Árbitro)**  
**Randol Campos Flores (Árbitro)**

15. Con fecha 22 de setiembre de 2015, Medifarma contesta la Demanda de acumulación de pretensiones.
16. Asimismo, con fecha 24 de setiembre de 2015, Medifarma amplió su contestación de acumulación de Demanda.
17. Mediante Resolución Nº 13, de fecha 2 de octubre de 2015, se admitió a trámite la contestación de demanda acumulada presentada por Medifarma, en consecuencia, se declaró tener por contestada la demanda acumulada. Asimismo, se corrió traslado al Hospital del escrito que contiene la solicitud de excepción de caducidad deducida por Medifarma, para que en el plazo de quince (15) días hábiles cumpla con presentar lo conveniente a su derecho.
18. Con fecha 3 de noviembre de 2015, la Entidad absolvio el traslado de la excepción y oposición.
19. Mediante Resolución Nº 15, de fecha 4 de noviembre de 2015, el Colegiado precisó que se reservaba para un momento posterior el pronunciamiento en relación a la excepción de caducidad formulada por Medifarma. Asimismo, se reservó para un momento posterior su pronunciamiento en relación a la oposición a los medios probatorios formulada por Medifarma. Finalmente, se citó a las partes a una audiencia de Conciliación, Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios para el día 1 de diciembre de 2015.
20. Con fecha 1 de diciembre de 2015, se llevó a cabo la Audiencia de Conciliación, Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios, en el cual fijándose los siguientes puntos controvertidos:

**Cuestiones previas**

- Determinar si corresponde o no declarar la caducidad de la Primera Pretensión Principal de la Demanda, planteada por Medifarma S.A. con fecha 16 de diciembre de 2014.

**Tribunal Arbitral:**  
**Juan Huamán Chávez (Presidente)**  
**Humberto Flores Arévalo (Árbitro)**  
**Randol Campos Flores (Árbitro)**

- Determinar si corresponde o no declarar la caducidad de la Tercera Pretensión Principal Acumulada. Planteada por Medifarma S.A. con fecha 24 de setiembre de 2015.

**De la Demanda Arbitral presentada por el Ministerio de Salud – Hospital Nacional Cayetano Heredia con fecha 19 de noviembre de 2014**

**Primer Punto Controvertido**

- Determinar si corresponde o no dejar sin efecto la Carta Notarial S/N recepcionada por el Hospital Nacional Cayetano Heredia con fecha 24 de julio del 2014, mediante la cual Medifarma S.A. resuelve el Contrato N° 802-2011/HOSPITAL NACIONAL CAYETANO HEREDIA de fecha 15 de junio del 2011, y solicita el pago de una indemnización por daños y perjuicios ascendente a S/ 600,000.00 (Seiscientos Mil con 00/100 Soles).

**Segundo Punto Controvertido**

- En caso se declare fundado el Primer Punto Controvertido, determinar si corresponde o no declarar que el Hospital Nacional Cayetano Heredia ha cumplido con sus obligaciones esenciales contenidas en las bases y Contrato N° 802-2011/HOSPITAL NACIONAL CAYETANO HEREDIA.

**Tercer Punto Controvertido**

- Determinar si corresponde o no ordenar a Medifarma S.A. el reembolso y pago de todos los costos derivados por cualquier concepto del presente proceso arbitral.

**De la Reconvención presentada por Medifarma S.A. con fecha 16 de diciembre de 2014**

**Cuarto Punto Controvertido**

**Tribunal Arbitral:**  
**Juan Huamaní Chávez (Presidente)**  
**Humberto Flores Arévalo (Árbitro)**  
**Randol Campos Flores (Árbitro)**

- Determinar si corresponde o no, declarar que el objeto del Contrato N° 802-2011/HOSPITAL NACIONAL CAYETANO HEREDIA determinó como ítem 37 el Ácido Micofenólico, producto farmacéutico que no fue requerido por la Entidad mediante Orden de Compra a Medifarma S.A., conforme lo establece el Contrato.

#### Quinto Punto Controvertido

- En caso se declare fundado el Cuarto Punto Controvertido, determinar si corresponde o no declarar que la Carta Notarial de Requerimiento de fecha 17 de julio de 2014 constituye el efecto de la omisión por parte de la Entidad al no requerir mediante Orden de Compra el producto farmacéutico a que se refiere el Cuarto Punto Controvertido.

#### Sexto Punto Controvertido

- En caso se declare fundado el Cuarto Punto Controvertido, Determinar si corresponde o no declarar la existencia de la Carta Notarial de fecha 23 de Julio de 2014, que resuelve el Contrato N° 802-2011/HOSPITAL NACIONAL CAYETANO HEREDIA respecto de la totalidad del ítem 037 Acido Micofenólico.

#### Séptimo Punto Controvertido

- Determinar si corresponde o no declarar, de conformidad con el artículo 170º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, que la Entidad está obligada a pagar a Medifarma S.A., los daños y perjuicios como efecto jurídico de la resolución del Contrato.

#### Octavo Punto Controvertido

- En caso se declare fundado el Séptimo Punto Controvertido, determinar si corresponde o no, que la Entidad pague a Medifarma S.A. la suma de S/. 600,000 (Seiscientos Mil Soles), por concepto de daños y perjuicios irrogados como efecto jurídico de la resolución del Contrato N° 802-2011/HOSPITAL NACIONAL CAYETANO HEREDIA.

**Tribunal Arbitral:**  
**Juan Huamaní Chávez (Presidente)**  
**Humberto Flores Arévalo (Árbitro)**  
**Randol Campos Flores (Árbitro)**

**Noveno Punto Controvertido**

- Determinar si corresponde o no declarar, que la Entidad debe pagar los gastos arbitrales que comprende todos los conceptos a que se refiere la Ley de Arbitraje.

**Ampliación de pretensiones de la Demanda Arbitral presentada por el Hospital Nacional Cayetano Heredia con fecha 31 de agosto de 2015**

**Décimo Punto Controvertido**

- Determinar si corresponde o no, ordenar a Medifarma S.A. la entrega del producto "Micofenolato Mofétilo", en sustitución del producto "Ácido Micofenólico", conforme a las condiciones establecidas en el Contrato N° 802-2011/HOSPITAL NACIONAL CAYETANO HEREDIA de fecha 15 de junio de 2011 (Ítem 37).

**Décimo Primer Punto Controvertido**

- Determinar si corresponde o no, ordenar a Medifarma S.A. la continuación del cumplimiento de sus obligaciones en el Contrato N° 802-2011/HOSPITAL NACIONAL CAYETANO HEREDIA de fecha 15 de junio de 2011, en lo que respecta al Ítem 28 (Heparina Sódica).

Asimismo, se admitieron los siguientes medios probatorios:

**Respecto al Hospital Nacional Cayetano Heredia:**

- Se admitieron los medios probatorios ofrecidos por el Hospital Nacional Cayetano Heredia en su escrito de Demanda presentado con fecha 19 de noviembre de 2014, incluido en el acápite "D. MEDIOS PROBATORIOS", que van del numeral 1 al 12.

**Tribunal Arbitral:**

**Juan Huamaní Chávez (Presidente)**

**Humberto Flores Arévalo (Árbitro)**

**Rando Campos Flores (Árbitro)**

- Asimismo, se admitieron los medios probatorios ofrecidos por el Hospital Nacional Cayetano Heredia en su escrito de Contestación de la Reconvención presentada con fecha 21 de enero de 2015, incluidos en el acápite "*III. MEDIOS PROBATORIOS*", que van del numeral 1 al 6.
- En relación a los medios probatorios ofrecidos por el Hospital Nacional Cayetano Heredia, en su escrito de Ampliación de Pretensiones de la Demanda Arbitral presentado con fecha 31 de agosto de 2015, debe precisarse que mediante escrito de fecha 24 de setiembre de 2015, Medifarma S.A. formuló Oposición frente a los mismos; por lo que, este Colegiado procederá a pronunciarse en relación a la admisión o no de los referidos medios probatorios, en momento posterior al pronunciamiento sobre la Oposición formulada, esto en atención a indicado en el Tercer Resolutivo de la Resolución N° 15.

**Respecto de la empresa Medifarma S.A.:**

- Se admitieron los medios probatorios ofrecidos por Medifarma S.A. en su escrito de Contestación de Demanda y Reconvención presentada con fecha 16 de diciembre de 2014, incluidos en el acápite "*IV. MEDIOS PROBATORIOS*", que van del numeral 1 al 4.
- En relación al Informe Contable ofrecido como medio probatorio identificado con el numeral 5 del acápite "*IV. MEDIOS PROBATORIOS*" del escrito de Contestación de Demanda y Reconvención, el Tribunal Arbitral otorga a Medifarma S.A. un plazo de quince (15) días hábiles, a fin de que cumpla con presentarlo.

21. Con fecha 10 de diciembre de 2015, Medifarma presentó su escrito con sumilla remito informe contable.

22. Mediante Resolución N° 16, de fecha 30 de diciembre de 2015, en la cual se tuvo presente el escrito de Medifarma contenido su Informe Contable, corriéndose traslado del mismo al Hospital para que en un plazo de diez (10) días hábiles manifieste lo conveniente a su derecho. Asimismo, se citó a la partes a la Audiencia Especial de Ilustración de Hechos para el 14 de enero de 2016.

**Tribunal Arbitral:**  
**Juan Huamán Chávez (Presidente)**  
**Humberto Flores Arévalo (Árbitro)**  
**Randol Campos Flores (Árbitro)**

23. Posteriormente, mediante Resolución N° 18 de fecha 14 de enero de 2016, se reprogramó la Audiencia de Ilustración de Hechos para el día 15 de febrero de 2016.

24. Con fecha 19 de enero de 2016, la Entidad absuelve traslado del informe pericial.

25. Asimismo, con fecha 15 de febrero de 2016, se llevó a cabo la Audiencia de Ilustración de Hechos. En dicho acto, se emitió la Resolución N° 19 teniéndose presente el escrito presentado por la Entidad absolviendo traslado del Informe Contable.

26. Con fecha 13 de abril de 2016, mediante Resolución N° 20, se admite a trámite el medio probatorio presentado por Medifarma en su escrito de fecha 10 de diciembre de 2015. Asimismo, se declaró el cierre de la instrucción del proceso arbitral y se otorgó un plazo de cinco (5) días hábiles para presenten sus alegatos y conclusiones finales. Finalmente se citó a las partes a la Audiencia de Informe Orales para el día 13 de mayo de 2016.

27. Con fecha 11 de mayo de 2016, ambas partes cumplen con presentar sus escritos de alegatos.

28. El 13 de mayo de 2016, se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales, en la cual se expidió la Resolución N° 21, en la cual se tuvo por presentados los escritos de alegatos de las partes. Asimismo, en la mencionada audiencia se declaró saneado el proceso arbitral y se fijó plazo para laudar en 30 días hábiles.

29. Mediante Resolución N° 21 de fecha 21 junio de 2016, se Prorrogó el plazo para laudar.

## **II. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL ARBITRAL**

### **1.- CUESTIONES PRELIMINARES**

**Tribunal Arbitral:**  
**Juan Huamán Chávez (Presidente)**  
**Humberto Flores Arévalo (Árbitro)**  
**Randol Campos Flores (Árbitro)**

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

- (i) Que, el Tribunal Arbitral se constituyó de conformidad con el convenio arbitral suscrito por las partes.
- (ii) Que, la Entidad presentó su demanda y ampliaciones dentro de los plazos dispuestos.
- (iii) Que, el Contratista fue debidamente emplazada con la demanda y ampliaciones; el demandado presentó su contestación de demanda formulando excepciones y Reconvención, así como, la contestación de la ampliación de demanda, dentro de los plazos establecidos.
- (iv) 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 Tribunal Arbitral.
- (v) Que, de conformidad con las reglas establecidas en el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral, 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.
- (vi) Que, el Tribunal Arbitral 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, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios, en el presente caso, corresponde al Tribunal Arbitral determinar lo siguiente en base a los puntos controvertidos fijados en el presente arbitraje.

**Tribunal Arbitral:**  
**Juan Huamaní Chávez (Presidente)**  
**Humberto Flores Arévalo (Árbitro)**  
**Randol Campos Flores (Árbitro)**

Siendo que el presente arbitraje es uno de derecho, corresponde al Tribunal Arbitral 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 tribunal 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"<sup>1</sup>.*

El Tribunal Arbitral 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 el Tribunal Arbitral 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

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

**Tribunal Arbitral:**  
**Juan Huamán Chávez (Presidente)**  
**Humberto Flores Arévalo (Árbitro)**  
**Randol Campos Flores (Árbitro)**

vinculación, trascendencia, utilidad y pertinencia que a criterio del Tribunal Arbitral tuviere respecto de la controversia materia de análisis.

Que, adicionalmente debe precisarse que, los puntos controvertidos constituyen una referencia para el análisis que debe efectuar el Tribunal Arbitral, 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 Tribunal Arbitral considera que el análisis debe realizarse de acuerdo a la forma siguiente:

## **CUESTIONES PREVIAS**

**Determinar si corresponde o no declarar la caducidad de la Primera Pretensión Principal de la Demanda, planteada por Medifarma S.A. con fecha 16 de diciembre de 2014.**

### **Posición del Contratista**

El Contratista manifiesta que la naturaleza de la caducidad en las Contrataciones del Estado, es definida como una figura jurídica mediante la cual el transcurso del tiempo extingue el derecho y la acción correspondiente, en razón de la inacción de su titular durante el plazo prefijado por la ley o la voluntad de los sujetos de la relación contractual. Agrega que, en éste ámbito el plazo máximo no prorrogable por su naturaleza, son quince (15) días hábiles, vencidos los cuales se extingue la acción como derecho de la parte que pretende determinar alguna controversia derivada de la ejecución del Contrato.

Asimismo, Medifarma manifiesta que, con la acción se solicita legalmente a la jurisdicción arbitral tutela jurídica mientras que con la pretensión el derecho al petitorio y la sustentación de dicho derecho material.

En este sentido, el Contratista manifiesta que por el solo transcurso del tiempo y su cómputo advierte que la Entidad ha perdido el derecho a la acción y a la exigencia de un supuesto derecho por la extemporaneidad con que lo hace. Es decir, ya no puede determinar controversia pasible de someter a arbitraje respecto de la resolución del

**Tribunal Arbitral:**  
**Juan Huamaní Chávez (Presidente)**  
**Humberto Flores Arévalo (Árbitro)**  
**Randol Campos Flores (Árbitro)**

Contrato derivada de la Carta Notarial N° 967-14 y Carta Notarial N° 993-14 del 23 de julio de 2014, por haber caducado su acción y su derecho.

Precisa además que la caducidad de la acción y del derecho se sustenta en el transcurso del tiempo. En ese sentido, indica que basta realizar el computo del plazo transcurrido desde el 23.07.2014 (Carta Notarial que resuelve el Contrato) al 20.08.2014 fecha de la solicitud de arbitraje; con lo cual, su petición al Tribunal Arbitral es que se declare la caducidad de la acción y del derecho conforme a la Ley y Reglamento de Contrataciones del Estado.

Finalmente, señala que sustenta su posición en el artículo 5º de ley de Contrataciones del Estado y en los artículos 170º y 215º de su Reglamento.

#### **Posición de la Entidad**

La Entidad manifiesta que Medifarma mediante Carta Notarial de fecha 17 de julio del 2014, comunica que había sido adjudicataria de la buena pro, entre otros, del producto Acido Micofenólico 250 mg. tabletas (Sinonimia: Micofenolato Mofetilo) suscribiéndose el Contrato N° 802-2011, y que al no haberse emitido las órdenes de compra respectiva, otorgaba a la Entidad el plazo de 02 días para que cumpla con la emisión de las mismas, según la cláusula novena del contrato en mención, bajo apercibimiento de resolver el contrato en forma total de pleno derecho, que asciende a la suma de S/. 326,598.40 soles, y reclamando por concepto de daños y perjuicios la suma de S/. 600,000.00 soles.

Es así que, a través de la Carta Notarial de fecha 23 de julio del 2014, recepcionada por la Entidad el 24 de julio del 2014, el Contratista comunicó a dicha parte, que en atención al apercibimiento de la carta notarial de fecha 17 de julio del 2014, su voluntad de resolver el Contrato N° 802-2011/HOSPITAL NACIONAL CAYETANO HEREDIA de fecha 15 de junio del 2011, y establece por daños y perjuicios la cantidad de S/. 600,000.00 (seiscientos mil con 00/100 soles).

Finalmente indica que, a través de la Carta Notarial de fecha 04 de agosto del 2014, recepcionada el 06 de agosto del 2014, Medifarma precisa que mediante Carta Notarial de fecha 23 de julio del 2014 ha comunicado la resolución del Contrato N° 802-2011, sólo respecto del ítem "Acido Micofenólico 250 mg." y que en ese sentido, dentro del

**Tribunal Arbitral:**  
**Juan Huamaní Chávez (Presidente)**  
**Humberto Flores Arévalo (Árbitro)**  
**Randol Campos Flores (Árbitro)**

plazo de 05 días se cumpla con cancelarle la suma de S/ 600,000.00 soles por los perjuicios ocasionados.

La Entidad continúa señalando que el Contrato N° 802-2011/HOSPITAL NACIONAL CAYETANO HEREDIA, fue celebrado entre ambas partes con respecto a cinco ítems, de los cuales, los ítems 2, 6, 21 y 28, a la par de haber sido ejecutados por nuestra parte de acuerdo a las cláusulas contractuales y dentro del marco legal respectivo, el Contratista nunca informó incumplimiento alguno sobre los mismos.

En ese sentido, Medifarma de conformidad con lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 167 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, únicamente tuvo la opción de plantear una posible resolución parcial del Contrato N° 802-2011/HOSPITAL NACIONAL CAYETANO HEREDIA, referente al ítem 37 y no resolución total de dicho contrato, como erróneamente lo formuló a través de su Carta Notarial de fecha 23 de julio del 2014.

Por tanto, la Entidad manifiesta que al advertirse que la Carta Notarial de fecha 23 de julio del 2014 fue emitida por la Contratista Medifarma S.A. de manera inválida, por no corresponder de acuerdo a ley, la resolución total del contrato y la notificación de la misma no puede ser objeto de cómputo alguno para el establecimiento de la caducidad propuesta por la demandada, toda vez que esta debió requerir a la Entidad la resolución parcial del Contrato N° 802-2011/HOSPITAL NACIONAL CAYETANO HEREDIA.

En consecuencia, el Hospital Nacional Cayetano Heredia señala que no existe fundamento válido a favor de la Contratista respecto a su excepción propuesta, por lo que la misma deberá ser declarada infundada en su debida oportunidad.

#### **Posición del Tribunal Arbitral**

Este Colegiado a efectos de resolver la cuestión previa invocada, procederá a analizar tanto los argumentos expuestos por las partes en los párrafos precedentes, como las pruebas que éstas hayan aportado para sustentar sus posiciones.

Es así que, Medifarma plantea una excepción de caducidad respecto de la primera pretensión de la demanda, argumentando que desde la resolución del Contrato derivada

**Tribunal Arbitral:**  
**Juan Huamán Chávez (Presidente)**  
**Humberto Flores Arévalo (Árbitro)**  
**Randol Campos Flores (Árbitro)**

de la Carta Notarial N° 967-14 y Carta Notarial N° 993-14 del 23 de julio de 2014, hasta la fecha de la solicitud de arbitraje efectuada con fecha 20 de agosto de 2014, han transcurrido más de los quince (15) días hábiles establecidos en la normativa en contrataciones con el Estado para someter a conciliación o arbitraje la resolución del contrato, por lo cual, el derecho de la Entidad de someter la presente controversia a arbitraje, habría caducado.

Al respecto, este Colegiado considera que para iniciar el análisis de la presente cuestión previa, se debe partir por tener claro, que se entiende por excepción y caducidad. Para tal efecto, se considera pertinente citar la opinión del maestro Eduardo J. COUTURE, que señalaba lo siguiente:

*"La excepción es como una defensa o poder jurídico del que se haya investido el demandado. Tal poder, permite al demandado deducir una oposición a la acción del actor, siendo su contracara. No hay excepción posible sin acción deducida."*

*"En un sentido procesal la excepción es una defensa no sustancial, que el legislador pone en la mano del demandado."*

Siguiendo la opinión del mencionado autor, nuestra Corte Suprema se ha pronunciado de la siguiente manera:

*"La excepción es un medio de defensa mediante el cual se cuestiona la relación jurídico procesal o la posibilidad de expedirse un fallo sobre el fondo, por la omisión o defecto de un presupuesto procesal o de una condición de la acción, respectivamente"<sup>2</sup>.*

Por otra parte, en relación a la caducidad, se puede definir como aquella institución jurídica de Derecho Procesal creada por el Estado Constitucional de Derecho en busca de seguridad jurídica para la sociedad sobre la cual ejerce soberanía, constituyéndose como herramienta de quien es requerido al cumplimiento de una obligación, que le permitirá no dar cumplimiento a la misma en atención a que quien exige tal

<sup>2</sup> Cas. N° 3204-2001-Lima, El Peruano, 01-10-2002, p. 8942.

**Tribunal Arbitral:**  
**Juan Huamán Chávez (Presidente)**  
**Humberto Flores Arévalo (Árbitro)**  
**Randol Campos Flores (Árbitro)**

cumplimiento dejó transcurrir un periodo establecido expresamente por la ley luego de haber ocurrido una determinada condición que pudiere ser el vencimiento de la obligación o la posibilidad de hacer ejecutable la misma, generando así la extinción o pérdida de su derecho como consecuencia de dicho letargo.

Hay consenso respecto a que ésta tiene supuestos que la conforman como el "*espacio de tiempo o lapso que produce la extinción de una cosa o algún derecho*"<sup>3</sup>.

En igual sentido, CABANELAS ha determinado que la caducidad es el "*lapso que produce la pérdida o extinción de una cosa o de un derecho*"<sup>4</sup>; asimismo, MONROY GÁLVEZ sostiene que la caducidad "*extingue el derecho material como consecuencia del transcurso del tiempo*"<sup>5</sup> <sup>6</sup>; es decir, no existe discrepancia en el sentido de que la caducidad extingue el derecho de reclamar algo como consecuencia del transcurso del tiempo.

Como bien señala el maestro Teófilo Idrogo: "*La caducidad constituye un medio de extinción de la pretensión procesal del demandante que ha hecho uso del derecho de acción*"<sup>7</sup>.

Es así que, de lo señalado por la Doctrina se puede definir a la excepción de caducidad, como el medio de defensa que cuestiona una relación jurídico-procesal en atención a que el lapso de tiempo establecido en la ley, ha traído como consecuencia la extensión de su derecho.

Ahora bien, teniendo en cuenta la definición de la excepción de caducidad, corresponde determinar cuál es el marco normativo que rige este Contrato a fin de establecer las normas aplicables para resolver la presente cuestión previa. Es así que, este Colegiado advierte que el Contrato celebrado entre el Hospital Nacional Cayetano Heredia y

<sup>3</sup> ALFARO PINILLOS. Roberto. *Diccionario Práctico de Derecho Procesal Civil*, 2º Edición. Editorial GRIJLEY, Lima: Septiembre 2006, p. 169.

<sup>4</sup> CABANELAS DE TORRES, Guillermo. *Diccionario Jurídico Elemental*, 15º Edición. Editorial HELIASTA, Sao Paulo: Agosto 2001. p.58.

<sup>5</sup> MONROY GÁLVEZ. Juan F. *La Excepciones en el Código Procesal Civil Peruano*, en "LA FORMACIÓN DEL PROCESO CIVIL PERUANO (ESTRITOS REUNIDOS)", 2º Edición. Editorial PALESTRA, Lima: Diciembre 2004, p. 372.

<sup>6</sup> A ellos se suman, Teófilo IDROGO y otros destacados juristas.

<sup>7</sup> IDROGO DELGADO. Teófilo. *Derecho Procesal Civil, Tomo I (Proceso de Conocimiento)*. Editorial MARSOL, Lima: Febrero 2002, p. 271.

**Tribunal Arbitral:**  
**Juan Huamán Chávez (Presidente)**  
**Humberto Flores Arévalo (Árbitro)**  
**Randol Campos Flores (Árbitro)**

Medifarma, con fecha 15 de junio de 2011 (en adelante, el Contrato) es un Contrato Administrativo<sup>8</sup>.

<sup>8</sup> En relación a la naturaleza jurídica del Contrato Administrativo, existe un debate intenso, debido a que el problema central que se tiene sobre la conceptualización de dicho contrato, es hasta qué punto su construcción se independiza de las normas y principios del derecho civil –que vinieron rigiéndolo desde que el Estado comenzó a utilizar la técnica contractual en forma esporádica– y en qué medida ha adquirido una fisonomía peculiar y típica del derecho público.

Es precisamente por dicho problema, que han surgido dos teorías o concepciones específicas, a la luz de las cuales se pretende determinar la naturaleza de dicha figura; a decir: la concepción dualista o clásica y la concepción unitaria.

### **I. Concepción Dualista**

De acuerdo con quienes siguen esta postura, existirían por un lado, "contratos administrativos"; y, por el otro, "contratos privados de la Administración", los que se diferenciarían tanto por su naturaleza como por su régimen jurídico. En el ámbito internacional se adhieren a esta teoría autores como Miguel Ángel Bercaitz, Juan Carlos Cassagne, Miguel S. Marienhoff, Manuel María Diez, Rafael Bielsa, y en el ámbito nacional autores como Manuel De la Puente y Lavalle, Max Arias Schreiber, Alberto Ruiz-Eldredge, Antonio Pinilla Cisneros, entre otros.

Las principales características de la concepción dualista son:

#### **a. Las limitaciones a la libertad de las partes**

Se afirma que una característica inherente a los contratos de derecho privado, es que la única limitación que se impone a la libertad de las partes se encontraría constituida por temas de orden público, buenas costumbres, moral y disposiciones legales de carácter imperativo.

En este sentido, quienes defienden la tesis dualista, señalan que en el caso de los contratos administrativos, en adición a las limitaciones a la autonomía de la voluntad, propias del derecho privado, existen limitaciones adicionales, tanto por el lado de la administración pública, como por el lado de los particulares contratantes.

#### **b. La desigualdad jurídica existente entre las partes del Contrato**

Dentro de esta concepción, otro argumento que sustentaría la diferenciación entre la contratación administrativa y la contratación civil, radicaría en reconocer como rasgo característico de la primera, el que a diferencia de lo que sucede con los contratos de derecho privado, éstos últimos tienen como nota esencial que las partes se encuentran en igualdad de condiciones.

Se afirma en tal sentido, que el caso de la contratación administrativa, existiría una subordinación del contratante particular frente a la Administración Pública, en la medida que los intereses de ésta última, al ser depositaria de los intereses públicos, tienen una preeminencia "lógica" sobre los intereses de los particulares.

#### **c. La mutabilidad de los contratos administrativos**

Se afirma que un aspecto distintivo de los contratos administrativos respecto de los contratos de derecho privado, es que éstos últimos se rigen por un principio general de inmutabilidad de las obligaciones pactadas en aplicación del principio *pacta sunt servanda*; mientras que en los contratos de derecho administrativo, por establecerse relaciones jurídicas en orden a la satisfacción de intereses públicos, los mismos que se rigen por un principio de mutabilidad contractual.

#### **d. La posibilidad de afectación de derechos de terceros**

Finalmente, se señala que la diferencia entre la contratación privada y la administrativa, radica en que mientras los contratos privados no pueden afectar derechos de terceros, en el caso de los contratos administrativos sí, en tanto que para éstos últimos, ello sería una regla común. Esto parte de la potestad del Estado de imponer vínculos jurídicos obligatorios de forma unilateral (y este es un punto que nadie discute), carecería de sentido vedarle similar prerrogativa cuando la extensión de los efectos proviene de un contrato administrativo, con fundamento, en ambos casos, en el ordenamiento administrativo.

**Tribunal Arbitral:**  
**Juan Huamán Chávez (Presidente)**  
**Humberto Flores Arévalo (Árbitro)**  
**Randol Campos Flores (Árbitro)**

Es así que, si bien mediante un Contrato Administrativo se crean, regulan, modifican o extinguen relaciones jurídicas patrimoniales, éste cuenta con ciertas particularidades por encontrarse sometido a normas de derecho público, que determinan de manera subyacente su contenido, principalmente, por el ámbito dentro del cual enmarca su actuación la Administración Pública.

Al respecto, autores como Fernández Ruiz<sup>9</sup>, define al contrato administrativo, como aquel que es celebrado entre un particular, o varios; y la Administración Pública, en ejercicio de función administrativa, para satisfacer el interés público con sujeción a un régimen exorbitante del derecho privado.

En atención a ello, el contrato materia del presente arbitraje, es un contrato administrativo, por lo cual, corresponde precisar que éste se rige bajo los preceptos contenidos en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento. Entonces, para

---

Por otra parte, existen un conjunto de criterios en virtud de los cuales se sustentaría la distinción entre "contratos administrativos" y "contratos privados de la Administración" y que se pueden resumir de la siguiente forma:

- a. Criterio Subjetivo: será un contrato administrativo siempre que una de las partes pertenezca a la Administración Pública.
- b. Criterio Jurisdicción: un contrato será administrativo en la medida en que se someta a la jurisdicción administrativa.
- c. Criterio Formal: un contrato será administrativo en la medida que el mismo esté ligado a una formalidad específica para su celebración (sistemas o procedimientos de selección).
- d. Criterio de la Cláusula Exorbitante: un contrato será administrativo si contiene cláusulas exorbitantes del derecho común, que no son permisibles en una relación de igualdad y que evidencian el ejercicio de prerrogativas públicas.
- e. Criterio del Servicio Público: se basa en satisfacer la necesidad del servicio público.
- f. criterio de la Función Administrativa: Los que siguen este criterio afirman que un contrato será administrativo siempre que el Estado lo celebre con el objeto de satisfacer una finalidad propia del mismo (finalidad pública), y en general, para ejercer función administrativa.

## **II. Concepción Unitaria**

La concepción unitaria del contrato administrativo se ubica en contraposición con la concepción dualista del mismo, postulando que los contratos suscritos por el Estado son de una categoría única, diferenciados entre sí, por la modulación o regulación de derecho público que poseen.

En tal sentido, para esta teoría todos los contratos que celebra el Estado son "públicos" en la medida en que a todos ellos se les aplica un régimen jurídico específico de derecho público (en estricto, un régimen de derecho administrativo).

Para un análisis más detallado respecto al tema en mención consultar: MARTÍN TIRADO, Richard. "La naturaleza del contrato estatal la necesidad de contar con un régimen unitario de contratación pública". En: "Revista Peruana de Derecho Administrativo Económico." Ed. Grijley, 2006. Lima.

<sup>9</sup> FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge. *Derecho Administrativo. Contratos*. Editorial Porrúa. México: 2002. p. 81.

**Tribunal Arbitral:**  
**Juan Huamán Chávez (Presidente)**  
**Humberto Flores Arévalo (Árbitro)**  
**Randol Campos Flores (Árbitro)**

resolver la presente cuestión previa se deberá tener en cuenta lo que establezca la normativa referida. Ello además se encuentra consignado en el numeral 6 del Acta de Instalación<sup>10</sup>.

Corresponde ahora, tener en cuenta lo que establece la Ley de Contrataciones del Estado, respecto a la oportunidad para someter alguna controversia a un proceso de conciliación o arbitraje, es así que dicho cuerpo normativo establece lo siguiente en su artículo 52:

#### **"Artículo 52.- Solución de Controversias**

*Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del Contrato, se resolverán mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes, debiendo solicitarse el inicio de estos procedimientos en cualquier momento anterior a la fecha de culminación del contrato, considerada ésta de manera independiente. Este plazo es de caducidad.* (...) (Énfasis agregado).

Del citado precepto normativo se advierte que las controversias que surjan entre las partes se resolverán mediante conciliación o arbitraje, **debiendo solicitarse el inicio del procedimiento antes de la culminación del contrato**. Que sobre el particular, debe hacerse hincapié en señalar que los plazos de caducidad solo pueden ser establecidos mediante Ley, tal como lo establece el Código Civil, en su artículo 2004:

#### **"Legalidad en plazos de caducidad**

**Artículo 2004.- Los plazos de caducidad los fija la ley, sin admitir pacto contrario".**

<sup>10</sup> **Numeral 6 del Acta de Instalación:** La legislación aplicable para resolver el fondo de la controversia sometida al presente proceso arbitral es la legislación peruana. Las normas aplicables al presente arbitraje, de acuerdo a lo establecido por el artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por el Decreto Legislativo N° 1017 (en adelante la Ley), deben mantener obligatoriamente el siguiente orden de prelación en la aplicación del derecho: 1) La Ley, 2) su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF, 3) las normas del derecho público y 4) las normas del derecho privado. Asimismo, la aplicación del Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje se realizará de manera supletoria y siempre que no se oponga a lo establecido en la Ley y el Reglamento.

**Tribunal Arbitral:**  
**Juan Huamán Chávez (Presidente)**  
**Humberto Flores Arévalo (Árbitro)**  
**Randol Campos Flores (Árbitro)**

En atención a ello, hasta este punto podemos afirmar que: (i) Los plazos de caducidad son establecidos por Ley; y, (ii) que la Ley de Contrataciones del Estado establece que la oportunidad para someter a arbitraje las controversias derivadas de contratos celebrados en el marco de dicha norma es hasta la culminación del Contrato.

En ese sentido, corresponde establecer en qué momento se tiene por culminado un Contrato. Para dicho fin corresponde tener en cuenta lo establecido en la Ley de Contrataciones del Estado:

**"Artículo 42.- Culminación del Contrato**

*Los contratos de bienes y servicios culminan con la conformidad de recepción de la última prestación pactada y el pago correspondiente."*

En esa línea, el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado señala lo siguiente:

**"Artículo 177.- Efectos de la conformidad**

*Luego de haberse dado la conformidad a la prestación se genera el derecho al pago del contratista. Efectuada el pago culmina el contrato y se cierra el expediente de contratación respectivo".*

De las normas antes citadas podemos inferir, que un contrato culmina con el cumplimiento de dos requisitos consecuentes, estos son la conformidad de la última prestación pactada y el pago.

Ahora bien, en el presente Contrato, se advierte que Medifarma mediante carta notarial de fecha 17 de julio de 2014, notificada a la Entidad con fecha 19 de julio del mismo año -según cargo de notificación que obra en el expediente arbitral- solicita al Hospital Nacional Cayetano Heredia la emisión de las Órdenes de Compra respecto del producto ACIDO MICOFENOLICO 250 MG TAB (SINONIMIA: MICOFENOLATO MOFETILO), de conformidad con lo establecido en la Cláusula Novena del Contrato.

Dicho requerimiento fue efectuado otorgándole un plazo de dos (2) días a la Entidad bajo apercibimiento de resolver el Contrato en caso de incumplimiento.

**Tribunal Arbitral:**  
**Juan Huamán Chávez (Presidente)**  
**Humberto Flores Arévalo (Árbitro)**  
**Randol Campos Flores (Árbitro)**

En atención a ello, se aprecia que, con carta notarial de fecha 23 de julio de 2014, notificada a la Entidad con fecha 24 de julio del mismo año, Medifarma hizo efectivo el apercibimiento antes señalado, resolviendo el Contrato materia del presente arbitraje.

De lo antes señalado, este Colegiado puede afirmar que de la revisión del expediente arbitral se ha comprobado que no existió la conformidad ni el pago respecto de la prestación pactada sobre el ítem 37, ni mucho menos se ha efectuado el pago por dicha prestación, con lo cual, no se daría por cumplido los requisitos para la culminación de un contrato estatal.

En atención a lo antes señalado, se advierte que al no haber culminado el contrato de conformidad con lo establecido en el artículo 42º de la Ley de Contrataciones del Estado, la solicitud de arbitraje efectuada por la Entidad con fecha 20 de agosto de 2014 se encontraría dentro del plazo establecido en la Ley para dicho fin; por lo tanto, no habría operado la caducidad.

En consecuencia, corresponde declarar infundada la excepción de caducidad de la primera pretensión de la demanda.

***Determinar si corresponde o no declarar la caducidad de la Tercera Pretensión Principal Acumulada, planteada por Medifarma S.A. con fecha 24 de setiembre de 2015.***

#### **Posición del Contratista**

Medifarma interpone excepción de caducidad respecto de la tercera pretensión principal acumulada, señalando que el derecho y la acción de la Entidad se han extinguido, no solo porque no existir contrato vigente (puesto que éste se encuentra resuelto) sino porque desde la resolución del contrato (Carta de fecha 23.07.2014) hasta la fecha de la solicitud de acumulación ha transcurrido todo plazo de caducidad; por lo tanto, esta pretensión deja de tener eficacia jurídica alguna.

Asimismo, manifiesta que, el Tribunal Arbitral no tiene competencia para conocer esta aparente pretensión, de modo que a la par de la excepción de caducidad también interpone Excepción de Incompetencia a fin de que no incurra en responsabilidad.

**Tribunal Arbitral:**  
**Juan Huamaní Chávez (Presidente)**  
**Humberto Flores Arévalo (Árbitro)**  
**Randol Campos Flores (Árbitro)**

Precisa además que, se acumulan solo las pretensiones que no han sido afectadas con la caducidad, de conformidad con el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado y las Opiniones vinculantes del OSCE.

### **Posición de la Entidad**

Al respecto, la Entidad manifiesta que Medifarma S.A. a través de su escrito de ampliación de contestación de demanda señala que el derecho y la acción de la Entidad se habrían extinguido, no solo porque no existe contrato vigente (está resuelto), sino porque desde la resolución del contrato (Carta de fecha 23 de julio del 2015) hasta la fecha de acumulación, habría transcurrido todo plazo de caducidad, por lo tanto, esta pretensión deja de tener eficacia jurídica alguna.

Asimismo señala que, Medifarma ha indicado que a consecuencia de la caducidad el Tribunal Arbitral no tiene competencia para conocer esta aparente pretensión, de modo que a la par de la excepción precedente, deduce excepción de incompetencia a fin de que como cuestión previa declare su incompetencia a fin de que no incurra en responsabilidad.

Asimismo, señala que a criterio de Medifarma solo se acumulan las pretensiones que no han sido afectadas de caducidad, tal como expresamente lo señala el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Al respecto, la Entidad manifiesta que Medifarma S.A. mediante Carta Notarial de fecha 17 de julio del 2014 (anexo 1-C), recepcionada por la Unidad de Trámite Documentario el 18 de julio del 2014, comunicó que había sido adjudicataria de la buena pro, entre otros, del producto Acido Micofenólico 250 mg. tabletas (Sinonimia: Micofenolato Mofetilo) suscribiéndose el Contrato N° 802-2011, y que al no haberse emitido las órdenes de compra respectiva, otorgaba a la Entidad el plazo de 02 días para que cumpla con la emisión de las mismas, según la cláusula novena del contrato en mención, bajo apercibimiento de resolver el contrato en forma total de pleno derecho; que asciende a la suma de S/. 326,598.40 nuevos soles, y reclamando por concepto de daños y perjuicios la suma de S/. 600,000.00 nuevos soles.

**Tribunal Arbitral:**  
**Juan Huamán Chávez (Presidente)**  
**Humberto Flores Arévalo (Árbitro)**  
**Randol Campos Flores (Árbitro)**

Asimismo, señala que a través de la Carta Notarial de fecha 23 de julio del 2014, recepcionada el 24 de julio del 2014, Medifarma S.A. comunicó su voluntad de resolver el Contrato N° 802-2011/HOSPITAL NACIONAL CAYETANO HEREDIA de fecha 15 de junio del 2011, en atención al apercibimiento de la carta notarial de fecha 17 de julio del 2014, y establecer por daños y perjuicios la cantidad de S/ 600,000.00 (seiscientos mil con 00/100 nuevos soles).

Finalmente, indica que a través de la Carta Notarial de fecha 04 de agosto del 2014, recepcionada el 06 de agosto del 2014, Medifarma S.A. hace la precisión que mediante Carta Notarial de fecha 23 de julio del 2014 se ha comunicado la resolución del Contrato N° 802-2011, sólo respecto del ítem "Acido Micofenólico 250 mg." y que en ese sentido, dentro del plazo de 05 días se cumplía con cancelarle la suma de S/. 600,000.00 soles por los perjuicios ocasionados.

Continúa la Entidad manifestando que, el Contrato N° 802-2011/HOSPITAL NACIONAL CAYETANO HEREDIA, fue celebrado entre ambas partes en relación a cinco ítems, de los cuales, los ítems 2, 6, 21 y 28, a la par de haber sido ejecutados por la Entidad de acuerdo a las cláusulas contractuales y dentro del marco legal respectivo, no habiendo la Contratista informado incumplimiento alguno sobre los mismos.

En ese sentido, la Entidad indica que Medifarma S.A. de conformidad con lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 167º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, únicamente tuvo la opción de plantear una posible resolución parcial del Contrato N° 802-2011/HOSPITAL NACIONAL CAYETANO HEREDIA, referente al ítem 37 y no resolución total de dicho contrato, como erróneamente lo formuló a través de su Carta Notarial de fecha 23 de julio del 2014. Por tanto, al advertirse que la Carta Notarial de fecha 23 de julio del 2014 fue emitida por Medifarma S.A. de manera inválida, por no corresponder de acuerdo a ley la resolución total del contrato en comento, la notificación de la misma no puede ser objeto de cómputo alguno para el establecimiento de la caducidad propuesta por la demandada, toda vez que esta debió requerir a la Entidad la resolución parcial del Contrato N° 802-2011/HOSPITAL NACIONAL CAYETANO HEREDIA, conforme al requerimiento previo que realizó a la Entidad mediante Carta Notarial de fecha 17 de julio del 2014.

**Tribunal Arbitral:**  
**Juan Huamaní Chávez (Presidente)**  
**Humberto Flores Arévalo (Árbitro)**  
**Randol Campos Flores (Árbitro)**

Asimismo manifiesta que, la resolución parcial del Contrato N° 802-2011/HOSPITAL NACIONAL CAYETANO HEREDIA, referente al ítem 37, recién la materializa a través de la Carta Notarial de fecha 04 de agosto de 2014, notificada el 06 de agosto de 2014; en la cual señala que su voluntad de resolver el mencionado contrato solo está referida al ítem 37.

Por tanto, señala que Medifarma a través de la Carta Notarial de fecha 04 de agosto de 2014, corrige la invalidez de la Carta Notarial de fecha 23 de julio del 2014, toda vez que la primera de las mencionadas hace expresa y certera su voluntad de resolver parcialmente el Contrato N° 802-2011/HOSPITAL NACIONAL CAYETANO HEREDIA, únicamente en lo referente al ítem 37, lo cual señala guarda concordancia con el requerimiento previo que se hizo a la Entidad a través de la Carta Notarial de fecha 17 de julio del 2014.

En ese sentido manifiesta el Hospital que, la voluntad de Resolución del Contrato N° 802/2011/HOSPITAL NACIONAL CAYETANO HEREDIA, referente al ítem 37, ha sido expresada y materializada válidamente por la demandada conforme a la comunicación desplegada a la Entidad, toda vez que, de manera errada se expresó una voluntad de resolución total de contrato, que no guarda correspondencia alguna con el requerimiento previo efectuado respecto únicamente al ítem 37; y esto resulta totalmente coherente, porque la Demandada hace la precisión a la Entidad de que la resolución del contrato es parcial, es decir, que a partir de la comunicación formal de éste último, efectuada el 06 de agosto de 2014, debe tenerse como correcta o válida su voluntad de resolver parcialmente el Contrato N° 802/2011/HOSPITAL NACIONAL CAYETANO HEREDIA, en lo referente al ítem 37.

En consecuencia, la Entidad indica que la caducidad que exige el artículo 170 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF debe computarse desde el 06 de agosto del 2014, por lo que a la fecha de presentación de su solicitud de arbitraje de fecha 20 de agosto del 2014, dicho plazo no se había cumplido, por lo que la excepción de caducidad propuesta por la demandada desde el inicio del presente proceso, debe ser declarada INFUNDADA, toda vez que la demandada al 24 de julio del 2014 no había formulado una correcta y/o válida resolución de contrato, la misma que recién fue corregida el 04 de agosto del 2014 y notificada el 06 de agosto del mismo año.

**Tribunal Arbitral:**

**Juan Huamán Chávez (Presidente)**  
**Humberto Flores Arévalo (Árbitro)**  
**Randol Campos Flores (Árbitro)**

Concluye la Entidad que, en ese contexto queda totalmente claro que el Tribunal Arbitral tiene plenas facultades para dilucidar el presente proceso arbitral en cuanto al fondo de los asuntos materia de controversia, propuestos por las partes.

**Posición del Tribunal Arbitral**

Al respecto, debemos empezar por señalar que Medifarma plantea excepción de caducidad respecto de la siguiente pretensión acumulada: "*Determinar si corresponde o no, ordenar a Medifarma S.A. la entrega del producto "Micofenolato Mofétilo", en sustitución del producto "Ácido Micofenólico", conforme a las condiciones establecidas en el Contrato N° 802-2011/HOSPITAL NACIONAL CAYETANO HEREDIA de fecha 15 de junio de 2011 (Ítem 37).*

Dicha excepción es formulada por Medifarma bajo los argumentos de que no solo no existe contrato vigente (puesto que está resuelto), sino porque desde la resolución del contrato (Carta de fecha 23.07.2014) hasta la fecha de la solicitud de acumulación (07.04.2015) ha transcurrido todo plazo de caducidad; por lo tanto, esta pretensión deja de tener eficacia jurídica alguna.

Ahora bien, sobre el particular, este Colegiado para resolver la presente cuestión previa considera tener en cuenta el análisis realizado respecto a la excepción planteada contra la primera pretensión principal, y en ese sentido, determina que respecto de las controversias que surjan en relación a la ejecución del contrato, éstas deben ser formuladas antes de la culminación del contrato.

Que, como ya se ha manifestado, de conformidad con la normativa en contrataciones con el Estado, los contratos culminan cuando concurren dos requisitos: (i) la conformidad con la última prestación pactada, y (ii) el pago de la contraprestación.

En el presente caso, tal como se ha señalado en el análisis de la excepción de caducidad planteada sobre la primera pretensión de la demanda, en el presente caso nos encontramos ante un contrato que aún no ha culminado puesto que no se ha cumplido con los requisitos establecidos en la norma, es decir, no se ha dado la conformidad a la

**Tribunal Arbitral:**  
**Juan Huamán Chávez (Presidente)**  
**Humberto Flores Arévalo (Árbitro)**  
**Randol Campos Flores (Árbitro)**

última prestación de Medifarma y tampoco se ha pagado la contraprestación, por lo tanto, la tercera pretensión principal acumulada no ha caducado.

En atención a ello, corresponde declarar infundada la excepción de caducidad respecto de la tercera pretensión de la demanda acumulada.

Sin perjuicio de ello, este Tribunal Arbitral considera manifestarse respecto a la excepción de incompetencia planteada por el Contratista como una consecuencia de la caducidad de la presente pretensión; es por ello que se analiza dentro de este punto.

Al respecto debe precisarse que, sobre dicha excepción, el Contratista no ha desarrollado mayor argumento. En atención a lo señalado, este Colegiado analizará su competencia en torno a la tercera pretensión principal de la demanda acumulada.

Para ello, corresponde señalar que en el arbitraje existe el principio de *KOMPETENZ KOMPETENZ*, el cual atribuye al Tribunal Arbitral la posibilidad de resolver sobre su propia competencia.

Sobre el particular, cabe indicar que la competencia de los árbitros se deduce de la autonomía del acuerdo arbitral "*del cual (...) emanen dos consecuencia: la positiva, que es la atribución de competencia al Tribunal Arbitral; la negativa, que consiste en que los Tribunales Estatales deben excluirse del conocimiento de las causas cuando estuviere pactado un acuerdo arbitral que las comprenda*"<sup>11</sup>.

En tal sentido, es menester tener presente lo establecido por las partes en su convenio arbitral, el cual se transcribe a continuación:

**"Vigésima: Solución de controversias**

*Todos los conflictos que deriven de la ejecución e interpretación del presente contrato, incluidos los que se refieran 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 de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Legislativo N° 1017.*

<sup>11</sup> Rivera, Julio César. Arbitraje Comercial, Internacional y Doméstico. ABELEDOPERROT. Segunda Edición 2014. Pág. 466.

**Tribunal Arbitral:**  
**Juan Huamán Chávez (Presidente)**  
**Humberto Flores Arévalo (Árbitro)**  
**Randol Campos Flores (Árbitro)**

De la cláusula acotada se observa que las partes han pactado llevar a conciliación o arbitraje todos los conflictos que se deriven del presente Contrato. Asimismo, debe tenerse en cuenta cual es la definición del convenio arbitral; para tal efecto, corresponde transcribir lo establecido en el artículo 13º de la Ley de Arbitraje - Decreto Legislativo Nº 1071:

**"Artículo 13.- Contenido y forma del convenio arbitral.**

*1. El convenio arbitral es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza". (Énfasis Agregado)*

Se puede inferir que, no sólo de acuerdo a lo pactado por las partes, sino también con fundamento legal, es materia arbitrable todo aquello derivado del contrato o relacionado con el mismo; debido a que el convenio arbitral es un acuerdo de sometimiento a arbitraje de controversias que existan o puedan existir en cuanto a una relación jurídica contractual o de otra naturaleza.

En ese contexto, es de tener en cuenta la tercera pretensión Principal de la demanda acumulada a fin de determinar si este Tribunal es competente para pronunciarse sobre ella:

**"Tercera Pretensión Principal**

*Se ordene a Medifarma S.A. la entrega a nuestro representado del producto "Micofenolato Mofetilo", en sustitución del producto "Ácido Micofenólico", conforme a las condiciones establecidas en el Contrato Nº 802-2011/HOSPITAL NACIONAL CAYETANO HEREDIA de fecha 15 de junio de 2011 (Ítem 37)".*

Conforme se aprecia, el Hospital Nacional Cayetano Heredia pretende que este Colegiado ordene a Medifarma la entrega del producto Micofenolato Mofetilo, en lugar del Ácido Micofenólico, conforme a lo establecido en el Ítem 37 del Contrato.

Como puede advertirse, este Tribunal verifica que los conceptos por los que se reclama dicha pretensión tienen como origen y causa directa la ejecución del Contrato, pues

**Tribunal Arbitral:**

**Juan Huamán Chávez (Presidente)**  
**Humberto Flores Arévalo (Árbitro)**  
**Randol Campos Flores (Árbitro)**

surgen a consecuencia de ésta, toda vez que se refieren a la continuidad del cumplimiento de las obligaciones pactadas en el mismo.

Máxime a lo antes señalado, este Tribunal Arbitral considera que, el presente arbitraje busca resolver todas las controversias derivadas del Contrato las cuales fueron sometidas a su conocimiento y resolución del Colegiado de conformidad con la Cláusula Vigésima del Contrato.

Para mayor abundamiento, debe reiterarse que la competencia de un árbitro consiste en la facultad que le es otorgada por las partes para conocer las controversias derivadas de un Contrato, precisándose que dicha facultad permite al Colegiado conocer y resolver las pretensiones que se puedan plantear respecto de la ejecución, interpretación, nulidad e invalidez del presente Contrato, incluyendo las cuestiones previas, como por ejemplo una excepción de caducidad.

En esa línea, debe precisarse que sin bien del análisis de una cuestión previa (excepción de caducidad) pueda derivarse la caducidad del derecho del accionante, ello no implica la pérdida de competencia del Tribunal, pues debe tenerse claro que la caducidad comprende la extinción del derecho del accionante por el transcurso del tiempo, más no implica la perdida de competencia del Tribunal para conocer y resolver sobre el derecho e incluso sobre dicha cuestión previa.

En atención a ello, este Colegiado determina que es competente para conocer y resolver la tercera pretensión Principal de la demanda acumulada. Por lo tanto, no corresponde amparar la excepción de incompetencia respecto de la mencionada pretensión.

#### **CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO**

***Determinar si corresponde o no, declarar que el objeto del Contrato N° 802-2011/HOSPITAL NACIONAL CAYETANO HEREDIA determinó como Ítem 37 el Ácido Micofenólico, producto farmacéutico que no fue requerido por la Entidad mediante Orden de Compra a Medifarma S.A., conforme lo establece el Contrato.***

#### **Posición de Contratista**

**Tribunal Arbitral:**

Juan Huamán Chávez (Presidente)

Humberto Flores Arévalo (Árbitro)

Randol Campos Flores (Árbitro)

El Contratista señala que la Cláusula Tercera del Contrato N° 802-2011/HOSPITAL NACIONAL CAYETANO HEREDIA estableció como ítem 37 lo siguiente:

"(...)"

Ítem N° 37

**Principio Activo: Acido Micofenólico**

Concentración: 260 mg.

Forma Farmacéutica: Capsulas

(...)"

Asimismo, citó la Cláusula Quinta del Contrato, en el siguiente extremo:

"(...)"

*Asimismo, el Contratista precisa que el monto señalado precedentemente no podía ser alterado, modificado o sustituido, permaneciendo inalterable hasta la culminación del presente contrato, en caso se diera, inclusive hasta la contratación complementaria del 30% que establece el Reglamento de la Ley de Contrataciones aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF".*

Asimismo, indicó Medifarma que de acuerdo con la Cláusula Segunda del Contrato, este está conformado por las Bases y sus respectivos anexos, la propuesta del Contratista y la Orden de Compra. Citando en ese sentido, La Cláusula Sexta del Contrato:

*"Son requisitos de pago 6.7.1. Que, el Contrato haya sido cumplido con la entrega total de las cantidades indicadas en la Orden de Compra y cumplido los requisitos establecidos en las fichas y bases".*

En atención a ello, Medifarma manifestó que en la Ficha Técnica que está contenida en las Bases se solicita para el ítem 037 el siguiente producto:

*"ACIDO MICOFENOLICO, 250 MG, Tableta (SINONIMIA: MICOFENOLATO MOFETILO".*

**Tribunal Arbitral:**  
**Juan Huamaní Chávez (Presidente)**  
**Humberto Flores Arévalo (Árbitro)**  
**Randol Campos Flores (Árbitro)**

Finalmente, el Contratista argumenta con relación al presente punto controvertido que el objeto del Contrato N° 802-2011/HOSPITAL CAYETANO HEREDIA, consignado como ítem 037 es el ACIDO MICOFENOLICO, el cual, no habría sido requerido mediante Orden de Compra conforme lo establece el Contrato.

### **Posición de Entidad**

Sobre el particular, la Entidad ha señalado, entre otros, que el Departamento de Farmacia del Hospital Nacional Cayetano Heredia, respecto al Contrato objeto de controversia manifestó, mediante Informe N° 042-2013-DFAR/HNCH de fecha 20 de diciembre de 2013, sustentos de índole técnico que permitirían descartar la sinonimia entre los productos Ácido Micofenólico y Micofelanato de Mofetilo; motivo por el cual, no habría sido posible reemplazar o sustituir el Ácido Micofenólico por el Micofelanato de Mofetilo, pues ello habría implicado un evidente atentado contra la salud de los pacientes, al no reunirse las propiedades y efectos esperados en sus tratamientos. De este modo, solo correspondería reconocerse únicamente como producto utilizable el Micofelanato de Mofetilo.

### **Posición del Tribunal Arbitral**

A fin de resolver el presente Punto Controvertido, el Tribunal Arbitral considera oportuno analizar el contenido de la Cláusula Tercera del Contrato N° 802-2011/HOSPITAL CAYETANO HEREDIA, sobre el Objeto del Contrato, a fin de determinar cuáles fueron las obligaciones a las que las partes se obligaron, la cual se transcribe a continuación:

#### **"TERCERA: OBJETO DEL CONTRATO**

*Por el presente contrato, EL CONTRATISTA se obliga, sin estar subordinado a LA ENTIDAD, a venderle los medicamentos que le fueron adjudicados de conformidad con los Requerimientos Técnicos Mínimos contenidos en el presente documento y anexos, lo estipulado en las Bases y lo ofertado en las propuestas técnica y económica de EL CONTRATISTA, los mismos que forman parte integrante del presente contrato.*

*(...)*

**Tribunal Arbitral:**  
**Juan Huamán Chávez (Presidente)**  
**Humberto Flores Arévalo (Árbitro)**  
**Randol Campos Flores (Árbitro)**

*Ítem N°* : 37  
*Principio Activo* : *Acido Micofenólico*  
*Concentración* : *250mg*  
*Forma Farmacéutica* : *Capsulas*  
*Nombre de Marca* :--  
*Forma de Presentación* : *Caja x 100 capsulas*  
*Laboratorio Fabricante* : *Medifarma S.A.*  
*País de Fabricación* : *Perú*  
*Envase Mediato* : *Caja de cartón rotulado*  
*Envase Inmediato* : *Blisters de aluminio / PVC ambar*  
*Nº Registro Sanitario* : *NG-4070*  
*Vigencia del R. S.* : *29.10.2013*  
*Farmacopea de Refer.* : *USP 33-NF28 (&) RP 2011 Ap XXII C A326"*

Asimismo, el Tribunal Arbitral advierte que en la Cláusula Quinta del Contrato, sobre Monto Contractual, las partes establecieron expresamente respecto al ítem 37 la siguiente descripción:

"**ÁCIDO MICOFENOLICO 250 MG, TABLETA (SINONIMIA:  
MICOFENOLATO MOFETILO) UNIDAD**" (énfasis agregado).

Del mismo modo, el último párrafo de la cláusula citada, establece lo siguiente:

"(...)

*Asimismo, el contratista precisa que el monto señalado precedentemente no podrá ser alterado, modificado o sustituido, permaneciendo inalterable hasta la culminación del presente contrato, en caso se diera, inclusive hasta la contratación complementaria del 30% que establece el Reglamento de la Ley de Contrataciones aprobó por Decreto Supremo N° 184-2008.EF".*

Como se puede apreciar las partes pactaron expresamente, entre otros, la adquisición del medicamento ÁCIDO MICOFENOLICO, estableciendo como sinonimia: MICOFENOLATO MOFETILO.

**Tribunal Arbitral:**  
**Juan Huamaní Chávez (Presidente)**  
**Humberto Flores Arévalo (Árbitro)**  
**Randol Campos Flores (Árbitro)**

Aspecto que, además, se corrobora de la revisión del resto de documentos que forman parte integrante del Contrato, los cuales de conformidad con la Cláusula Segunda del Contrato, son los siguientes: i) las Bases y sus respectivos Anexos, ii) La Propuesta de "EL CONTRATISTA" y sus documentos anexos, y iii) la Orden de Compra.

Al respecto, de la revisión de las Bases correspondientes, se advierte que la Ficha Técnica contenida en referido documento, solicita para el Ítem 037 el siguiente producto:

**"ACIDO MICOFENOLICO, 250MG, Tableta (**SINONIMIA: MICOFENOLATO MOFETILO**)"** (énfasis agregado).

Como se puede apreciar, existe correspondencia entre lo establecido en las Bases y lo establecido en el Contrato por las partes respecto al medicamento ÁCIDO MICOFENOLICO, estableciéndose expresamente como sinonimia el MICOFENOLATO MOFETILO.

De este modo, el Tribunal Arbitral tiene certeza que contractualmente, las partes establecieron dentro del objeto del contrato la adquisición por parte la Entidad al Contratista, entre otros, del ÁCIDO MICOFENOLICO, estableciéndose como sinonimia el MICOFENOLATO MOFETILO; es así que, resulta evidente que a fin de cumplir con su obligación contractual, el Contratista pudo haber entregado indistintamente ÁCIDO MICOFENOLICO o MICOFENOLATO MOFETILO a la Entidad, pues para el caso específico las partes consideraron que cualquiera de ellos podría dar por satisfecha la prestación.

En atención a los argumentos señalados por la Entidad respecto al presente Punto Controvertido, el Tribunal Arbitral no niega el contenido y la veracidad de los Informes emitidos por los especialistas que establecieron sustentos de índole técnico que permitirían descartar la sinonimia entre los productos Ácido Micofenólico y Micofelanato de Mofetilo, por lo cual, no sería posible reemplazar el medicamento Micofelanato de Mofetilo por el Ácido Micofenólico.

**Tribunal Arbitral:**  
**Juan Huamán Chávez (Presidente)**  
**Humberto Flores Arévalo (Árbitro)**  
**Randol Campos Flores (Árbitro)**

No obstante, el Tribunal Arbitral no ha encontrado en el expediente arbitral documento alguno que permita determinar que las partes acordaron la modificación de determinado extremo del contrato que modifique el acuerdo primigenio y, por lo tanto, elimine la sinonimia a la que se ha hecho referencia en el presente análisis.

En la misma línea, la Cláusula Vigésima Tercera del Contrato establece que el Contrato, sus Anexos y sus disposiciones no podrán ser modificados o alterados sin el acuerdo previo y escrito de cada una de las partes; por lo que, estas se comprometieron a llevar a cabo cualquier modificación suscribiendo la Adenda que corresponda.

Este Tribunal Arbitral reitera que en el presente arbitraje no ha encontrado ninguna Adenda que permita determinar la modificación de los acuerdos contractuales respecto al referido Ítem 37.

Asimismo, tampoco se advierte, ni en el Contrato ni en los documentos que lo conforman, que las parte hayan acordado que la Entidad pueda elegir a su libre discreción, el producto con el cual dé por cumplido el Ítem 37, ni tampoco se advierte en el expediente arbitral que exista un documento en el que se plasme el acuerdo de las partes para que la Entidad pueda disponer el producto que crea conveniente para el cumplimiento de ese punto de la prestación.

De este modo, si bien una de las partes determinó que existían motivos para descartar la sinonimia entre los productos Ácido Micofenólico y Micofelanato de Mofetilo, esta posición nunca se formalizó, pues no hubo acuerdo entre las partes para su modificación; y, por lo tanto, el acuerdo contractual no cambió; en consecuencia, no resulta oponible a su contraria, pues resulta oportuno precisar que la modificación contractual no se puede realizar de forma unilateral, únicamente por decisión de una de las partes.

Por las consideraciones expuestas, este Tribunal Arbitral declara fundada la Primera Pretensión de la Reconvención, analizada en el cuarto punto controvertido, pues el Objeto del Contrato N° 802-2011/HOSPITAL NACIONAL CAYETANO HEREDIA determinó como ítem 37 el Ácido Micofenólico,

**Tribunal Arbitral:**  
**Juan Huamán Chávez (Presidente)**  
**Humberto Flores Arévalo (Árbitro)**  
**Randol Campos Flores (Árbitro)**

estableciéndose como sinonimia el Micofenolato Mofetilo, pudiendo darse por satisfecha la prestación respecto a este ítem con la venta de cualquiera de los dos productos, en tanto las partes establecieron contractualmente la sinonimia de los mismos, sin establecer tampoco, la facultad de la Entidad para elegir entre los productos mencionados para dar por satisfecho el mencionado Ítem 37.

### **PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO**

*Determinar si corresponde o no dejar sin efecto la Carta Notarial S/N recibida por el Hospital Nacional Cayetano Heredia con fecha 24 de julio del 2014, mediante la cual Medifarma S.A. resuelve el Contrato N° 802-2011/HOSPITAL NACIONAL CAYETANO HEREDIA de fecha 15 de junio del 2011, y solicita el pago de una indemnización por daños y perjuicios ascendente a S/ 600,000.00 (Seiscientos Mil con 00/100 Nuevos Soles).*

### **SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO**

*En caso se declare fundado el Primer Punto Controvertido, determinar si corresponde o no declarar que el Hospital Nacional Cayetano Heredia ha cumplido con sus obligaciones esenciales contenidas en las bases y Contrato N° 802-2011/HOSPITAL NACIONAL CAYETANO HEREDIA.*

### **QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO**

*En caso se declare fundado el Cuarto Punto Controvertido, determinar si corresponde o no declarar que la Carta Notarial de Requerimiento de fecha 17 de julio de 2014 constituye el efecto de la omisión por parte de la Entidad al no requerir mediante Orden de Compra el producto farmacéutico a que se refiere el Cuarto Punto Controvertido.*

### **SEXTO PUNTO CONTROVERTIDO**

*En caso se declare fundado el Cuarto Punto Controvertido, determinar si corresponde o no declarar la existencia de la Carta Notarial de fecha 23 de julio*

**Tribunal Arbitral:**

Juan Huamaní Chávez (Presidente)  
Humberto Flores Arévalo (Árbitro)  
Randol Campos Flores (Árbitro)

**de 2014, que resuelve el Contrato N° 802-2011/HOSPITAL NACIONAL CAYETANO HEREDIA respecto de la totalidad del Ítem 037 Acido Micofenólico.**

**SÉTIMO PUNTO CONTROVERTIDO**

**Determinar si corresponde o no declarar, de conformidad con el artículo 170º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, que la Entidad está obligada a pagar a Medifarma S.A., los daños y perjuicios como efecto jurídico de la resolución del Contrato.**

**OCTAVO PUNTO CONTROVERTIDO**

**En caso se declare fundado el Séptimo Punto Controvertido, determinar si corresponde o no, que la Entidad pague a Medifarma S.A. la suma de S/. 600,000 (Seiscientos Mil Nuevos Soles), por concepto de daños y irrogados como efecto jurídico de la resolución del Contrato N° 802-2011/HOSPITAL NACIONAL CAYETANO HEREDIA.**

**DÉCIMO PUNTO CONTROVERTIDO**

**Determinar si corresponde o no, ordenar a Medifarma S.A. la entrega del producto "Micofenolato Mofétilo", en sustitución del producto "Ácido Micofenólico", conforme a las condiciones establecidas en el Contrato N° 802-2011/HOSPITAL NACIONAL CAYETANO HEREDIA de fecha 15 de junio de 2011 (Ítem 37).**

**Posición de Entidad**

En líneas generales, la Entidad solicita que se deje sin efecto la Carta Notarial s/n recepcionada por el Hospital Nacional Cayetano Heredia con fecha 24 de julio de 2014, mediante la cual Medifarma resuelve el Contrato N° 802-2011/HOSPITAL NACIONAL CAYETANO HEREDIA de fecha 15 de junio de 2011, y que se le reconozca un pago por concepto de indemnización por daños y perjuicios ascendente a S/. 600,000.00 soles; en atención a que considera no haber incurrido en ninguna de sus obligaciones esenciales contempladas en las bases y en el Contrato.

**Tribunal Arbitral:**  
**Juan Huamán Chávez (Presidente)**  
**Humberto Flores Arévalo (Árbitro)**  
**Randol Campos Flores (Árbitro)**

Al respecto, manifiesta que el Contrato obligaba al Contratista a venderle los siguientes medicamentos:

<b>ÍTEM</b>	<b>MEDICAMENTO</b>	<b>CANTIDAD</b>	<b>MONTO TOTAL (s/.)</b>
2	Atropina Sulfato	4,300	881.50
6	Benzoato de Bencilo	25	42.70
21	Fenoximetilpenicilina	2200	1845.80
28	Heparina Sódica	15,600	177,668.40
37	Ácido Micofenolico	60,000	146,160.00
		<b>TOTAL</b>	<b>326,598.40</b>

La Entidad precisa que del seguimiento a la ejecución del Contrato se aprecia que respecto de los ítems 2, 6 y 21, este se ha cumplido en su totalidad, no existiendo en ese extremo monto adeudado a favor del Contratista, por lo tanto no se accredita ningún incumplimiento esencial del Contrato por esa parte.

Ahora bien, respecto al ítem 28, la Entidad manifiesta que adquirió la cantidad de 11,700 unidades del producto Heparina Sódica, pagando por ello la suma de S/. 133,251.30 soles, quedando pendiente que adquiera la cantidad de 3,900 unidades del citado producto.

Al respecto, manifiesta que conforme a lo establecido en la Cláusula Décimo o Segunda del Contrato que establece que la vigencia del contrato será hasta agotar el monto previsto en su Cláusula Quinta, periodo que se contabilizará a partir del día siguiente de la suscripción del contrato hasta la conformidad de la recepción de la última prestación a cargo del Contratista, y que la vigencia del Contrato no deberá exceder de 03 ejercicios presupuestables según lo dispuesto en el artículo 150º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, no existe incumplimiento de obligación esencial del contrato en ese extremo por su parte.

Deja constancia la Entidad, que Medifarma en ningún momento ha cursado comunicación alguna manifestando su disconformidad respecto a los ítems 2, 6, 21 y 28.

**Tribunal Arbitral:**  
**Juan Huamán Chávez (Presidente)**  
**Humberto Flores Arévalo (Árbitro)**  
**Randol Campos Flores (Árbitro)**

Por otra parte, indica el Hospital Nacional Cayetano Heredia que respecto al Ítem 37, el Departamento de Farmacia, mediante Informe Nº 042-2013-DFAR/HNCH de fecha 20 de diciembre de 2013 reiteró el sustento de resolución del Ítem Nº 37 del Contrato por las siguientes conclusiones:

1. Existe amplia literatura científica que sostiene la baja biodisponibilidad del Ácido Micofenólico (AMF) frente al Micofenolato de Mofetilo.
2. El Micofenolato de Mofetilo se administra por vía oral en cápsulas o tabletas, se absorbe rápidamente y en plasma se transforma en metabolito activo AMF (Ácido Micofenolico).
3. El Micofenolato de Mofetilo puede utilizarse también en transplante cardiaco, hepático y en pacientes pediátricos.

Asimismo, señala que el OSCE ha corregido el error en la ficha técnica al considerar sinonimias el Ácido Micofenólico y Micofenolato de Mofetilo. Por lo tanto, la ficha técnica describe solo Micofenolato de Mofetilo.

En atención a lo señalado y la reunión con los representantes de Medifarma el 13 de junio de 2014, se remitió Carta Nº 563-OL-HNCH con fecha 23 de julio de 2014, solicitándose la celebración de un acuerdo formal para resolver el ítem 37 del Contrato.

 Precisa que ante ello, Medifarma no respondió ni contradijo técnicamente lo advertido por parte de la Entidad. Por el contrario, indica que Medifarma mediante carta notarial de fecha 17 de julio de 2014, solicita que en el plazo de 02 días se cumpla con emitir las órdenes de compra a que se contrae la cláusula novena del contrato en cuestión bajo apercibimiento de resolver el contrato de forma total de pleno derecho, y reclama por concepto de daños y perjuicios la suma de S/. 600,000.00 soles.

Continúa la Entidad señalando que a través de carta 23 de julio del 2014, recepcionada por dicha parte el 24 de julio de 2014, Medifarma comunica, en atención al apercibimiento de la carta notarial antes descrita, su voluntad de resolver el contrato y establece los daños y perjuicios en la cantidad de S/. 600,000.00 soles.

Asimismo, indica que mediante carta notarial de fecha 4 de agosto de 2014, recepcionada el 6 de agosto de 2014, Medifarma precisa la resolución del Contrato,

**Tribunal Arbitral:**  
**Juan Huamaní Chávez (Presidente)**  
**Humberto Flores Arévalo (Árbitro)**  
**Randol Campos Flores (Árbitro)**

respecto del ítem "Ácido Micofenólico 250 mg", y que en ese sentido, dentro del plazo de 5 días cumpla con cancelarle la suma establecida por daños y perjuicios ocasionados.

Señala además que, en base a los argumentos antes expuestos, no efectuó programación de adquisición alguna del ítem 37 referido al producto Ácido Micofenólico 250 mg. Tanto más si, en etapa de ejecución el Contratista nunca contradijo los sustentos técnicos por los cuales conoció de la imposibilidad de la Entidad para solicitar la programación del citado producto y por ende, emitir las órdenes de compra respectivas. Por lo tanto, señala que no advierte perjuicio alguno en contra del Contratista.

Manifiesta que de los cinco ítems acordados en el Contrato, los ítems 2, 6, 21 y 28, fueron ejecutados conforme a lo establecido y, no habiendo cuestionamiento alguno de parte del Contratista, indica que ha quedado probado que no incumplió injustificadamente sus obligaciones esenciales.

Por lo tanto, indica la Entidad, el Contratista solo tenía la opción de plantear una posible resolución parcial del Contrato, respecto del ítem 37, el cual señala tampoco incumplió de manera injustificada.

Asimismo, indica el Hospital Nacional Cayetano Heredia que debe tenerse en cuenta el planteamiento de la resolución del contrato, en la cual no se advierte congruencia alguna, pues según sus cartas notariales puestas en conocimiento con fecha 18 y 24 de julio del 2014, esta expone la resolución total del Contrato, mientras que en su carta notarial puesta en conocimiento con fecha 6 de agosto del 2014, expone que la resolución de dicho contrato está regida al ítem "Ácido Micofenolico 250 mg.", es decir respecto al ítem 37.

Señala que, dichas incongruencias afirman la total conformidad del Contratista con el cumplimiento de obligaciones esenciales respecto de los ítems 2, 6, 21 y 28, por lo que mal puede solicitarse la resolución total del Contrato. Por otro lado, también indica que la mencionada incongruencia reafirma la falta de coherencia para demostrar que la Entidad incumplió injustificadamente las obligaciones esenciales referidas al ítem 37.

**Tribunal Arbitral:**  
**Juan Huamán Chávez (Presidente)**  
**Humberto Flores Arévalo (Árbitro)**  
**Randol Campos Flores (Árbitro)**

En esa línea, la Entidad precisa que es incongruente la pretensión indemnizatoria, puesto que en la carta notarial N° 0726-2013-AVI-MIF de fecha 12 de diciembre de 2013, se indicaba que la Entidad debía cumplir con la contraprestación ascendente al monto de S/. 146,160.00 soles (Ítem 37), bajo apercibimiento de resolver el Contrato, y solicitar una indemnización de S/. 280,000.00 soles; mientras que, según sus cartas notariales notificadas a la Entidad con fechas 24 de julio y 6 de agosto del 2014, el Contratista solicita una indemnización por S/. 6000,000.00 soles.

La Demandante señala que, Medifarma solicita indemnización por concepto de daño emergente en la suma de S/. 400,000.00 soles, en atención a la perdida de la cantidad de productos farmacéuticos cuyo costo según las bases y el Contrato ascienden a la suma de S/. 146,160.00 nuevos soles al 2011, monto que se ha incrementado por el costo elevado del principio activo en el mercado internacional.

Asimismo, indica dicha parte que, Medifarma también solicita como lucro cesante la suma de S/. 200,00.00 soles, lo cual implica en la doctrina económica el costo por el tiempo que se ha dejado de manejar la utilidad y reinvertirla. Por lo tanto, dicha el monto total de la indemnización asciende a S/. 600,000.00 soles.

En cuanto a los medios probatorios aportados, La Entidad manifiesta que Medifarma pretende acreditar el supuesto perjuicio que reclama con los documentos denominados "Orden de Compra – Importación" (2010/0012, 2011/0052 y 2410), sin embargo, dicha parte advierte que las ordenes de compras mencionadas están referidas a Licitaciones con Essalud años 2011 y 2012. En atención a ello, manifiesta el Hospital que dichos documentos no guardan relación o vínculo alguno con el Contrato materia del presente arbitraje, pues este ha sido celebrado con el Ministerio de Salud.

Al respecto, señala que no tiene la obligación de indemnizar a Medifarma al no haber demostrado que se le haya ocasionado perjuicio alguno, toda vez que según manifiesta la Entidad esta ha actuado conforme a las bases, el Contrato y a la Ley.

Por lo manifestado, el Hospital Nacional Cayetano Heredia solicita que se deje sin efecto la carta notarial notificada el 24 de julio de 2014, mediante la cual, planteada la resolución contractual efectuada por Medifarma, y como consecuencia de ello, solicita

**Tribunal Arbitral:**  
**Juan Huamán Chávez (Presidente)**  
**Humberto Flores Arévalo (Árbitro)**  
**Randol Campos Flores (Árbitro)**

que el Tribunal declare que la Entidad ha cumplido con sus obligaciones esenciales contempladas en las bases y en el Contrato de fecha 15 de junio de 2011.

### **Posición de Contratista**

El Contratista manifiesta que el pedido de revocatoria de su carta de resolución, no adolece de ningún defecto de la forma esencial ni defectos sustanciales, toda vez que con sujeción a la Ley y el Reglamento de Contrataciones del Estado, resuelve el contrato en mención, haciendo efectivo el apercibimiento derivado de la Carta Notarial N° 967-14.

En cuanto a la denominación del producto, señala el Contratista que las bases administrativas establecieron que el producto objeto del proceso de selección es el ácido micofenólico 250 mg. Tableta (sinonimia: micofenolato Mofetilo) es decir, expresamente, considera que ambas denominaciones farmacéuticas semánticamente tienen relación de identidad.

Manifiesta que, se puede argüir que la Ficha Técnica Final ya no uso las dos denominaciones; pero ello se contraviene señalando, que el Contrato continuo usando la sinonimia, por cuanto ello corresponde a una verdad técnica incontrastable.

En consecuencia, Médifarma señala que respecto del ácido micofenólico como del micofenolato mofetilo se puede afirmarse el siguiente efecto terapéutico: "es una sustancia inmunosupresora antibiótica derivada del *penicillium stoloniferum*, y especies relacionadas. Bloquea la síntesis de novo de los nucleótidos de purina mediante la inhibición de la enzima monofosfato deshidrogenasa. El ácido Micofenólico es importante debido a sus efectos selectivos sobre el sistema inmune. Previene la proliferación de células T, linfocitos y la formación de anticuerpos por las células B. Puede también inhibir el reclutamiento de leucocitos a los sitios de inflamación".

### **Posición del Tribunal Arbitral**

Antes de iniciar el análisis, debe precisarse que este Colegiado considera realizar un análisis en conjunto de los puntos controvertidos primero, quinto, sexto, séptimo, octavo y décimo, en atención a que de la lectura de las posiciones de las partes y de los medios probatorios ofrecidos por éstas, se advierte que dichos puntos controvertidos guardan

**Tribunal Arbitral:**  
**Juan Huamán Chávez (Presidente)**  
**Humberto Flores Arévalo (Árbitro)**  
**Randol Campos Flores (Árbitro)**

relación entre sí, por lo tanto, con el análisis que se desarrollará a continuación se podrá dar respuesta a cada punto.

Ahora bien, para dar respuesta a los puntos controvertidos antes señalados, se deberá analizar lo siguiente:

- (i) *Determinar la eficacia de la resolución del Contrato N° 802-2011/HOSPITAL NACIONAL CAYETANO HEREDIA de fecha 15 de junio del 2011.*
- (ii) *Determinar si en atención a la Resolución del Contrato corresponde reconocer a alguna de las partes indemnización por daños y perjuicios.*

En atención a ello corresponde ahora iniciar el análisis del punto (i).

***Eficacia de la resolución del Contrato N° 802-2011/HOSPITAL NACIONAL CAYETANO HEREDIA de fecha 15 de junio del 2011***

Se advierte de las pretensiones de la Entidad, que ésta solicita que se deje sin efecto la carta notarial de fecha 24 de julio de 2014 mediante la cual Medifarma resuelve el Contrato, en atención a que el Hospital Nacional Cayetano Heredia considera que no incumplió sus obligaciones esenciales. De la interpretación de dicha pretensión, se puede inferir que lo que pretende la Entidad es que se declare la ineficacia de la Resolución de Contrato.

Para dicho fin, debe tener en cuenta que la Ley de Contrataciones del Estado establece en su artículo 168º, cuales son las causales por la que se puede resolver un contrato celebrado en el marco de dicha norma:

***Artículo 168.- Causales de resolución por incumplimiento***

*La Entidad podrá resolver el contrato, de conformidad con el inciso c) del artículo 40 de la Ley, en los casos en que el Contratista:*

- 1. Incumpla injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese a haber sido requerido para ello.***
- 2. 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***

**Tribunal Arbitral:**

Juan Huamán Chávez (Presidente)  
Humberto Flores Arévalo (Árbitro)  
Randol Campos Flores (Árbitro)

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

**El contratista podrá solicitar la resolución del contrato, de conformidad con el inciso c) del artículo 40 de la Ley, en los casos en que la Entidad incumpla injustificadamente sus obligaciones esenciales, las mismas que se contemplan en las Bases o en el contrato, pese a haber sido requerido conforme al procedimiento establecido en el artículo 169.**

**(El resaltado y el subrayado es nuestro).**

Siguiendo lo establecido en la normativa, bajo esas causales cualquiera de las partes podría resolver el contrato. Para dicho fin en el mencionado Reglamento se estableció la formalidad que deberá seguirse para hacer efectiva la resolución. Ello se encuentra estipulado en el 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 resolverá el contrato en forma total o parcial, comunicando mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato".**

**(El resaltado y el subrayado es nuestro).**

Tal como podemos advertir de la norma indicada en el párrafo precedente, la formalidad determinada para la Resolución de Contrato será conforme a lo siguiente:

- Alguna de las partes requerirá a la contraria el cumplimiento de la obligación que se considera no ha sido ejecutada.
- El requerimiento para el cumplimiento de obligaciones deberá efectuarse mediante Carta Notarial, en la cual deberá indicarse expresamente "**bajo apercibimiento de resolución de contrato".**

**Tribunal Arbitral:**

**Juan Huamán Chávez (Presidente)**  
**Humberto Flores Arévalo (Árbitro)**  
**Randol Campos Flores (Árbitro)**

- En el caso de contratos de Bienes y Servicios, el plazo para el cumplimiento de lo requerido en la Carta Notarial será hasta por un plazo no mayor de cinco (5) días; dicho plazo podrá ser mayor en caso la Entidad así lo considere conveniente, debido a temas de complejidad o envergadura.
- Vencido el plazo otorgado, sin que se haya cumplido con lo requerido, la parte requirente podrá resolver el contrato.

Se aprecia que el cuestionamiento principal en relación a lo advertido en el párrafo precedente es el siguiente: ¿Cuál es la consecuencia si la parte requirente no cumple con alguno de los requisitos de requerimiento previo en el procedimiento de la resolución de contrato?

Sobre el cuestionamiento planteado, debemos tener presente que al encontrarnos ante mandatos expresos, esto es, de obligatorio cumplimiento para las partes, estas deberán cumplir con las formalidades ahí prescritas, siendo que en caso de incumplimiento, el requerimiento no podrá ser considerado válido, y consecuentemente, la resolución que derive de ella, no surtirá efectos entre las partes.

En el presente Contrato, se advierte que Medifarma mediante carta notarial de fecha 17 de julio de 2014, notificada a la Entidad con fecha 19 de julio del mismo año -según cargo de notificación, el cual forma parte del expediente arbitral- solicita al Hospital Nacional Cayetano Heredia la emisión de las Órdenes de Compra respecto del producto ACIDO MICOFENOLICO 250 MG TAB (SINONIMIA: MICOFENOLATO MOFETILO), de conformidad con lo establecido en la Cláusula Novena del Contrato.

Dicho requerimiento fue efectuado otorgándole un plazo de dos (2) días a la Entidad bajo apercibimiento de resolver el Contrato en caso de incumplimiento.

En atención a ello, se aprecia que, con carta notarial de fecha 23 de julio de 2014, notificada a la Entidad con fecha 24 de julio del mismo año, Medifarma hizo efectivo el apercibimiento señalado en la carta notarial de requerimiento, resolviendo el Contrato materia del presente arbitraje.

**Tribunal Arbitral:**  
**Juan Huamán Chávez (Presidente)**  
**Humberto Flores Arévalo (Árbitro)**  
**Randol Campos Flores (Árbitro)**

Asimismo, mediante carta notarial de fecha 04 de agosto de 2014, notificada a la Entidad con fecha 6 de agosto de 2014, Medifarma comunica a la Entidad que la resolución del Contrato era respecto del Ítem 37: ACIDO MICOFENOLICO 250 mg; y que en atención a ello, le requiere que en un plazo no mayor de cinco (5) días hábiles la Entidad le cancele la suma de S/. 600,000.00 soles por daños y perjuicios ocasionados.

Como se puede observar, una de las partes (Medifarma) requirió el cumplimiento de una obligación a la otra parte, dicho requerimiento fue notarial, bajo apercibimiento de resolver el contrato, otorgando un plazo no mayor de cinco (5) días (conforme lo estipulado para los contratos de bienes) y vencido el plazo se hizo efectivo el apercibimiento mediante carta notarial.

Conforme a ello, este Colegiado considera que en el presente caso se ha cumplido con la formalidad establecida en el artículo 169º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Ahora bien, dado que la Resolución de Contrato practicada por el Contratista cumplió con la formalidad establecida en la norma, corresponde a continuación analizar si el fundamento utilizado para dicha consecuencia (la resolución de contrato) es correcto.

Al respecto, el literal c) del artículo 40º de la Ley de Contrataciones del Estado establece lo siguiente:

*"Resolución de contrato por incumplimiento: En caso de incumplimiento por parte del contratista de alguna de sus obligaciones, que haya sido previamente observada por la Entidad, y no haya sido materia de subsanación, esta última podrá resolver el contrato en forma total o parcial, mediante la remisión por vía notarial del documento en el que se manifieste esta decisión y el motivo que la justifica. Dicho documento será aprobado por autoridad del mismo o superior nivel jerárquico de aquella que haya suscrito el contrato. El contrato queda resuelto de pleno derecho a partir de la recepción de dicha comunicación por el contratista. El requerimiento previo por parte de la Entidad podrá omitirse en los casos que señale el Reglamento. **Igual derecho asiste al contratista ante el incumplimiento por la Entidad en sus obligaciones esenciales, siempre***

**Tribunal Arbitral:**  
Juan Huamán Chávez (Presidente)  
Humberto Flores Arévalo (Árbitro)  
Randol Campos Flores (Árbitro)

**que el contratista la haya emplazado mediante carta notarial y esta no haya subsanado su incumplimiento.”**  
**(El resaltado y el subrayado es nuestro).**

En atención a lo señalado en el literal c) del artículo 40º de la Ley de Contrataciones del Estado y 168.1 del Reglamento, el Contratista podrá solicitar la resolución del Contrato, en los casos en que la Entidad incumpla injustificadamente sus obligaciones esenciales, las mismas que se contemplan en las bases o el Contrato, pese a haber sido requerido conforme al procedimiento establecido en la normativa de contrataciones.

Teniendo en cuenta que se ha demostrado que Medifarma cumplió con la formalidad establecida corresponde analizar si lo requerido corresponde a obligaciones esenciales; en ese sentido, cabe la pregunta ¿Qué es una obligación esencial?; para dar respuesta a ello, nos remitimos a la Opinión Nº 027-2014/DTN de la Dirección Técnico Normativa del OSCE, la cual señala lo siguiente:

*"Una obligación esencial es aquella cuyo cumplimiento resulta indispensable para alcanzar la finalidad del contrato y, en esa medida, satisfacer el interés de la contraparte; estableciéndose como condición adicional para tal calificación que se haya contemplado en las Bases o en el contrato.*

*(...)*

*Una obligación para ser considerada esencial no requiere estar denominada como tal en las Bases o el contrato, pues su calificación no depende de su denominación, sino del hecho de ser indispensable para alcanzar la finalidad del contrato."*

**(El resaltado y el subrayado es nuestro).**

En el presente caso, la finalidad del contrato es la adquisición de medicamentos para la Entidad los cuales serían proporcionados por el Contratista conforme a lo establecido en los documentos que conforman el Contrato, sobre el particular debe tener en cuenta lo siguiente:

**CLAUSULA SEGUNDA DEL CONTRATO**  
**SEGUNDA: DOCUMENTOS DEL CONTRATO**

**Tribunal Arbitral:**  
**Juan Huamaní Chávez (Presidente)**  
**Humberto Flores Arévalo (Árbitro)**  
**Randol Campos Flores (Árbitro)**

Son parte integrante de este Contrato, los siguientes documentos:

- 2.1. Las Bases y sus respectivos Anexos.
- 2.2. La Propuesta de "EL CONTRATISTA" y sus documentos Anexos.
- 2.3. La Orden de Compra.**

Asimismo, cabe tener presente lo estipulado en la Cláusula Novena del Contrato:

**NOVENA.- PLAZO, LUGAR Y CONDICIONES DE ENTREGA**

(...)

**PRIMERA ENTREGA.**

9.3.1. (...)

Para la realización de la primera entrega, es necesario que la Unidad Ejecutora envíe a EL CONTRATISTA la orden de compra correspondiente, la misma que podrá ser entregada hasta 10 días antes del cumplimiento del plazo de 60 días, sin que se altere el plazo de entrega.

(...)

**ENTREGAS SUCESIVAS:**

Para las siguientes entregas las órdenes de compra deberán ser emitidas y enviadas a EL CONTRATISTA dentro del mes de entrega programado, siendo el plazo máximo el último día del mes correspondiente.

(...)

Como podemos observar, para el cumplimiento de la finalidad de este Contrato, que era proveer de medicamentos a la Entidad, ésta debía emitir las órdenes de compra correspondientes, constituyendo dicha emisión una obligación esencial para el logro de la finalidad contractual.

En atención a ello, dado que la controversia analizada en el presente punto versa sobre el Ítem 37 del Contrato, debe analizarse si respecto a este ítem se cumplió con emitir las respectivas Órdenes de Compra.

Sobre el particular, debe tenerse en cuenta que el Contrato establecía lo siguiente:

**"TERCERA.- OBJETO DEL CONTRATO**

**Tribunal Arbitral:**  
**Juan Huamán Chávez (Presidente)**  
**Humberto Flores Arévalo (Árbitro)**  
**Randol Campos Flores (Árbitro)**

*Por el presente Contrato EL CONTRATISTA se obliga, sin estar subordinado a LA ENTIDAD, a venderle los medicamentos que le fueron adjudicados de conformidad con los Requerimiento Técnicos contenidos en el presente documento y anexos, lo estipulado en las Bases y lo ofertado en la propuesta técnica y económica de EL CONTRATISTA, los mismos que forman parte integrante del presente contrato.*

(...)

**Ítem N°** : **37**

**PRINCIPIO ACTIVO** : **ÁCIDO MICOFENOLICO**

**Concentración** : **250 mg.**

**Forma farmacéutica** : **Cápsulas**

**Nombre de la marca** : **--**

(...)”

Hasta aquí, este Colegiado considera necesario traer a consideración el análisis y la conclusión arribada en el cuarto punto controvertido, en el cual se estableció que el Objeto del Contrato N° 802-2011/HOSPITAL NACIONAL CAYETANO HEREDIA determinó como Ítem 37 el Ácido Micofenólico, estableciéndose como sinonimia el Micofenolato Mofetilo, pudiendo darse por satisfecha la prestación respecto a este Ítem con la venta de cualquiera de los dos productos, en tanto las partes establecieron contractualmente la sinonimia de los mismos, sin establecer tampoco, la facultad de la Entidad para elegir entre los productos mencionados para dar por satisfecho el mencionado Ítem 37.

Ello además, teniendo en cuenta que si bien una de las partes determinó que existían motivos para descartar la sinonimia entre los productos Ácido Micofenólico y Micofelanato de Mofetilo, esta posición nunca se formalizó, pues no hubo acuerdo entre las partes para su modificación; y, por lo tanto, no se modificó el acuerdo contractual; en consecuencia, no resulta oponible a su contraria, pues resulta oportuno precisar que la modificación contractual no se puede realizar de forma unilateral, únicamente por decisión por una de las partes.

Con dicha precisión, debemos afirmar que la Entidad tenía la obligación de emitir las órdenes de compra correspondientes al ítem 37: ÁCIDO MICOFENOLICO (sinonimia: Micofenolato Mofetilo).

**Tribunal Arbitral:**  
**Juan Huamán Chávez (Presidente)**  
**Humberto Flores Arévalo (Árbitro)**  
**Randol Campos Flores (Árbitro)**

Es así que, de la revisión de los medios probatorios que obran en el expediente y de lo señalado por las partes, no se ha acreditado que el Hospital Nacional Cayetano Heredia haya emitido las órdenes de compra correspondientes, por el contrario, de lo manifestado por la propia Entidad, ésta ha reconocido la no realización de dicha obligación, con la cual el Contratista podría haber cumplido con proveer el medicamento establecido en la Cláusula Tercera del Contrato (el objeto del Contrato), más aún si ante el requerimiento realizado mediante carta notarial de fecha 17 de julio de 2014, la Entidad no haya cumplido con emitir la órdenes correspondientes.

Del análisis realizado, se advierte que existe un incumplimiento por parte del Hospital Nacional Cayetano Heredia respecto a su obligación esencial de emitir las órdenes de compra correspondientes al ítem 37, por lo tanto, la causal por la cual Medifarma ha resuelto el contrato se enmarca en lo establecido en el artículo 168.1 del Reglamento.

Habiéndose determinado que la resolución del contrato se ajusta a lo establecido en la normativa en contrataciones de Estado, debe precisarse que en el presente caso nos encontramos ante una resolución total del contrato, derivada del incumplimiento de la emisión de las órdenes de compra correspondiente al ítem 37; resolución efectuada a través de la carta notarial de fecha 23 de julio de 2014, no advirtiéndose del contenido de la mencionada carta que Medifarma haya especificado que se trataría de una resolución parcial respecto del ítem 37.

En atención a ello, corresponde ahora continuar con el análisis del punto (ii).

***Indemnización por daños y perjuicios derivada de la resolución del Contrato, ascendente a la suma a S/ 600,000.00 (Seiscientos Mil con 00/100 Nuevos Soles)***

Para resolver el presente punto, es pertinente hacer un recuento de lo establecido hasta este momento; es así que, del análisis realizado se advierte que existió un incumplimiento de una obligación esencial por parte de la Entidad, lo cual facultó a Medifarma a resolver el presente Contrato.

En ese contexto, es conveniente traer a referencia lo estipulado en el artículo 13º de la Ley de Contrataciones del Estado:

**Tribunal Arbitral:**  
**Juan Huamaní Chávez (Presidente)**  
**Humberto Flores Arévalo (Árbitro)**  
**Randol Campos Flores (Árbitro)**

**"Artículo 13.- Características técnicas de los bienes, servicios y obras a contratar**

*Sobre la base del Plan Anual de Contrataciones, el área usuaria deberá requerir la contratación de los bienes, servicios u obras, teniendo en cuenta los plazos de duración establecidos para cada proceso de selección, con el fin de asegurar la oportuna satisfacción de sus necesidades.*

*Al plantear su requerimiento, el área usuaria deberá describir el bien, servicio u obra a contratar, definiendo con precisión su cantidad y calidad, indicando la finalidad pública para la que debe ser contratado.*

*La formulación de las especificaciones técnicas deberá ser realizada por el área usuaria en coordinación con el órgano encargado de las contrataciones de la Entidad, evaluando en cada caso las alternativas técnicas y las posibilidades que ofrece el mercado para la satisfacción del requerimiento. Esta evaluación deberá permitir la concurrencia de la pluralidad de proveedores en el mercado para la convocatoria del respectivo proceso de selección, evitando incluir requisitos innecesarios cuyo cumplimiento sólo favorezca a determinados postores.*

*(...)"*

Que del artículo citado, podemos advertir que las Entidades contratantes tienen la responsabilidad de definir con precisión la cantidad y calidad del bien, servicio u obra a contratar con la finalidad de asegurar la oportuna satisfacción de sus necesidades.

En ese contexto, si una Entidad no cumple con dicha función primordial, es responsable por las consecuencias que se deriven de una inexacta contratación. Es así que, en el presente caso al advertirse una inadecuada definición respecto del bien requerido en el Ítem 37 del Contrato, se generó la presente controversia, la cual fue analizada y resuelta en el cuarto punto controvertido del presente arbitraje, concluyéndose que el objeto del Contrato N° 802-2011/HOSPITAL NACIONAL CAYETANO HEREDIA estableció como ítem 37 el Ácido Micofenólico, determinándose como sinonimia el Micofenolato Mofetilo.

Como puede advertirse, la controversia generada se deriva de una inexacta determinación del ítem 37 del presente contrato, y por lo tanto, la consecuencia de ello, es responsabilidad de la Entidad.

**Tribunal Arbitral:**

Juan Huamán Chávez (Presidente)  
Humberto Flores Arévalo (Árbitro)  
Randol Campos Flores (Árbitro)

Ahora bien, con la finalidad de decretar si corresponde o no el otorgamiento de una indemnización a favor del Contratista, este Tribunal deberá determinar si se han configurado todos los elementos de la responsabilidad civil, y además, determinar si los daños patrimoniales invocados están debidamente acreditados.

Para ello, resulta esencial tener a la vista lo dispuesto por el artículo 170º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, cuyo texto señala:

**"Artículo 170.- Efectos de la resolución**

*Si la parte perjudicada es la Entidad, ésta ejecutará las garantías que el contratista hubiera otorgado, sin perjuicio de la indemnización por los mayores daños y perjuicios irrogados.*

**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.**

*Cualquier controversia relacionada con la resolución del 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 este plazo sin que se haya iniciado ninguno de estos procedimientos, se entenderá que la resolución del contrato ha quedado consentida." (Énfasis agregado)*

Del artículo citado, este Tribunal Arbitral infiere que los daños y perjuicios acarreados al Contratista generados por la resolución del Contrato a causa de la Entidad, deberán ser reconocidos e indemnizados bajo responsabilidad del Titular de la Entidad.

Al respecto, la responsabilidad civil connota el acontecimiento de daños jurídicamente relevantes y la obligación de resarcirlos.

Es así que JANSEN analizando la historia y la dogmática del tratamiento del derecho de daños en Europa señala que el derecho de daños tiene como presupuesto la existencia de una conducta contraria a un deber jurídico: *el causante de un daño sólo es*

**Tribunal Arbitral:**  
**Juan Huamán Chávez (Presidente)**  
**Humberto Flores Arévalo (Árbitro)**  
**Randol Campos Flores (Árbitro)**

*responsable del mismo si ha realizado un acto ilícito, esto es, si ha realizado un acto no permitido por el derecho.* De ahí que la cuestión dogmática se centre en el concepto de antijuricidad y de culpa (...)<sup>12</sup>.

Ya al interior del derecho civil, la responsabilidad se puede clasificar en: extracontractual y contractual.

Al respecto, la responsabilidad extracontractual se produce sin que previamente medie obligación ni relación entre agente del daño y víctima, o mejor dicho, con independencia de la existencia o no de dicha relación;<sup>13</sup> mientras que la responsabilidad contractual se puede definir como aquella que se deriva del incumplimiento por parte del deudor de una obligación preexistente.<sup>14</sup>

La responsabilidad civil contractual en términos doctrinarios se produce cuando el daño es consecuencia del incumplimiento de una obligación voluntaria, en este sentido la responsabilidad civil obligacional o contractual es producto del incumplimiento de un deber jurídico específico denominado relación jurídica obligatoria.<sup>15</sup>

Entonces, una vez determinado el tipo de responsabilidad, el afectado podrá solicitar una indemnización como medida frente al hecho o acto lesivo. La obligación de reparar no es la materia del contrato, ya que esa es únicamente la prestación pactada. Es solo cuando fracasa la convención, o cuando el pacto no se cumple o se cumple insuficientemente y cuando tal incumplimiento provoca daños, que la ley genera la obligación del causante de los daños de pagar una indemnización (no pactada) a la parte damnificada.<sup>16</sup> Por otro lado, es importante indicar que la indemnización, de acuerdo al Código Civil, es una pretensión de carácter personal, es decir, quien demanda el pago de ésta, es quien se considera víctima o afectado por un comportamiento dañoso atribuido al responsable.

<sup>12</sup> Nils Jansen. Estructura de un derecho europeo de daños. EN: INDRET, Revista Electrónica del Departamento de Derecho Civil de la Universidad Pompeu Fabra. <http://www.indret.com/>

<sup>13</sup> Santiago Cavanillas Múgica e Isabel Tapia Fernández, *La concurrencia de la responsabilidad contractual y extracontractual*, Cetra de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid 1992, página 3.

<sup>14</sup> Santiago Cavanillas Múgica e Isabel Tapia Fernández, *La concurrencia de la responsabilidad contractual y extracontractual*, Cetra de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid 1992, página 3.

<sup>15</sup> Taboada Córdoba, Lizardo; Elementos de la Responsabilidad Civil. Editora jurídica Grijley EIRL, 2<sup>a</sup> edición, 2003, pág. 30. En ese mismo sentido, Guido Alpa entiende como responsabilidad aquello que será consecuencia del incumplimiento de las obligaciones y la responsabilidad derivada de la comisión de un hecho ilícito. La responsabilidad civil connota el acontecimiento de daños jurídicamente relevantes, la realización de actos que ocasionen dichos daños y la obligación de un sujeto de resarcir los daños. (ver Guido Alpa. La responsabilidad civil y daño. Lineamientos y cuestiones. Lima, Gaceta Jurídica, 2001, página 25)

<sup>16</sup> De Trazegnies, Fernando, *La Responsabilidad extracontractual*, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. Tomo II, 1988, pág.445.

**Tribunal Arbitral:**  
**Juan Huamán Chávez (Presidente)**  
**Humberto Flores Arévalo (Árbitro)**  
**Randol Campos Flores (Árbitro)**

Así, los elementos que configuran tanto la responsabilidad extracontractual como la responsabilidad contractual, tienen rasgos similares, tomando en cuenta que ambas figuras de responsabilidad civil suponen la búsqueda de la reparación de los daños irrogados en razón de una conducta inadecuada o ilícita que produce este efecto dañoso. Por lo tanto, los elementos que configuran la responsabilidad son: (i) la imputabilidad; (ii) la ilicitud o antijuricidad; (iii) el factor de atribución; (iv) el nexo causal; y (v) el daño.

En relación al elemento (i), esto es "la imputabilidad", el mismo está referido a la capacidad de un determinado sujeto, persona natural o jurídica, de poder ser responsable o imputable del daño que ocasione; es decir, en este elemento se toma en cuenta la capacidad de la persona (jurídica en este caso) de poder responder ante el daño que se le imputa y por el que se pretende que responda, puesto que, independientemente de que causare o no un daño, si es que dicha persona por su capacidad no le es atribuible el resarcimiento, entonces no merece que se prosiga con el análisis de los demás elementos antes indicados.

Entonces cabe preguntarnos, en este caso ¿el Hospital Nacional Cayetano Heredia – Ministerio de Salud es una persona jurídica cuya condición, según lo establecido en el Código Civil, sea el de una persona jurídica incapaz?; la respuesta es no, es decir, no hay ninguna causal por la que, en el supuesto de haberse configurado un daño, el mismo no pueda imputársele a la Entidad, por lo que el primer elemento configurativo de la responsabilidad civil se cumple.

En relación al elemento signado con el punto (ii), esto es la lictitud o antijuricidad, LIZARDO TABOADA<sup>17</sup> señala lo siguiente:

*"Modernamente existe acuerdo en que la antijuricidad, o mejor dicho, qué una conducta es antijurídica no sólo cuando contraviene un norma prohibitiva, sino también cuando la conducta viola el sistema jurídico en su totalidad, en el sentido de afectar los valores o principios sobre los cuales ha sido construido el sistema jurídico (...)"*

<sup>17</sup> TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. *Elementos de la Responsabilidad Civil*. Editora Jurídica Grijley. 2<sup>a</sup> Ed., p32.

**Tribunal Arbitral:**  
**Juan Huamaní Chávez (Presidente)**  
**Humberto Flores Arévalo (Árbitro)**  
**Randol Campos Flores (Árbitro)**

Entonces, el comportamiento dañoso generador de responsabilidad civil constituye un hecho antijurídico, entendiendo este último concepto como la contravención del ordenamiento jurídico que lesiona sin causa justificada la esfera jurídica ajena (o también denominado antijuricidad).

Al respecto, debe tenerse en cuenta que existen causales de exoneración de responsabilidad ante la realización de un hecho antijurídico, tal como se aprecia de la lectura del artículo 1971º del Código Civil:

*"Artículo 1971.- Inexistencia de Responsabilidad:*

*No hay responsabilidad en los siguientes casos:*

1. *En el ejercicio regular de un derecho.*
2. *En legítima defensa de la propia persona o de otra en salvaguarda de un bien propio o ajeno.*
3. *En la pérdida, destrucción o deterioro de un bien por causa de la remoción de un peligro inminente, producidos en estado de necesidad, que no exceda lo indispensable para conjurar el peligro y siempre que haya notoria diferencia entre el bien sacrificado y el bien salvado. La prueba de pérdida, destrucción o deterioro del bien es de cargo del liberado del peligro."*

Teniendo en cuenta lo antes citado, este Colegiado considera que, en el presente caso el daño alegado por el Contratista (el cual analizaremos a cabalidad más adelante) deviene de una conducta antijurídica o acto dañoso, esto es, el incumplimiento por parte de la Entidad al no haber emitido las órdenes de compra respecto del producto señalado en el Ítem 37 del Contrato, cuyo hecho antijurídico no se circumscribe dentro de los supuestos de exoneración de responsabilidad señalados en el artículo 1971º del Código Civil.

En esa línea, habiendo ya analizado el cumplimiento del elemento denominado "antijuricidad", producido por el Ministerio de Salud, persona jurídica con capacidad plena para atribuirle la consecuencia derivada de su hecho dañoso, sería posible que dicha parte se eximiese de responsabilidad si es que su actuar se encontrara en uno de los tres (3) casos señalados por el citado artículo 1971º; sin embargo, como se puede

**Tribunal Arbitral:**  
**Juan Huamán Chávez (Presidente)**  
**Humberto Flores Arévalo (Árbitro)**  
**Randol Campos Flores (Árbitro)**

ver de la revisión de los antecedentes del presente proceso, el acto realizado por la Entidad no estuvo inmerso en ninguna de las tres (3) causales descritas, por lo que no es posible, hasta ahora, eximirlo de un posible daño causado.

En relación al elemento (iii), el factor de atribución, es el elemento que nos va a indicar en función a qué es responsable, el Hospital Nacional Cayetano Heredia, y sobre el particular debemos analizar si nos encontramos ante una factor de atribución objetivo o subjetivo.

Al respecto, atendiendo a lo que la doctrina señala en base a cada uno de los elementos precitados, es claro que no nos encontramos frente a un supuesto de responsabilidad objetiva, por lo que el mencionado factor de atribución debe estar provisto de atributos subjetivos o intencionales, tales como el dolo o la culpa.

En este caso en concreto, la Entidad incumplió su obligación de emitir la Orden de Compra del producto establecido en el Ítem 37 del Contrato, dentro del plazo concedido conforme a la normativa aplicable, lo que ocasionó finalmente la frustración de la ejecución contractual.

Atendiendo a lo antes indicado, el Colegiado considera que el actuar de la Entidad, tal cual se ha indicado, configura un actuar culposo de dicha parte, pues teniendo conocimiento de que lo pactado por las partes debía cumplirse, desconoció lo establecido y lo requerido hasta la frustración de la ejecución contractual, lo que habría causado daños al Contratista; en tal sentido, este elemento configurativo de la Responsabilidad Civil también se encuentra acreditado.

En relación al punto (iv), o nexo causal, Lizardo Taboada<sup>18</sup> Córdova señala lo siguiente:

*"En lo relativo a la relación de causalidad, la misma es un requisito de toda responsabilidad civil, pues si no existe una relación jurídica de causa efecto entre la conducta típica o atípica y el daño producido a la víctima, no habrá responsabilidad de ninguna clase"*

<sup>18</sup> TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. *Elementos de la Responsabilidad Civil*. Editora Jurídica Grijley. 2<sup>a</sup> Ed., p35.

**Tribunal Arbitral:**  
**Juan Huamán Chávez (Presidente)**  
**Humberto Flores Arévalo (Árbitro)**  
**Randol Campos Flores (Árbitro)**

Asimismo, el artículo 1321º del Código Civil señala:

*"Artículo 1321º.- Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve.*  
*(...)."*

En otros términos, para que la responsabilidad civil proceda, deberá existir un nexo causal entre el hecho del incumplimiento y el daño producido; es decir, y a diferencia de lo establecido en el artículo 1985º del Código Civil (que regula la causa adecuada), para cuestiones de inejecución de obligaciones el precitado artículo 1321º regula la denominada causa próxima.

Al respecto, BUSTAMANTE ALSINA<sup>19</sup> en relación a la causa próxima señala que es "aquella de las diversas condiciones necesarias de un resultado que se halla temporalmente más próxima a este (...)".

Asimismo, el artículo 1326º del Código Civil peruano dispone que: "Si el hecho doloso o culposo del acreedor hubiese concurrido a ocasionar el daño, el resarcimiento se reducirá según su gravedad y la importancia de las consecuencias que de él deriven".

En este caso en concreto y de lo desarrollado hasta este punto, siendo que el daño alegado se produjo a partir de la no emisión de la orden de compra de la Entidad respecto del ítem 37, es decir, que la pérdida de los medicamentos (daño) fue causado directamente por la omisión de parte de la Entidad, en emitir la orden de compra (hecho dañoso), se concluye pues, que el actuar del Hospital fue la causa directa de la producción del daño alegado por el Contratista.

Por último, en relación al punto (v), es decir en relación al daño, debemos precisar que la determinación del mismo tiene diversas acepciones. En efecto, GUILLERMO CABANELAS<sup>20</sup> 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".

<sup>19</sup> BUSTAMANTE, Alsina citado por: ESPINOZA ESPINOZA, Juan. "Derecho de la Responsabilidad Civil". Quinta Edición. Gaceta Jurídica. Año 2007. Pág. 182.

<sup>20</sup> CABANELAS, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. 1ª Ed. Editora Atalaya, p. 152.

**Tribunal Arbitral:**  
**Juan Huamán Chávez (Presidente)**  
**Humberto Flores Arévalo (Árbitro)**  
**Randol Campos Flores (Árbitro)**

En el mismo sentido, FERRI<sup>21</sup> precisa aún más el concepto, al establecer que:

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

En esa línea Augusto Morello<sup>22</sup>, indica lo siguiente:

*"el punto nuclear es la existencia de un daño resarcible y para que tenga anidamiento esa indemnización (el daño) debe ser propio o personal del accionante, estar en cierta relación causal jurídicamente relevante con el hecho generador y, por último, debe ser cierto, pues de lo contrario tendrá lugar un enriquecimiento sin causa a expensas del responsable..."*

Hasta este punto podemos concluir que, el daño consiste en el interés lesionado y las consecuencias negativas que se derivan de dicha lesión. Así tenemos que se habla de un daño-evento (lesión del interés tutelado) y de daño consecuencia (daño emergente, lucro cesante y daño moral), acepciones que pueden, como no, coincidir.

Por último, debemos tomar en cuenta lo indicado por ADRIANO DE CUPIS<sup>23</sup>, con relación a lo siguiente:

*"Hemos dicho que hay daño en sentido jurídico cuando es inmediato y directo, cuando se deduce de la concurrencia del hecho culposo del perjudicado, cuando es daño emergente y lucro cesante, etc. Esto es, se ha determinado de qué se compone y hasta dónde se extiende. Pero con todo esto no basta, ya que se debe, además, procederse a la medida de tal daño".*

<sup>21</sup> FERRI, G.B. Citado por ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *El Tratamiento de los Derechos de la Persona en el Código Civil Peruano de 1984*. 2<sup>a</sup> Ed., p. 273.

<sup>22</sup> MORELLO, Alberto. "Indemnización del Daño Contractual" Editora Platense. Año 2003. Pág. 380.

<sup>23</sup> DE CUPIS, Adriano. "El Daño. Teoría General de la Responsabilidad Civil". Segunda Edición. Editorial BOSCH Casa Editorial S.A. Año 1975. Pág. 344-345.

**Tribunal Arbitral:**  
**Juan Huamán Chávez (Presidente)**  
**Humberto Flores Arévalo (Árbitro)**  
**Randol Campos Flores (Árbitro)**

Podemos concluir entonces que el daño se genera por los actos ilícitos o antijurídicos que sobrepasan los límites de los propios derechos de una persona, avasallando el de los demás y por las consecuencias que ellos producen en la esfera del afectado.

Dicho esto, cabe precisar que la prueba de los daños y perjuicios corresponden al que manifiesta haber sido perjudicado, de conformidad con lo establecido en el artículo 1333º del Código Civil, es decir, corresponde al Contratista indicar cuáles fueron esos daños producidos a partir del actuar de la Entidad que trajo consigo la Resolución del Contrato.

Al respecto, de lo pretendido se infiere que nos encontramos ante un daño patrimonial, el cual consiste en la lesión de derechos de naturaleza económica, que deben ser reparados. Este tipo de daño a su vez se clasifica en: Daño Emergente y Lucro Cesante.

Ahora bien, los autores Osterling y Castillo<sup>24</sup>, 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 esperable 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 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 Bermúdez<sup>25</sup>, sobre la diferencia entre el daño emergente y el daño lucro cesante, precisa lo siguiente:

<sup>24</sup> OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. *Compendio de Derecho de las Obligaciones*. Lima. Palestra Editores, 2008. Pág. 865 y 867.

**Tribunal Arbitral:**

Juan Huamaní Chávez (Presidente)

Humberto Flores Arévalo (Árbitro)

Randol Campos Flores (Árbitro)

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

En esa línea, el "damnum emergens" o daño emergente es -como expresa Hedemann- "lo que hace más pobre al perjudicado"<sup>26</sup>.

Podemos concluir entonces que, el daño emergente, se puede definir como la pérdida que sobreviene en el patrimonio del sujeto afectado por el incumplimiento de un contrato o por haber sido perjudicado por un acto ilícito, es decir, es la disminución de la esfera patrimonial de una persona.

En cuanto al lucro cesante, debe tenerse en cuenta que la doctrina ha determinado como pautas generales respecto del lucro cesante lo siguiente:

"1) Que no basta con una mera posibilidad en abstracto de ganar más, sino que es necesaria la realidad concreta de haber dejado de ingresar determinada suma (cantidad dineraria).

2) Si se trata de ganancias futuras, no es necesario acreditar la certidumbre de su producción con la seguridad propia del daño emergente; es suficiente la objetiva probabilidad de que podrían haberse obtenido".

A decir de la doctrina, el lucro cesante no consiste en la privación de una simple posibilidad de ganancia, pero tampoco es necesaria la absoluta seguridad de que ésta se habría conseguido: para que sea indemnizable bastan cierta probabilidad objetiva según el curso ordinario de las cosas y de las circunstancias particulares del caso.

Asimismo, sobre el lucro cesante el doctor Juan Espinoza Espinoza señala que:

<sup>25</sup> <http://blog.pucp.edu.pe/item/89441/lucro-cesante>

<sup>26</sup> Citado por CASEAUX, Pedro N. Y TRIGO REPRESAS, Félix A. Op. Cit. Pág. 180.

**Tribunal Arbitral:**  
**Juan Huamán Chávez (Presidente)**  
**Humberto Flores Arévalo (Árbitro)**  
**Randol Campos Flores (Árbitro)**

*"Se manifiesta por el no incremento en el patrimonio del dañado (sea por el incumplimiento de un contrato o por un acto ilícito). Es "la ganancia patrimonial neta dejada de percibir" por el dañado".*

Por lo tanto, se puede concluir que el lucro cesante consiste en la pérdida de una ganancia legítima o de una utilidad económica por parte del perjudicado como consecuencia del daño, y que ésta se habría producido si el evento dañoso no se hubiera verificado.

Que teniendo en cuenta ello, en el presente caso se advierte que el Contratista solicita una indemnización como efecto de la resolución del Contrato por el incumplimiento de la Entidad. Para ello, es preciso revisar cuales son los efectos de una resolución de contrato establecidos en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado:

***"Artículo 170.- Efectos de la resolución***

*Si la parte perjudicada es la Entidad, ésta ejecutará las garantías que el contratista hubiera otorgado, sin perjuicio de la indemnización por los mayores daños y perjuicios irrogados.*

*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.*

*(...)".*

De lo citado, se infiere que la normativa señala como efecto de la resolución del contrato, que se le reconozca al Contratista la respectiva indemnización por los daños y perjuicios irrogados. Para ello, dicha parte deberá indicar a este Colegiado cuales son los daños que ha sufrido a consecuencia de la resolución del Contrato.

Al respecto, el Contratista solicita una indemnización ascendente a la suma de S/. 600,000.00 soles.

Este Colegiado considera que debe tenerse en cuenta para la determinación de una indemnización por daños y perjuicios, que de conformidad con lo estipulado en el artículo 170º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, se estableció en la cláusula

**Tribunal Arbitral:**  
**Juan Huamaní Chávez (Presidente)**  
**Humberto Flores Arévalo (Árbitro)**  
**Randol Campos Flores (Árbitro)**

"QUINTA: MONTO CONTRACTUAL" del Contrato, que el monto total del Ítem 37 sería el importe de S/. 146,160.00 soles.

Al respecto, debe considerarse que en la contratación pública los intereses de las partes, son distintos. Por un lado, una Entidad al contratar un bien, servicio u obra tiene por finalidad satisfacer intereses o necesidades públicas; en cambio, el Contratista busca satisfacer su interés económico de lucro, el mismo que constituye un interés privado.

En atención a ello, teniendo en cuenta lo manifestado por las partes respecto al reconocimiento de una indemnización por daños y perjuicios, este Colegiado considera del análisis de todos los actos que obran en el expediente, que el Contratista tenía toda la capacidad para cumplir con la prestación estipulada en el mencionado ítem, pues había cumplido con los requisitos establecidos en la normativa para adjudicarse la buena pro del proceso de selección del presente Contrato, habiendo además comprometido su capital para la ejecución de las prestaciones a fin de satisfacer el interés de la Entidad y en contraprestación satisfacer su interés económico.

En ese contexto, dada la interrupción del Contrato sin haberse efectuado la prestación estipulada en el ítem 37, el interés económico del Contratista se vio frustrado, generándose una disminución de su patrimonio sin ganancia alguna ante ello, pues es evidente que para el cumplimiento de dicha prestación el Contratista había comprometido su capital. Ante esta situación, está claro que el interés contractual de Medifarma no se vio satisfecho, puesto que no ha podido percibir por el cumplimiento de la prestación pactado por el ítem 37 del Contrato la suma de S/. 146,160.00 soles. Por lo tanto, corresponde que dicha suma sea reconocida como indemnización.

Asimismo, en cuanto a la diferencia del monto solicitado, de la revisión del expediente, se advierte que Medifarma con fecha 10 de diciembre de 2015, remitió un escrito presentando un informe contable, con el cual manifestaba que estaría cuantificando los daños y perjuicios irrogados. Del análisis de dicho informe se aprecia que éste tenía como objeto determinar el costo de los principios activos para la fabricación del producto farmacéutico contenido en el ítem 37 (60,000 tabletas), los intereses relacionados al gasto indicado y el monto del capital más la utilidad.

**Tribunal Arbitral:**  
**Juan Huamán Chávez (Presidente)**  
**Humberto Flores Arévalo (Árbitro)**  
**Randol Campos Flores (Árbitro)**

Del análisis de dicho documento y de los demás medios probatorios que obran en el expediente, no se advierte que la conclusión arribada en el informe haya quedado debidamente comprobada, pues el mencionado informe carece de mayor detalle respecto a la base y porcentajes utilizados para calcular dicho monto a indemnizar. Por lo tanto, lo señalado en dicho medio probatorio no genera convicción en este Colegiado respecto al monto solicitado.

En atención a ello, este Colegiado considera que de los S/. 600,000.00 soles solicitado por Medifarma por concepto de indemnización por daños y perjuicios, solo corresponderá el reconocimiento de la suma de S/. 146,160.00 soles.

En conclusión, del análisis realizado hasta este punto, el Colegiado ha determinado que efectivamente, existe un incumplimiento por parte del Hospital Nacional Cayetano Heredia respecto a su obligación esencial de emitir las órdenes de compra correspondientes al Ítem 37, por lo tanto, la causal por la cual Medifarma ha resuelto el contrato se enmarca en lo establecido en el artículo 168.1º del Reglamento. En consecuencia, este Colegiado considera que de los S/. 600,000.00 soles solicitado por Medifarma por concepto de indemnización por daños y perjuicios, solo corresponderá el reconocimiento de la suma de S/. 146,160.00 soles.

Asimismo, respecto del primer punto controvertido este Colegiado considera declararlo infundado pues no corresponde dejar sin efecto la Carta Notarial S/N recepcionada por el Hospital Nacional Cayetano Heredia con fecha 24 de julio del 2014, mediante la cual Medifarma S.A. resuelve el Contrato N° 802-2011/HOSPITAL NACIONAL CAYETANO HEREDIA de fecha 15 de junio del 2011, y por lo tanto, no corresponde reconocer el pago de una indemnización por daños y perjuicios ascendente a S/. 600,000.00 (Seiscientos Mil con 00/100 Soles).

Respecto del segundo punto controvertido, este Colegiado considera declararlo infundado, dado que al ser una pretensión accesoria de la primera pretensión analizada en el primer punto controvertido, y en consecuencia, no corresponde declarar que el Hospital Nacional Cayetano Heredia haya cumplido con sus obligaciones esenciales contenidas en las bases y Contrato N° 802-2011/HOSPITAL NACIONAL CAYETANO HEREDIA.

**Tribunal Arbitral:**  
**Juan Huamaní Chávez (Presidente)**  
**Humberto Flores Arévalo (Árbitro)**  
**Randol Campos Flores (Árbitro)**

En cuanto al quinto punto controvertido, habiéndose determinado que respecto al ítem 37, se podía dar por satisfecha la presentación por parte de Medifarma tanto con el Ácido Micofenólico como con el Micofenolato Mofetilo, la Entidad debió emitir la correspondiente orden de compra, por lo tanto, ante la omisión del Hospital, el Contratista de conformidad con la normativa se encontraba facultado a remitir la carta notarial de requerimiento previo, en consecuencia, se puede determinar que la carta de requerimiento de fecha 17 de julio de 2014, sí constituyó el efecto de la omisión por parte de la Entidad, por lo tanto, corresponde declarar fundado el quinto punto controvertido.

De igual forma, en relación al sexto punto controvertido, este Colegiado considera que al ser este accesorio al cuarto punto Controvertido, y del análisis realizado en este punto, corresponde declararlo fundada, y en consecuencia, corresponde declarar la existencia de la Carta Notarial de fecha 23 de Julio de 2014, que resuelve el Contrato N° 802-2011/HOSPITAL NACIONAL CAYETANO HEREDIA respecto de la totalidad del ítem 037 Ácido Micofenólico.

En cuanto, al séptimo punto controvertido, este colegiado en atención al análisis realizado en el presente punto considera declararlo fundado en parte, por lo tanto, corresponde el reconocimiento y pago de una indemnización por lucro cesante como efecto de la resolución del Contrato.

Asimismo, respecto al octavo punto controvertido, este Colegiado considera declararlo fundado en parte, y en consecuencia, de los S/. 600,000.00 soles solicitado por Medifarma por concepto de indemnización por daños y perjuicios, solo corresponderá el reconocimiento de la suma de S/. 146,160.00 soles.

Finalmente, en cuanto al décimo punto controvertido, este colegiado considera declararlo infundado en atención a que habiéndose determinado en el análisis del presente punto, que el Contrato respecto al ítem 37 (Ácido Micofenólico. Sinonimia: Micofenolato Mofetilo), ha quedado resuelto de conformidad con la normativa, ha dejado de existir la obligación de Medifarma de cumplir con la mencionada prestación; por lo tanto, este colegiado no podría obligar a dicha empresa a cumplir dicha prestación.

#### **DÉCIMO PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO**

**Tribunal Arbitral:**  
**Juan Huamaní Chávez (Presidente)**  
**Humberto Flores Arévalo (Árbitro)**  
**Randol Campos Flores (Árbitro)**

**Determinar si corresponde o no, ordenar a Medifarma S.A. la continuación del cumplimiento de sus obligaciones en el Contrato N° 802-2011/HOSPITAL NACIONAL CAYETANO HEREDIA de fecha 15 de junio de 2011, en lo que respecta al Ítem 28 (Heparina Sódica)**

**Posición de Entidad**

Con relación al presente punto controvertido, la Entidad ha manifestado que la Contratista en ningún momento ha cursado documento o comunicación alguna señalando disconformidad o cuestionamiento alguno sobre las obligaciones relacionadas a los siguientes ítems 2, 6, 21 y 28.

Asimismo, agrega, entre otros, que respecto al ítem 28 adquirió la cantidad de 11,700 unidades del producto Heparina Sódica, por las cuales pagó la suma de S/ 133,251.30 Soles; restando la entrega de 3900 unidades del citado producto, conforme al detalle del cuadro expuesto precedentemente.

Alegando que no se habría cumplido con la totalidad de la ejecución del Contrato N° 802-2011/HOSPITAL NACIONAL CAYETANO HEREDIA de fecha 15 de junio del 2011 respecto al ítem 28), solicitando que se ordene a la Contratista la continuación del cumplimiento de sus obligaciones en lo que respecta a la entrega de 3900 unidades del producto Heparina Sódica.

**Posición de Contratista**

Al respecto, la Contratista ha señalado que la Entidad solo habría emitido la Orden de Compra por 11,700 unidades y no se emitió por 3900 unidades que ascendían al monto de S/. 44,417.10.

Ha agregado que para someter una controversia a arbitraje tiene que haberse configurado una presunción legal de discrepancia en la ejecución del contrato, agrega que esta supuesta pretensión no nacería de ninguna controversia y no tendría vinculación con el ítem 37.

**Tribunal Arbitral:**  
**Juan Huamani Chávez (Presidente)**  
**Humberto Flores Arévalo (Árbitro)**  
**Randol Campos Flores (Árbitro)**

Asimismo, ha agregado que solo se someten a arbitraje las controversias que hayan surgido entre los sujetos de la relación jurídica contractual durante la ejecución del contrato y que el árbitro solo es competente para solucionar controversias, no para impulsar la ejecución del contrato.

Finalmente, agrega que no se debería ningún producto farmacéutico relacionado con el ítem 28 – Heparina.

### **Posición del Tribunal Arbitral**

Con relación al presente Punto Controvertido, el Tribunal Arbitral considera oportuno analizar el contenido del Contrato N°802-2011/HOSPITAL CAYETANO HEREDIA a fin de determinar qué pactaron las partes respectos al producto HEPARINA SODICA.

Para ello, este Colegiado considera hacer referencia al análisis en efectuado en la primer, segundo, quinto, sexto, séptimo octavo y décimo punto controvertido, en el cual se ha determinado que en el presente caso nos encontramos ante una resolución total del contrato, derivada del incumplimiento de la emisión de las órdenes de compra correspondiente al ítem 37; resolución efectuada a través de la carta notarial de fecha 23 de julio de 2014.

En atención a ello, al encontrarse totalmente resuelto el Contrato, este ha dejado de surtir efectos, no pudiendo determinarse ni ordenarse el cumplimiento de una obligación que ya no existe.

Por lo tanto, este Colegiado considera declarar infundado el décimo primer punto controvertido.

### **TERCER PUNTO CONTROVERTIDO**

***Determinar si corresponde o no ordenar a Medifarma S.A. el reembolso y pago de todos los costos derivados por cualquier concepto del presente proceso arbitral.***

### **NOVENO PUNTO CONTROVERTIDO**

**Tribunal Arbitral:**  
**Juan Huamán Chávez (Presidente)**  
**Humberto Flores Arévalo (Árbitro)**  
**Randol Campos Flores (Árbitro)**

**Determinar si corresponde o no declarar, que la Entidad debe pagar los gastos arbitrales que comprende todos los conceptos a que se refiere la Ley de Arbitraje.**

**Posición del Tribunal Arbitral**

El numeral 1) del artículo 72º del Decreto Legislativo N° 1071 dispone que los Árbitros se pronunciarán en el laudo arbitral sobre los costos indicados en el artículo 70º del citado cuerpo legal. Asimismo, el numeral 1) del artículo 73º 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.

En el presente caso no se ha establecido pacto alguno acerca de los costos y costas del arbitraje. Atendiendo a esta situación, corresponde que el Tribunal Arbitral se pronuncie sobre este tema de manera discrecional y apelando a su debida prudencia.

Considerando el resultado del arbitraje que en puridad, desde el punto de vista del Tribunal Arbitral, no puede afirmarse que existe una "parte perdedora", en vista de que ambas partes tuvieron motivos suficientes y atendibles para litigar, 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 de 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 Tribunal Arbitral y de la Secretaría Arbitral); así como los costos y costas en que incurrieron o debieron de incurrir como consecuencia del presente arbitraje.

En atención a ello, durante el trámite del proceso arbitral se fijaron los siguientes montos como honorarios del Tribunal Arbitral y del Secretario Arbitral; los cuales se cancelaron en atención al siguiente detalle:

**Tribunal Arbitral:**  
**Juan Huamaní Chávez (Presidente)**  
**Humberto Flores Arévalo (Árbitro)**  
**Randol Campos Flores (Árbitro)**

CONCEPTO	MONTO		PAGO
	Tribunal (S/.)	Secretario	
Acta de Instalación (de fecha 29 de octubre de 2014)	10,000.00 X c/u <b>30,000</b>	<b>6,325.00</b>	Medifarma canceló la totalidad de los honorarios, tanto los correspondientes a su obligación como los correspondientes a la Entidad.
Reconvención (Resolución N° 9 de fecha 24 de agosto de 2015) Resolución N° 11 de fecha 10 de setiembre de 2015.	17,000.00 X c/u <b>51,000.00</b>	<b>8,500.00</b>	Medifarma canceló la totalidad de los honorarios fijados en atención a la Reconvención, tanto los correspondientes a su obligación como los correspondientes a la Entidad.
<b>TOTAL</b>	<b>81,000</b>	<b>14,825.00</b>	<b>TOTAL</b>

Por lo tanto, teniendo en cuenta que el Colegiado ha determinado que cada parte asumirá los gastos arbitrales a su cargo, y en atención a que Medifarma realizó el pago total de los honorarios arbitrales, asumiendo en subrogación el pago de la obligación de la Entidad, corresponde al Hospital Nacional Cayetano Heredia - Ministerio de Salud, devolver el 50% de los honorarios arbitrales a Medifarma; por lo tanto, la Entidad deberá devolver por concepto de honorarios de los árbitros en 50% del monto total, es decir S/. 40,500.00 soles. Asimismo, corresponde a la Entidad devolver el 50% del monto total por concepto de honorarios de la Secretaría Arbitral, es decir S/. 7,412.50 soles.

### **III. FALLO**

Que, finalmente, el Tribunal Arbitral 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

**Tribunal Arbitral:**  
**Juan Huamán Chávez (Presidente)**  
**Humberto Flores Arévalo (Árbitro)**  
**Randol Campos Flores (Árbitro)**

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 Tribunal Arbitral.

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

**Primero: DECLÁRESE INFUNDADA** la excepción de caducidad formulada contra la primera pretensión de la demanda.

**Segundo: DECLÁRESE INFUNDADA** la excepción de caducidad formulada contra la tercera pretensión Principal Acumulada.

**Tercero: DECLÁRESE FUNDADA** la primera pretensión de la reconvención analizada en el cuarto punto controvertido, y en atención a ello, declarése que el Objeto del Contrato N° 802-2011/HOSPITAL NACIONAL CAYETANO HEREDIA determinó como Ítem 37 el Ácido Micofenólico.

**Cuarto: DECLÁRESE INFUNDADA** la primera pretensión de la demanda analizada en el primer punto controvertido, y en consecuencia, no corresponde dejar sin efecto la Carta Notarial S/N recepcionada por el Hospital Nacional Cayetano Heredia con fecha 24 de julio del 2014, mediante la cual Medifarma S.A. resuelve el Contrato N° 802-2011/HOSPITAL NACIONAL CAYETANO HEREDIA de fecha 15 de junio del 2011, y por lo tanto, no corresponde reconocer el pago de una indemnización por daños y perjuicios ascendente a S/ 600,000.00 (Seiscientos Mil con 00/100 Nuevos Soles).

**Quinto: DECLÁRESE INFUNDADA** la segunda pretensión de la demanda analizada en el segundo punto controvertido, y en consecuencia, no corresponde declarar que el Hospital Nacional Cayetano Heredia ha cumplido con sus obligaciones esenciales

**Tribunal Arbitral:**  
**Juan Huamaní Chávez (Presidente)**  
**Humberto Flores Arévalo (Árbitro)**  
**Randol Campos Flores (Árbitro)**

contenidas en las bases y el Contrato N° 802-2011/HOSPITAL NACIONAL CAYETANO HEREDIA.

**Sexto: DECLÁRESE FUNDADA** la primera pretensión accesoria la primera pretensión principal de la Reconvención analizada en el quinto punto controvertido, Y en consecuencia, declárese que la carta notarial de fecha 17 de julio de 2014, de requerimiento previo constituye el efecto de la omisión de parte de la Entidad al no requerir el producto contenido en el ítem 37 del Contrato.

**Séptimo: DECLÁRESE FUNDADA** la segunda pretensión accesoria a la primera pretensión principal de la Reconvención analizada en el sexto punto controvertido, y en consecuencia, declárese la existencia de la Carta Notarial de fecha 23 de Julio de 2014, que resuelve el Contrato N° 802-2011/HOSPITAL NACIONAL CAYETANO HEREDIA respecto de la totalidad del Ítem 37 Acido Micofenólico.

**Octavo: DECLÁRESE FUNDADA EN PARTE** la segunda pretensión principal de la reconvención analizada en el séptimo punto controvertido, y en consecuencia, reconózcase a favor de Medifarma el pago de una indemnización por daños y perjuicios como efecto de la resolución del Contrato.

**Noveno: DECLÁRESE FUNDADA EN PARTE** la primera pretensión accesoria a la segunda pretensión principal de la Reconvención analizada en el octavo punto controvertido, y en consecuencia, de los S/. 600,000.00 soles solicitados por concepto de indemnización por daños y perjuicios, ordénese al Hospital Nacional Cayetano Heredia el pago únicamente de la suma de S/. 146,160.00 soles.

**Decimo: DECLÁRESE INFUNDADA** la tercera pretensión principal de la demanda acumulada, analizada en el décimo punto controvertido, por lo tanto, no corresponde ordenar a Medifarma la entrega del producto "Micofenolato Mofétilo", en sustitución del producto "Ácido Micofenólico", conforme a las condiciones establecidas en el Contrato N° 802-2011/HOSPITAL NACIONAL CAYETANO HEREDIA de fecha 15 de junio de 2011 (Ítem 37).

**Décimo Primero: DECLARESE INFUNDADA** la cuarta pretensión de la demanda acumulada analizada en el décimo primer punto controvertido, y en consecuencia, no

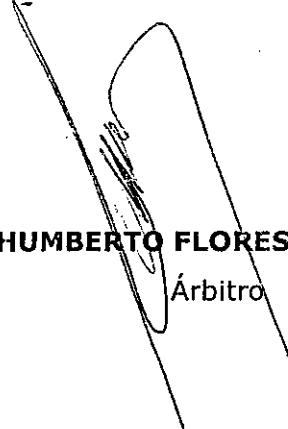
**Tribunal Arbitral:**  
**Juan Huamán Chávez (Presidente)**  
**Humberto Flores Arévalo (Árbitro)**  
**Randol Campos Flores (Árbitro)**

corresponde ordenar a Medifarma la continuación del cumplimiento de sus obligaciones en el Contrato N° 802-2011/HOSPITAL NACIONAL CAYETANO HEREDIA de fecha 15 de junio de 2011, en lo que respecta al ítem 28 (Heparina Sódica).

**Décimo Segundo: DISPÓNGASE** en atención a las pretensiones contenida en la Demanda, Reconvención y Acumulación de Demanda, que las partes asuman en proporciones iguales los gastos arbitrales y las costas y costos generados por la tramitación del presente proceso arbitral; en consecuencia, ordénese al Hospital Nacional Cayetano Heredia - Ministerio de Salud, devolver por concepto de honorarios de los árbitros el 50% del monto total; es decir S/. 40,500.00 soles. Asimismo, corresponde a la Entidad devolver el 50% del monto total por concepto de honorarios de la Secretaría Arbitral, es decir S/. 7,412.50 soles.

  
**JUAN HUAMÁN CHÁVEZ**

Presidente

  
**HUMBERTO FLORES ARÉVALO**

Árbitro

  
**RANDOL CAMPOS FLORES**

Árbitro

**DEMANDANTE** : HOSPITAL NACIONAL CAYETANO HEREDIA  
**DEMANDADO** : MEDIFARMA S.A.  
**CONTRATO** : N° 802-2011/HOSPITAL NACIONAL CAYETANO HEREDIA,  
suscrito con fecha 15 de junio de 2011 para la adquisición de  
medicamentos  
**Nº DE EXPEDIENTE** : I659-2014

**Resolución Nº 26**

Lima, 28 de diciembre de 2016

- Puesto en despacho a la fecha.

**Y CONSIDERANDO:**

- 1) Que, con fecha 10 de agosto de 2016, se emitió el Laudo Arbitral del caso de la referencia, el cual fue notificado a las partes el 12 de agosto de 2016.
- 2) Que, mediante escrito de fecha 25 de agosto de 2016, Medifarma S.A. (en adelante, el "Contratista") formuló el pedido de Integración contra el Laudo Arbitral.
- 3) Que, asimismo, con fecha 26 de agosto de 2016, el Hospital Nacional Cayetano Heredia (en adelante, la "Entidad"), formuló Aclaración y/o Interpretación del Laudo Arbitral.
- 4) Que, en tal sentido, mediante Resolución N° 23 de fecha 09 de setiembre de 2016, el Tribunal Arbitral corrió traslado de los pedidos contra el Laudo Arbitral a ambas partes para que en el plazo de diez (10) días hábiles, contados a partir del día hábil siguiente de notificada dicha resolución, expresen lo conveniente a su derecho, de considerarlo necesario.
- 5) Que, la citada Resolución N° 23 fue notificada a la Entidad con fecha 19 de setiembre de 2016 y al Contratista con fecha 20 de setiembre de 2016, conforme constan en los respectivos cargos de notificación que obran en el expediente; en tal sentido, el plazo para que absuelvan el traslado conferido venció el 03 y 04 de octubre de 2016, respectivamente.
- 6) Que en atención a ello, la Entidad y el Contratista, con fecha 29 de setiembre y 2 de octubre de 2016, respectivamente, absolvieron el traslado conferido mediante Resolución N° 23.
- 7) Que, a consecuencia de ello, mediante Resolución N° 24 de fecha 04 de noviembre de 2016, este Colegiado manifestó que los pedidos contra el Laudo Arbitral formulados tanto por el Contratista como por la Entidad, se encontraban expeditos para ser resueltos; por lo tanto, corresponde emitir pronunciamiento respecto de ellos, decisión que se realizará en la presente resolución.
- 8) Que, en atención a ello, a fin de emitir un pronunciamiento sobre los pedidos formulados por las partes contra el Laudo Arbitral, el Tribunal Arbitral procederá a analizar, en primer lugar, si dichos pedidos han sido formulados dentro del plazo establecido para hacerlo; para luego, proceder con el análisis de fondo.
- 9) Que, así, en el numeral 51) del Acta de Instalación de Tribunal Arbitral de fecha 29 de octubre de 2014, se señala lo siguiente:

*"Dentro del plazo de diez (10) días hábiles de notificado el laudo, las partes podrán pedir al Tribunal Arbitral la rectificación, interpretación integración y exclusión del laudo en lo que consideren conveniente."*

**DEMANDANTE** : HOSPITAL NACIONAL CAYETANO HEREDIA  
**DEMANDADO** : MEDIFARMA S.A.  
**CONTRATO** : N° 802-2011/HOSPITAL NACIONAL CAYETANO HEREDIA,  
suscrito con fecha 15 de junio de 2011 para la adquisición de  
medicamentos  
**Nº DE EXPEDIENTE** : I659-2014

- 10)** Que, en tal sentido, se advierte que el Laudo Arbitral fue notificado a las partes con fecha 12 de agosto de 2016, conforme consta en el respectivo cargo de notificación que obra en el expediente; por lo que, la fecha máxima para que las partes formulen algún pedido frente al laudo era el día 26 de agosto de 2016.
- 11)** Que, en atención a lo anterior, este Colegiado verifica que los recursos contra el laudo formulados por el Contratista y la Entidad (con fechas 25 y 26 de agosto de 2016) han sido presentados dentro de plazo establecido.
- 12)** Que, teniendo en cuenta ello, el Tribunal Arbitral considera proceder a realizar el análisis de fondo de los pedidos formulados contra el Laudo.
- 13)** Que, a efecto de realizar el análisis sustancial de los pedidos contra el Laudo Arbitral, es pertinente delimitar brevemente el marco conceptual que se tomará como fundamento para el desarrollo del análisis de los pedidos planteados.

### **MARCO CONCEPTUAL**

#### **I) Interpretación del Laudo**

- 14)** Que, en relación al pedido formulado, en el literal b) del numeral 1) del artículo 58º de la Ley de Arbitraje, se establece lo siguiente:

*"(...) cualquiera de las partes puede solicitar la interpretación de algún extremo oscuro, impreciso o dudoso expresado en la parte decisoria del laudo o que influya en ella para determinar los alcances de la ejecución."*

- 15)** Que, conforme se advierte del artículo antes citado, el pedido de interpretación está orientado a que el Tribunal Arbitral interprete o aclare (i) el contenido de algún resolutivo del laudo que sea considerado oscuro, impreciso o dudoso, o (ii) el razonamiento realizado durante el análisis de las pretensiones formuladas que produzcan oscuridad, imprecisión o duda respecto a lo resuelto.
- 16)** Que, en relación a lo anterior, surge un cuestionamiento: ¿Cuándo se considera que un extremo del laudo es oscuro, impreciso o dudoso? Para conocer el significado de dichos conceptos, nos referiremos a lo señalado en el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española:

- i) Oscuro: Dicho del lenguaje o de una persona: Confuso, falto de claridad, poco inteligible.
- ii) Ambiguo: Dicho especialmente del lenguaje: Que puede entenderse de varios modos o admitir distintas interpretaciones y dar, por consiguiente, motivo a dudas, incertidumbre o confusión.
- iii) Dudoso: Que ofrece duda. Que es poco probable, que es inseguro o eventual.

- 17)** Que, en relación a lo anterior, Hinojosa Segovia señala que debe descartarse de principio, que la aclaración sirva para resolver cuestiones esenciales que

**DEMANDANTE** : HOSPITAL NACIONAL CAYETANO HEREDIA  
**DEMANDADO** : MEDIFARMA S.A.  
**CONTRATO** : N° 802-2011/HOSPITAL NACIONAL CAYETANO HEREDIA,  
 suscrito con fecha 15 de junio de 2011 para la adquisición de  
 medicamentos  
**Nº DE EXPEDIENTE** : I659-2014

no hayan sido objeto de debate; en otras palabras, la solicitud de aclaración y/o interpretación<sup>1</sup> del laudo no puede tener un contenido que desvirtúe su función; así, ha de venir referida únicamente a la interpretación de algún extremo oscuro, impreciso o dudoso expresado en la parte decisoria del laudo o que influya en ella para determinar los alcances de la ejecución, y nunca a resolver cuestiones sustanciales de puntos que hayan sido objeto de controversia.

- 18)** Que, asimismo es pertinente citar la definición desarrollada por el doctor Julio César Rivera, quien respecto del pedido de interpretación de un laudo, señala lo siguiente:

**"Qué se entiende por interpretación del laudo"**

*Para entrar a considerar esta materia es necesario, en primer lugar, determinar qué se quiere decir cuando se usa la expresión interpretación del laudo.*

*Poudret y Besson recurren a la definición de Roger Perrot para quien interpretar es buscar el sentido y la extensión de un pensamiento mal expresado; en materia judicial, es aclarar las oscuridades de una sentencia ya pronunciada. Interpretar no es entonces juzgar. El Tribunal subsana una duda, rehace una expresión torpe, explica una palabra, corrige la forma, pero sin jamás tocar el fondo, sin jamás atentar contra la cosa juzgada irremisiblemente adquirida. En sus propias palabras, los autores citados dicen que interpretar es suprimir las ambigüedades y restituir el verdadero sentido a la decisión original, sin modificarla<sup>2</sup>". (El resaltado es nuestro).*

- 19)** Que, de ello se infiere que la función del pedido de interpretación es dar herramientas a las partes para que puedan comprender de manera clara lo establecido en los resolutivos del Laudo Arbitral, ello con la finalidad de que se realice una ejecución correcta del mismo; por lo que, cualquier cuestionamiento a la manera en cómo y porqué ha analizado el Tribunal Arbitral una pretensión (encubriendose así una apelación) sería contraria con la función del pedido referido.

- 20)** Que, de la misma manera, la doctrina arbitral es muy estricta al calificar las facultades de los árbitros de interpretar su Laudo. Así, Craig, Park y Paulsson señalan sobre el particular:

*"El propósito de la norma es permitir la aclaración de un laudo para permitir su correcta ejecución (como, por ejemplo, si pareciera haber mandatos en conflicto en la parte operativa del laudo). Esta no puede ser usada para requerir al Tribunal que explique, o que reformule, sus razones. Esta no provee una ocasión para que el Tribunal reconsideré su decisión. Si esa fuera la base de la solicitud de la parte el Tribunal*

<sup>1</sup> Cabe precisar lo señalado por Aramburú en relación al pedido de Interpretación de Laudo: "En la LGA (antigua ley de arbitraje), se le denominaba aclaración de laudo. Es importante precisar que si bien el nombre de la solicitud ha sido modificado el objeto de la misma se ha mantenido". En atención a ello, este Colegiado comparte lo expresado por la doctrina nacional, al señalar que la Aclaración de Laudo (llamado así en la antigua ley de arbitraje) es la misma figura que la Interpretación de Laudo.

<sup>2</sup> Rivera, Julio César. Arbitraje comercial, Internacional y Doméstico. Segunda Edición. Abeledo Perrot S.A. Argentina 2014. Págs. 836 y 837.

**DEMANDANTE** : HOSPITAL NACIONAL CAYETANO HEREDIA  
**DEMANDADO** : MEDIFARMA S.A.  
**CONTRATO** : Nº 802-2011/HOSPITAL NACIONAL CAYETANO HEREDIA,  
suscrito con fecha 15 de junio de 2011 para la adquisición de  
medicamentos  
**Nº DE EXPEDIENTE** : I659-2014

*tendría fundamentos de sobra de encontrar como innecesario o inapropiado el conceder la "interpretación" requerida". (El subrayado es nuestro).*

- 21)** Que, al respecto, Mario Castillo Freyre indica sobre la aclaración (pedido de interpretación) que:

*"En efecto, en el proceso arbitral, la aclaración tiene por objeto solicitar al árbitro que aclare aquellos extremos de la parte resolutiva del laudo que resulten obscuros o que resulten dudosos, o aquellos eslabones de la cadena de razonamiento del árbitro que por ser obscuros o dudosos, tengan un impacto determinante en lo resolutivo o decisorio del laudo, vale decir, en aquello que se declara u ordena hacer o dejar de hacer a las partes en el arbitraje."*

- 22)** Que, así, a través del pedido de interpretación (o aclaración) no se podrá pedir la alteración del contenido o fundamentos de la decisión del Tribunal Arbitral; caso contrario, se estaría concediendo a la interpretación una naturaleza claramente impugnatoria, propia del recurso de apelación.
- 23)** Que, atendiendo a lo anterior, cualquier solicitud de "interpretación" o de "aclaración" referida a los fundamentos, a la evaluación de las pruebas o al razonamiento del Laudo, en la medida que encubra en realidad un cuestionamiento al fondo de lo decidido, deberá de ser necesariamente declarada improcedente.

## **II) Integración del Laudo**

- 24)** Que, sobre la solicitud de integración, el inciso c) del numeral 1) del artículo 58º de la Ley de Arbitraje establece que:

*"(...) cualquiera de las partes puede solicitar la integración del laudo por haberse omitido resolver cualquier extremo de la controversia sometida a conocimiento y decisión del Tribunal Arbitral."*

- 25)** Que, de acuerdo a lo señalado, el recurso de integración tiene por finalidad sanear las omisiones en que pueda haber incurrido el laudo arbitral al no haber resuelto alguno de los puntos materia de la controversia.
- 26)** Que, esta solicitud según Mantilla Serrano<sup>3</sup> "*... solo se aplica a peticiones concretas hechas oportunamente por las partes dentro del procedimiento arbitral y que hayan sido ignoradas en el laudo.*"
- 27)** Que, en otras palabras, sólo se aplica ésta figura cuando el Tribunal Arbitral no haya resuelto alguna de las pretensiones planteadas.
- 28)** Que, de otro lado, Fernando Cantuarias Salaverry citando a Fernando Vidal Ramírez señala que:

*"Un último remedio es la integración del laudo arbitral que, tiene por finalidad salvar las omisiones en que pueda haber incurrido el laudo"*

<sup>3</sup> MANTILLA SERRANO, Fernando. Ley de Arbitraje, IUSTEL, Madrid, 2005, pp. 225.

**DEMANDANTE** : HOSPITAL NACIONAL CAYETANO HEREDIA  
**DEMANDADO** : MEDIFARMA S.A.  
**CONTRATO** : Nº 802-2011/HOSPITAL NACIONAL CAYETANO HEREDIA,  
suscrito con fecha 15 de junio de 2011 para la adquisición de  
medicamentos  
**Nº DE EXPEDIENTE** : I659-2014

*al no haber resuelto alguno de los puntos materia de la controversia.”<sup>4</sup>*

**29)** Que, el mismo autor citando a Fouchard, Gaillard y Goldman señala que:

*“Este remedio no es válido para pretender que los árbitros se pronuncien respecto a que no se habría respondido a todas las alegaciones y argumentos de las partes, simplemente porque un Tribunal Arbitral no tiene por qué analizar y pronunciarse acerca de cada una de las argumentaciones adelantadas por las partes y porque, además, en el fondo ese pedido claramente esconde una solicitud de reconsideración que no corresponde que los árbitros ejerciten en este estado del proceso arbitral.”<sup>5</sup>*

**30)** Que, de ese modo, podemos concluir que la interposición del recurso de integración, supone que el Tribunal Arbitral haya omitido resolver algún extremo de la controversia el cual fuera sometido a su decisión en el laudo, por lo que realizando una interpretación inversa a lo establecido en el inciso c) del numeral 1) del artículo 58º de la Ley de Arbitraje<sup>6</sup>, cuando el Tribunal Arbitral se haya pronunciado sobre cada una de las pretensiones esgrimidas por las partes en el laudo, y se haya formulado un pedido de integración, éste deberá ser declarado improcedente de plano, por no cumplir con lo exigido por la ley –siendo que el Tribunal Arbitral se pronunció efectivamente sobre cada una de las pretensiones formuladas por las partes durante el proceso–.

**31)** Que, por ello, el Tribunal sólo puede integrar la pretensión o un extremo de ella que no ha sido considerada al momento de la emisión del Laudo. Atendiendo a ello, cualquier solicitud de «integración» de un argumento o alegación de las partes, o el uso de este recurso para un fin distinto al que establece la norma, estaría encubriendo en realidad una finalidad impugnatoria, de naturaleza análoga a una apelación, la cual resulta evidentemente improcedente y, como tal, debe ser desestimada.

### **III) Exclusión del Laudo**

**32)** Que, sobre la solicitud de exclusión, el inciso d) del numeral 1) del artículo 58º de la Ley de Arbitraje establece que:

*“Dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación del laudo, cualquiera de las partes puede solicitar la exclusión del laudo de algún extremo que hubiera sido objeto de pronunciamiento, sin que estuviera sometido a conocimiento y decisión del tribunal arbitral o que no sea susceptible de arbitraje.”*

**33)** Que, conforme se advierte del artículo antes citado, la exclusión de laudo procede en el supuesto en el que de manera “extra petita” el pronunciamiento del Tribunal alcance materias que no fueron sometidas a su conocimiento.

<sup>4</sup> CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. “Arbitraje comercial y de las inversiones”, UPC, Lima, 2008, pp. 147.

<sup>5</sup> Ibíd.

<sup>6</sup> “(...) cualquiera de las partes puede solicitar la integración del laudo por haberse omitido resolver cualquier extremo de la controversia sometida a conocimiento y decisión del Tribunal Arbitral.”

**DEMANDANTE** : HOSPITAL NACIONAL CAYETANO HEREDIA  
**DEMANDADO** : MEDIFARMA S.A.  
**CONTRATO** : Nº 802-2011/HOSPITAL NACIONAL CAYETANO HEREDIA,  
suscrito con fecha 15 de junio de 2011 para la adquisición de  
medicamentos  
**Nº DE EXPEDIENTE** : I659-2014

**34)** Que, en ese sentido, el pedido de exclusión está orientado a que el Tribunal Arbitral precisamente excluya del laudo algún pronunciamiento adicional, ajeno a la controversia que le fuera puesta a conocimiento; la academia de la lengua refiere que esta figura se emplea para "quitar a alguien o algo del lugar que ocupaba".

**35)** Que, asimismo, el jurista Mario Castillo Freyre respecto de esta figura señala lo siguiente:

*"(...) Lo propio ocurriría en el caso inverso, atípico pero posible, en el cual el Tribunal Arbitral haya resuelto una materia que no constituyó objeto de pretensión por las partes, es decir, que ellas no sometieron a su decisión.*

*Para estos efectos, la ley no contempla un remedio específico, pero la materia se conoce en doctrina como exclusión.*

*Si una de las partes pidiera la exclusión de un punto (no sometido a su decisión) contenido en el laudo y el Tribunal Arbitral accediera a su pedido, entonces, en definitiva, excluido dicho punto, el mismo — jurídicamente hablando — no formará parte del laudo."*

**36)** Que, igualmente, Soto Coaguila señala al respecto lo siguiente:

*"Por último, a diferencia de la anterior ley derogada, la actual recoge la figura de la exclusión. En virtud de este recurso, cualquiera de las partes puede solicitar la exclusión del laudo de algún extremo que hubiera sido objeto de pronunciamiento por parte del tribunal arbitral, pero que las partes no hubiesen sometido a su conocimiento y decisión o que no sea susceptible de arbitraje. Esta nueva figura en la ley peruana permite que el laudo no sea anulado si el tribunal se ha pronunciado extrapetita."<sup>8</sup>*

**37)** Que, en tal sentido, queda claro que una materia que no es objeto de pretensión no puede ser sometida al análisis y decisión del Tribunal, por lo que no puede formar parte del laudo.

**38)** Que, habiendo determinado el marco conceptual de los pedidos contra el laudo arbitral formulados por las partes, corresponde ahora el pronunciamiento específico respecto de cada pedido.

#### **DE LOS PEDIDOS CONTRA EL LAUDO FORMULADOS POR EL CONTRATISTA**

##### **Integración del Laudo:**

**39)** Que, al respecto, el Contratista solicita al Tribunal Arbitral la integración del Laudo Arbitral, del pago de los intereses legales en el noveno y décimo segundo punto resolutivo del Laudo Arbitral.

<sup>7</sup> CASTILLO FREYRE, Mario. "Las Medidas Cautelares y el Laudo Arbitral" [http://www.castillofreyre.com/archivos/pdfs/articulos/las\\_meidas\\_cautelares\\_y\\_el\\_laudo\\_arbitral.pdf](http://www.castillofreyre.com/archivos/pdfs/articulos/las_meidas_cautelares_y_el_laudo_arbitral.pdf)  
Pág. 3 -4

<sup>8</sup> SOTO COAGUILA, Carlos Alberto. Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje. <http://lexarbitri.pe/wp-content/uploads/2014/02/Comentarios-a-la-Ley-Peruana-de-Arbitraje.-Carlos-Soto.-Lex-Arbitri.pdf>

**DEMANDANTE** : HOSPITAL NACIONAL CAYETANO HEREDIA  
**DEMANDADO** : MEDIFARMA S.A.  
**CONTRATO** : Nº 802-2011/HOSPITAL NACIONAL CAYETANO HEREDIA,  
suscrito con fecha 15 de junio de 2011 para la adquisición de  
medicamentos  
**Nº DE EXPEDIENTE** : I659-2014

**Respecto al noveno punto resolutivo del Laudo:**

- 40) Que, como fundamento de su pedido, el Contratista señala que el Tribunal Arbitral al momento de resolver el octavo punto controvertido, ha omitido ordenar a la Entidad el pago de los intereses legales respectivos, los cuales se encuentran establecidos en el artículo 48) de la Ley de Contrataciones del Estado y el artículo 181) del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
- 41) Al respecto, la Entidad en su absolución a dicho pedido, manifiesta que la pretensión de la demandada en todo momento fue el reconocimiento de pago de una indemnización por daños y perjuicios por parte de la Entidad, tal como se advierte del contenido de su Reconvención, recogida igualmente como punto controvertido, por lo tanto, no cabría pronunciamiento alguno sobre el pago de intereses legales a favor de la Entidad, toda vez que en ningún momento fue pretensión de esta ni fue recepcionada como punto controvertido por el Tribunal Arbitral, a la par que el reconocimiento de una indemnización por daños y perjuicios excluye el pago de intereses legales.
- 42) Asimismo, la Entidad agrega que no resultan aplicables al presente caso el artículo 48) de la Ley de Contrataciones del Estado ni el artículo 181) del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, dado que los mismos establecen el pago de intereses legales frente al supuesto de un atraso en el pago de una obligación económica, situación que no sucede en este caso. En consecuencia, la Entidad considera que la solicitud de integración de la demandada, carece de asidero fáctico y legal, por lo que corresponde se declare infundada.
- 43) Que, teniendo en cuenta lo manifestado por las partes, este Colegiado considera iniciar el análisis, recordando cuál era el tenor del pedido contenido en el Octavo Punto Controvertido:
- "Octavo Punto Controvertido  
En caso se declare fundado el séptimo punto controvertido, determinar si corresponde o no, que la Entidad pague a Medifarma S.A. al suma de S/. 600,000.00 (Seiscientos Mil Nuevos Soles), por concepto de daños y perjuicios irrogados como efecto jurídico de la resolución del Contrato Nº 802-2011/HOSPITAL NACIONAL CAYETANO HEREDIA".*
- 44) Que, como podemos apreciar, el Contratista no solicita el reconocimiento de intereses legales por el pago de la indemnización de daños y perjuicios como consecuencia de la resolución del Contrato, sino que solo se limita a solicitar el reconocimiento de dichos conceptos indemnizatorios.
- 45) Que, al respecto, cabe indicar que los puntos controvertidos se establecen en función a las pretensiones planteadas, y por lo tanto, es la parte solicitante la que determina -en función al principio de iniciativa de partes- los extremos de las pretensiones sobre las cuales el Tribunal Arbitral emitirá su pronunciamiento.
- 46) En adición a ello, debe señalarse que todo pronunciamiento decisorio que emita un Tribunal Arbitral debe obedecer siempre al principio de congruencia procesal para así ver realizado el derecho al debido proceso y a la tutela procesal efectiva que invoca nuestra Carta Magna; así, en virtud del

**DEMANDANTE** : **HOSPITAL NACIONAL CAYETANO HEREDIA**  
**DEMANDADO** : **MEDIFARMA S.A.**  
**CONTRATO** : **Nº 802-2011/HOSPITAL NACIONAL CAYETANO HEREDIA,**  
                  **suscrito con fecha 15 de junio de 2011 para la adquisición de**  
**Nº DE EXPEDIENTE** : **medicamentos  
I659-2014**

principio de congruencia, un Tribunal Arbitral se encuentra obligado a decidir únicamente sobre lo que ha sido demandado, más no sobre cuestiones que no forman parte de lo pretendido por las propias partes, pues lo contrario implicaría insertarse en un pronunciamiento *ultra petita*, lo cual se encuentra proscrito de nuestro sistema de administración de justicia.

- 47)** Que, por lo antes mencionado, al no advertirse en el octavo punto controvertido, que se solicite el pago de intereses legales por el monto determinado por indemnización de daños y perjuicios, este Colegiado considera que no corresponde integrar dicho concepto al Laudo Arbitral.
- 48)** Que, en ese sentido, este Colegiado declara INFUNDADO el presente pedido de Integración solicitado por el Contratista.

**Respecto al décimo segundo punto resolutivo del Laudo:**

- 49)** Que, al respecto, el Contratista solicita que el Tribunal Arbitral integre a la parte resolutiva del Laudo Arbitral, "*el pago de los intereses legales respectivos, los cuales se encuentran establecidos en el tercer párrafo del numeral 55 del Acta de Instalación*".
- 50)** Que, como fundamento de dicho pedido, el Contratista refiere que el Colegiado al momento de resolver el noveno punto controvertido, ha omitido ordenar a la Entidad el pago de los intereses legales respectivos, los cuales se encuentran establecidos en el tercer párrafo del numeral 55) del Acta de Instalación. En ese sentido, considera que el Tribunal Arbitral debe disponer que la Entidad además de devolver los honorarios arbitrales, pague a Medifarma S.A. los intereses legales respectivos, desde la fecha en que su empresa canceló los honorarios en subrogación de la Entidad.
- 51)** Por su parte, la Entidad en su absolución manifiesta que de manera posterior a la Resolución Nº 17, hasta la emisión del Laudo Arbitral, no se ha emitido Resolución Arbitral o notificado documento alguno que dé cuenta que Medifarma S.A. efectivamente cumplió con abonar los honorarios arbitrales correspondientes a la Entidad (liquidados en mérito a la Resolución Nº 11). Por consiguiente, no tiene certeza de la realización de un pago en vía de subrogación a favor de la Entidad y, por ende que le corresponda un reconocimiento de pago de intereses legales, por lo que este extremo de la solicitud de integración debe ser declarado infundado.
- 52)** Que, teniendo en cuenta lo manifestado por las partes, este Colegiado considera conveniente señalar que, si bien no ha emitido una resolución en la cual se pronuncia sobre el pago realizado por el Contratista, en subrogación de la Entidad de conformidad con lo establecido en la Resolución Nº 17 de fecha 30 de diciembre de 2015; no es menos cierto que en el tercer y noveno punto controvertido del Laudo este Tribunal Arbitral dejó constancia que Medifarma S.A. realizó el pago total de los honorarios arbitrales, en los cuales efectivamente se encuentra incluido el pago en subrogación de la Entidad.
- 53)** Que, en ese sentido, este Colegiado considera oportuno precisar que, el Laudo Arbitral también es un pronunciamiento mediante el cual el Tribunal Arbitral no solo resuelve las controversias sometida a su conocimiento, sino que además deja constancia de todas las actuaciones arbitrales realizadas

**DEMANDANTE** : HOSPITAL NACIONAL CAYETANO HEREDIA  
**DEMANDADO** : MEDIFARMA S.A.  
**CONTRATO** : Nº 802-2011/HOSPITAL NACIONAL CAYETANO HEREDIA,  
suscrito con fecha 15 de junio de 2011 para la adquisición de  
medicamentos  
**Nº DE EXPEDIENTE** : I659-2014

por las partes durante el transcurso del proceso arbitral, lo cual evidentemente incluye, el pago de los gastos arbitrales realizados por las partes. En consecuencia, es a través del Laudo Arbitral que este Colegiado emitió su pronunciamiento respecto del pago de los honorarios arbitrales, dejando constancia que Medifarma S.A. realizó el pago total de los gastos arbitrales.

- 54) Que, sin perjuicio de ello, en aras de salvaguardar los principios de transparencia y veracidad que debe regir en el proceso arbitral, este Tribunal pone en conocimiento de la Entidad que en el expediente arbitral obra los cargos de recepción de las notificaciones cursadas por la Secretaría Arbitral a los miembros del Tribunal en los que se informa sobre el pago realizado por el Contratista en subrogación de la Entidad remitiéndoles los respectivos cheques que dicha parte entregó. A mayor abundamiento, a continuación, se adjunta la imagen de uno de los cargos de recepción mencionados:

Lima, 02 de febrero de 2016

Señor Doctor  
**RANDOL EDGARD CAMPOS FLORES**  
Jirón Coronel Manuel Gómez 424  
Lince.-

Caso Arbitral: Hospital Nacional Cayetano Heredia - Ministerio de Salud vs Medifarma S.A.

Contrato: Nº 802-2011/HOSPITAL NACIONAL CAYETANO HEREDIA, suscrito con fecha 15 de junio de 2011 para la adquisición de medicamentos

Asunto: Envío de cheque

De mi consideración:

Por medio de la presente y en atención al caso arbitral de la referencia, cumplí con enviarle el cheque Nº 00010548-6-011-686-0100010330-37 del Banco BBVA Continental de fecha 22 de enero de 2016, mediante el cual la empresa Medifarma S.A. cumplió con efectuar el pago de sus honorarios profesionales en relación a la ReconvenCIÓN presentada por dicha parte con fecha 16 de diciembre de 2014. Pago ordenado en subrogación de la Entidad mediante Resolución Nº 17 de fecha 30 de diciembre de 2015.

Sin otro particular me despido de usted.

Atentamente,

*[Firma]*

PABLO SEGUNDO ESTEBAN TELLO  
Secretario Arbitral

**CAMPOS FLORES**  
Consultores Legales  
**RECIBIDO**  
Fecha: 2/2/16 - Hora: 2:47 PM.

- 55) Que, como se puede apreciar en la imagen, en atención al pago realizado por el Contratista en subrogación de la Entidad, de conformidad con lo establecido en la Resolución Nº 17, efectivamente la Secretaría Arbitral cumplió con remitir los cheques entregados por el Contratista a los miembros del Tribunal Arbitral, con lo cual se puede determinar que Medifarma realizó dicho pago.

**DEMANDANTE** : HOSPITAL NACIONAL CAYETANO HEREDIA  
**DEMANDADO** : MEDIFARMA S.A.  
**CONTRATO** : Nº 802-2011/HOSPITAL NACIONAL CAYETANO HEREDIA,  
suscrito con fecha 15 de junio de 2011 para la adquisición de  
medicamentos  
**Nº DE EXPEDIENTE** : I659-2014

- 56) Ahora bien, siendo que se ha demostrado que Medifarma S.A. realizó el pago, este Colegiado considera oportuno proseguir con la evaluación del pedido de integración de la demandada sobre el pago de los intereses legales correspondiente al pago de los honorarios arbitrales.
- 57) Que, en este pedido, el Contratista solicita se integre el pago de intereses legales de conformidad con lo estipulado en el tercer párrafo del numeral 55 del Acta de Instalación, cuyo tenor es el siguiente:

*"En caso de que una de las partes asumiera el pago de los anticipos de honorarios ante la renuencia o demora de la otra, la que ha pagado tendrá derecho a repetir, exigiendo en vía de ejecución del Laudo, el reembolso con los intereses legales respectivos; sin perjuicio de habilitar de que el tribunal pueda establecer que el pago del íntegro de las costas y costos corresponda a la parte vencida en el arbitraje".* (Énfasis agregado)

- 58) Que, para tal efecto, es preciso recordar cuál era el tenor del pedido contenido en el Tercer Punto Controvertido:

**Tercer Punto Controvertido**

- Determinar si corresponde o no ordenar a Medifarma S.A. el reembolso y pago de todos los costos derivados por cualquier concepto del presente proceso arbitral".

- 59) Que, como podemos apreciar, el Contratista no solicita en el proceso arbitral el reconocimiento y pago de intereses legales respecto al pago en subrogación de los gastos arbitrales de la contraria, pues como se observa solo se limita al reconocimiento de dichos conceptos.

- 60) Que, al respecto, como ya se mencionó en esta resolución, los puntos controvertidos se establecen en función a las pretensiones planteadas, y por lo tanto, es la parte solicitante la que determina -en función al principio de iniciativa de parte- los extremos de las pretensiones sobre las cuales el Tribunal Arbitral emitirá su pronunciamiento.

- 61) En adición a ello, debe señalarse que todo pronunciamiento decisario que emita un Tribunal Arbitral debe obedecer siempre al principio de congruencia procesal para así ver realizado el derecho al debido proceso y a la tutela procesal efectiva que invoca nuestra Carta Magna; así, en virtud del principio de congruencia, un Tribunal Arbitral se encuentra obligado a decidir únicamente sobre lo que ha sido demandado, más no sobre cuestiones que no forman parte de lo pretendido por las propias partes, pues lo contrario implicaría insertarse en un pronunciamiento *ultra petita*, lo cual se encuentra proscrito de nuestro sistema de administración de justicia.

- 62) Que, por lo antes mencionado, al no advertirse en el tercer punto controvertido, que se solicite el pago de intereses legales por el monto que tiene que devolverse a Medifarma S.A. por el pago efectuado en subrogación de la Entidad, este Colegiado considera que no corresponde integrar dicho concepto al Laudo Arbitral.

- 63) Que, sin perjuicio de lo mencionado, si bien en el décimo segundo punto resolutivo del Laudo Arbitral no se consignó el pago de los intereses legales

**DEMANDANTE** : HOSPITAL NACIONAL CAYETANO HEREDIA  
**DEMANDADO** : MEDIFARMA S.A.  
**CONTRATO** : N° 802-2011/HOSPITAL NACIONAL CAYETANO HEREDIA,  
suscrito con fecha 15 de junio de 2011 para la adquisición de  
medicamentos  
**Nº DE EXPEDIENTE** : I659-2014

(pues ello no fue planteado como una pretensión), no puede desconocerse que, en virtud de su autonomía de la voluntad, las partes establecieron en el Acta de Instalación, el reconocimiento de intereses legales, en caso de subrogación del pago de anticipos de honorarios; por lo tanto, ello debe ser considerado al momento de solicitar el reembolso del monto pagado vía ejecución del Laudo.

- 64) Que, en atención a ello, teniendo en cuenta que el pedido de Integración busca sanear las omisiones en que pueda haber incurrido el laudo arbitral, como se precisó en el marco conceptual de la presente resolución, este Colegiado considerar declarar INFUNDADO el pedido formulado por el Contratista, y en ese sentido, no corresponde integrar al décimo segundo punto resolutivo del Laudo, el pago de intereses legales.

#### **DE LOS PEDIDOS CONTRA EL LAUDO FORMULADOS POR LA ENTIDAD**

##### **Interpretación del Cuarto y Séptimo extremos resolutivos del Laudo**

- 65) Que, la Entidad fundamenta su pedido indicando que el tema principal de la controversia planteada por el Contratista se centró en si efectivamente la demandante había cumplido con resolver válidamente el Contrato N° 802-2011/HOSPITAL NACIONAL CAYETANO HEREDIA; razón por la cual, el Tribunal Arbitral debió iniciar el análisis de todos los puntos materia de controversia, justamente con la verificación, en primer lugar, de si el procedimiento de resolución contractual se ajustaba a ley, y no en analizar el objeto del contrato, tal como lo ha hecho al analizar el cuarto punto controvertido.
- 66) Que, en cuanto a ello, la Entidad manifiesta que el Tribunal Arbitral determinó que en el presente caso se cumplió con la formalidad establecida en el artículo 169º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, sin embargo, incluyó entre los considerandos del Laudo, la Carta Notarial de fecha 4 de agosto de 2014, con la cual Medifarma S.A. comunica que la resolución del contrato era respecto del ítem 37: Ácido Micofenólico 250 mg.
- 67) Que, siendo ello así, la Entidad señala que no resulta claro el análisis efectuado por el Tribunal Arbitral respecto al procedimiento de resolución contractual en comento, pues señala que no es claro que el Colegiado determine que se ha producido una resolución contractual válida y total, cuando existe en este procedimiento de resolución la Carta notarial de fecha 4 de agosto de 2014, con la cual el Contratista regulariza y agota el procedimiento de resolución parcial del contrato, siendo que en dicha carta la resolución contractual deviene en irregular al no contemplar la Ley de Contrataciones del Estado ni su Reglamento, un acto de regulación posterior de la resolución contractual.
- 68) Asimismo, la Entidad considera que el análisis efectuado por el Tribunal Arbitral en estos extremos tampoco resulta totalmente claro, cuando en el último párrafo de la página 62 sostiene que "finalmente en cuanto al décimo punto controvertido, este Colegiado considera declararlo infundado en atención a que habiéndose determinado en el análisis del presente punto, que el Contrato respecto del ítem 37 (ácido Micofenólico. Sinonimia: Micofenolato Mofetilo) ha quedado resuelto de conformidad con la normativa, ha dejado de existir la obligación de Medifarma de cumplir con la

**DEMANDANTE** : HOSPITAL NACIONAL CAYETANO HEREDIA  
**DEMANDADO** : MEDIFARMA S.A.  
**CONTRATO** : Nº 802-2011/HOSPITAL NACIONAL CAYETANO HEREDIA,  
suscrito con fecha 15 de junio de 2011 para la adquisición de  
medicamentos  
**Nº DE EXPEDIENTE** : I659-2014

*mencionada prestación; por lo tanto, este colegiado no podrá obligar a dicha empresa a cumplir dicha prestación". Así las cosas, señala que el tribunal arbitral alude en ese punto a una resolución parcial del contrato, situación que contraviene en todas sus formas a su posición de asumir con el laudo la resolución total del contrato.*

- 69)** Que, concluye la fundamentación de su pedido señalando que "la falta de claridad y/o interpretación efectuada por el Tribunal Arbitral a la par que de manera determinante influyen en el cuarto y séptimo extremos resolutivos, igualmente lo hacen en lo referente al tercer, quinto, sexto, octavo, noveno, décimo, décimo primero y décimo segundo, extremos resolutivos del Laudo Arbitral toda vez que de haberse contemplado en el Laudo Arbitral la aplicación de un irregular procedimiento de resolución contractual por parte de la contratista, se nos hubiese otorgado la razón en las pretensiones formuladas a través de nuestra demanda y posterior ampliación de demanda arbitral, pues en coherencia con lo antes descrito, nunca se habría efectuado de manera válida la resolución del Contrato Nº 802-2011-HOSPITAL NACIONAL CAYETANO HEREDIA".
- 70)** Que, al respecto el Contratista en su absolución manifiesta que la Entidad pretende que el Tribunal revise y realice un nuevo análisis integral de todos los puntos controvertidos decididos a través del Laudo Arbitral. Pese a que el artículo 58 de la Ley de Arbitraje define y establece los límites de la interpretación, la cual incide en la parte decisoria respecto de algún extremo oscuro, impreciso o dudosa en esta parte del Laudo Arbitral, extendiéndose a los extremos (motivación) que influya para determinar los alcances de la ejecución.
- 71)** Que, no obstante ello, el Contratista señala que reguló su conducta sobre el procedimiento de resolución de contrato de conformidad con los artículos 168, 169 y 170 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
- 72)** Que, en efecto, las Bases Administrativas establecieron que el producto objeto del proceso de selección es el ACIDO MICOFENOLICO 250 mg TABLETA (Sinonimia: MICOFENOLATO MEFETILO), es decir, expresa y explícitamente consideró que ambas denominaciones farmacéuticas semánticamente tienen relación de identidad (Sinonimia).
- 73)** Que, asimismo, el Contratista agrega que basta con leer las Bases Integradas para establecer cuál fue el objeto del contrato; y, dentro de ella poner atención a la Ficha Técnica incorporada a ella.
- 74)** Que, teniendo en cuenta lo manifestado por las partes y lo indicado en el marco conceptual de la presente Resolución, este Colegiado considera no acceder a lo solicitado por la Entidad, en atención a que un pedido de Interpretación tiene como objetivo brindar herramientas a las partes para que puedan comprender de manera clara lo establecido en los resolutivos del Laudo Arbitral, ello con la finalidad de que se realice una ejecución correcta del mismo; no obstante ello, en el presente caso se advierte que la Entidad cuestiona de forma indirecta la decisión a la que arribó el Tribunal Arbitral manifestando su disconformidad con lo resuelto.
- 75)** Por lo tanto, declárese INFUNDADO el pedido de interpretación formulado por la Entidad.

**DEMANDANTE** : HOSPITAL NACIONAL CAYETANO HEREDIA  
**DEMANDADO** : MEDIFARMA S.A.  
**CONTRATO** : N° 802-2011/HOSPITAL NACIONAL CAYETANO HEREDIA,  
suscrito con fecha 15 de junio de 2011 para la adquisición de  
medicamentos  
**Nº DE EXPEDIENTE** : I659-2014

76) Que, sin perjuicio de ello, este Colegiado considera conveniente dar respuesta a lo señalado por la Entidad en su pedido de interpretación a fin de dejar claro lo determinado en el Laudo.

77) Que, al respecto, debe partirse por considerar en primer lugar, que el Tribunal Arbitral tiene la facultad de decidir la forma más conveniente de analizar los puntos materia de controversia de manera que permita una mayor congruencia en el análisis y desarrollo del laudo arbitral, esa facultad también le permite, de considerarlo conveniente, analizar los puntos controvertidos en conjunto, tal como se advierte de lo indicado en la página 12 del laudo arbitral:

*"Que, adicionalmente debe precisarse que, los puntos controvertidos constituyen una referencia para el análisis que debe efectuar el Tribunal Arbitral, 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 Tribunal Arbitral considera que el análisis debe realizarse de acuerdo a la forma siguiente (...)"*

78) Que, por eso motivo este Colegiado consideró analizar en primer lugar el tema del objeto del contrato para posteriormente analizar el procedimiento de resolución, dado que a criterio de este Colegiado era preciso dilucidar dicho punto para proceder con el análisis de la resolución contractual.

79) Que, ahora bien, en cuanto a lo expresado por la Entidad, respecto a que este Colegiado habría realizado una mala interpretación, debe precisarse que los argumentos por los cuales se determinó la validez de la resolución del Contrato formulado por el Contratista, claramente se encuentran desarrollados en las páginas 41 al 48 del Laudo Arbitral, concluyéndose del análisis realizado en ellas lo siguiente:

*"Del análisis realizado, se advierte que existe un incumplimiento por parte del Hospital Nacional Cayetano Heredia respecto a su obligación esencial de emitir las órdenes de compra correspondientes al Ítem 37, por lo tanto, la causal por la cual Medifarma ha resuelto el contrato se enmarca en lo establecido en el artículo 168.1 del Reglamento."*

*Habiéndose determinado que la resolución del contrato se ajusta a lo establecido en la normativa en contrataciones del Estado, debe precisarse que en el presente caso nos encontramos ante una resolución total del contrato, derivada del incumplimiento de la emisión de las órdenes de compra correspondiente al ítem 37; resolución efectuada a través de la carta notarial de fecha 23 de julio de 2014, no advirtiéndose del contenido de la mencionada carta que Medifarma haya especificado que se trataría de una resolución parcial respecto del ítem 37<sup>9</sup>.*

80) Que, en dichos párrafos claramente se puede advertir que en el laudo arbitral se determinó la existencia de una resolución del laudo arbitral

<sup>9</sup> Segundo y tercer párrafo de la página 48 del Laudo Arbitral.

**DEMANDANTE** : HOSPITAL NACIONAL CAYETANO HEREDIA  
**DEMANDADO** : MEDIFARMA S.A.  
**CONTRATO** : N° 802-2011/HOSPITAL NACIONAL CAYETANO HEREDIA,  
 suscrito con fecha 15 de junio de 2011 para la adquisición de  
 medicamentos  
**Nº DE EXPEDIENTE** : I659-2014

formulada por el Contratista, precisándose que la misma es TOTAL, conforme a lo indicado en la carta notarial de fecha 23 de julio de 2014 (carta con la cual hacía efectivo el apercibimiento contenido en la carta notarial de fecha 17 de julio de 2014). Por lo tanto, no existe oscuridad en el análisis realizado en el mencionado punto.

- 81)** Que, ahora bien respecto a lo indicado en la página 62 del Laudo Arbitral, en el cual, como lo cita la Entidad, el Tribunal se pronuncia respecto a "*Determinar si corresponde o no, ordenar a Medifarma S.A. la entrega del producto "Micofenolato Mofetilo", en sustitución del producto "Ácido Micofenólico", conforme a las condiciones establecidas en el Contrato N° 802-2011/HOSPITAL NACIONAL CAYETANO HEREDIA de fecha 15 de junio de 2011 (Ítem 37)*"; este Colegiado concluyó declarando infundado el Décimo Punto Controvertido en atención a que habiéndose determinado que el contrato ha quedado resuelto, ha dejado de existir la obligación de Medifarma respecto del Ítem 37 (Ácido Micofenólico. Sinonimia: Micofenolato Mofetilo).
- 82)** Que, a mayor abundamiento, debe considerarse que la consecuencia lógica de la determinación de la resolución total del Contrato tenga como efecto que las obligaciones dejen de existir, siendo en este caso que, habiéndose resuelto el Contrato, ya no podría ordenarse al Contratista el cumplimiento de la mencionada prestación, por lo tanto, este Colegiado reitera que no se presente en este punto extremo alguno que deba ser esclarecido.
- 83)** Por los motivos manifestados en los considerandos precedentes, este Colegiado considera que no existe oscuridad en el análisis y conclusiones arribadas en el Laudo Arbitral, y por lo tanto, lo solicitado por el contratista es IMPROCEDENTE, máxime si de la lectura de la solicitud se advierte un pedido de naturaleza impugnatoria, semejante al de una apelación, lo cual resulta improcedente en el arbitraje.

#### Interpretación del tercer extremo resolutivo del Laudo

- 84)** La Entidad manifiesta que existe falta de claridad y/o interpretación efectuada por el Tribunal en el laudo respecto al tercer extremo resolutivo del laudo arbitral, que recoge el pronunciamiento sobre la primera pretensión de la reconvenCIÓN, referida a la determinación del objeto del Contrato, toda vez que, de haberse contemplado que i) el ítem 37 comprendía tanto el Ácido Micofenólico como el Micofenolato Mofetilo, ii) que la Entidad no incumplió sus obligaciones esenciales del contrato en comento, y que iii) no omitió expedir las órdenes de compra por el producto ácido micofenólico, se le habría otorgado la razón en cuanto a las pretensiones formuladas en su demanda y posterior ampliación de demanda arbitral, pues en coherencia con lo que se indica en ningún momento el Tribunal Arbitral descartó la sinonimia existente entre los medicamentos anteriores descritos, resultando por ende válido que a partir de dicha sinonimia la Entidad haya podido optar por uno u otro producto farmacéutico, conforme a la utilidad farmacológica de los mismos.
- 85)** Al respecto, el Contratista en su absolución manifiesta respecto al objeto de la contratación que, basta con leer las bases integradas y dentro de las bases integradas poner atención a la ficha técnica incorporada a ella, para establecer cuál fue el objeto del contrato.

**DEMANDANTE** : HOSPITAL NACIONAL CAYETANO HEREDIA  
**DEMANDADO** : MEDIFARMA S.A.  
**CONTRATO** : Nº 802-2011/HOSPITAL NACIONAL CAYETANO HEREDIA,  
suscrito con fecha 15 de junio de 2011 para la adquisición de  
medicamentos  
**Nº DE EXPEDIENTE** : I659-2014

- 86)** Que, el Contratista además señaló que en las bases integradas, el contrato y la oferta ganadora definen en el ácido micofenólico sinonimia del micofenato mofetilo como objeto del contrato conforme a sus especificaciones técnicas; señala además que su oferta adjudicataria de la buena pro no podía ser distinta a su registro sanitario expedido por la autoridad sanitaria de acuerdo con el DS. Nº 010-97 SA y DS Nº 016-2011-SA. Así también, indica que ningún establecimiento farmacéutico puede fabricar o comercializar producto farmacéutico que no cuente con registro sanitario, el producto estrictamente debe tener la forma y concentración definida en el registro sanitario. La incongruencia de la Entidad radica precisamente en este aspecto legal.
- 87)** Que, en atención a lo señalado, de la revisión del pedido formulado por la Entidad, este Colegiado advierte claramente que este tiene una finalidad impugnatoria, de naturaleza análoga a una apelación, que no se ajusta a los supuestos establecido en el inciso b) del numeral 1) del artículo 58º de la Ley de Arbitraje; pues se advierte que la Entidad cuestiona indirectamente lo resuelto en el tercer extremo resolutivo del laudo, considerando que el Tribunal realizó una mala interpretación al no haberle dado la razón en cuanto a las pretensiones de su demanda; por lo tanto, este Tribunal considera desestimar el pedido de interpretación formulado por la Entidad en este punto.
- 88)** Que, al respecto debe considerar que la pretensión de la reconvención cuyo pronunciamiento se cuestiona en este punto consistía en la siguiente:
- "Primera Pretensión Principal  
Que, el Tribunal Arbitral declare que el objeto del contrato Nº 802-2011/HOSPITAL NACIONAL CAYETANO HEREDIA determinó, entre otros, como ítem 37 del Objeto del Contrato, el Ácido Micofenolico, producto farmacéutico que no ha sido requerido mediante orden de compra a nuestra representada conforme lo establece el contrato".*
- 89)** Que, ciñéndose al petitorio señalado, este Colegiado determinó que el ítem 37 del Objeto del Contrato, sí era el Ácido Micofenolico, y que tenía sinonimia con el Micofenolato Mofetilo, expresándose ello claramente en la parte considerativa del Laudo que, hecho sobre el cual no hay duda, en tanto que la Entidad reconoce en su recurso de interpretación que el Tribunal Arbitral señaló esta sinonimia.
- 90)** Que, asimismo, este Colegiado considera indicar que, tal como se precisó en el Laudo Arbitral, el hecho que exista una sinonimia entre 2 productos, no amerita que la Entidad haya tenido la potestad única de elegir con cual producto debería cumplirse la prestación, en tanto que en el objeto de dicho contrato, y de lo señalado en las bases, se indicaba que era de forma indistinta, no teniendo asidero que en cualquier momento la Entidad pida la sustitución del producto, pues ello debería haberse establecido en el Contrato.
- 91)** Que, por tales motivos, no existe oscuridad en cuanto a lo analizado y resuelto en el tercer extremo resolutivo del Laudo Arbitral. Por lo tanto, déclarase INFUNDADO el pedido de interpretación formulado por la Entidad respecto a este extremo.

**DEMANDANTE** : HOSPITAL NACIONAL CAYETANO HEREDIA  
**DEMANDADO** : MEDIFARMA S.A.  
**CONTRATO** : N° 802-2011/HOSPITAL NACIONAL CAYETANO HEREDIA,  
suscrito con fecha 15 de junio de 2011 para la adquisición de  
medicamentos  
**Nº DE EXPEDIENTE** : I659-2014

92) Que, lo antes mencionado, se encuentra claramente determinado en las páginas 33 y 34 del Laudo Arbitral:

*"Por las consideraciones expuestas, este Tribunal Arbitral declara fundada la Primera Pretensión de la Reconvención, analizada en el cuarto punto controvertido, pues el Objeto del Contrato N° 802-2011/HOSPITAL NACIONAL CAYETANO HEREDIA determinó como Ítem 37 el Ácido Micofenólico, estableciéndose como sinonimia el Micofenolato Mofetilo, pudiendo darse por satisfecha la prestación respecto a este Ítem con la venta de cualquiera de los dos productos, en tanto las partes establecieron contractualmente la sinonimia de los mismos, sin establecer tampoco, la facultad de la Entidad para elegir entre los productos mencionados para dar por satisfecho el mencionado Ítem 37".*

#### Interpretación del octavo y noveno extremo resolutivo del Laudo

93) Que, en cuanto a este punto la Entidad señala que existe falta de claridad e interpretación al haber determinado el Tribunal que el Contratista no ha acreditado de manera certera la producción del daño que irrogue una indemnización de daños y perjuicios a favor de la demandado como efecto de la resolución del contrato ni el pago de la suma de S/. 146,160.00 soles.

94) Que, sobre el particular, claramente se advierte que dicho pedido no constituye un pedido que tiene por finalidad dotar de una mayor explicación o mayores luces respecto de un aspecto oscuro, dudoso o ambiguo de lo resuelto en el laudo, sino que por el contrario, se puede apreciar que la Entidad cuestiona el razonamiento efectuado por el Tribunal, indicando que a su criterio no se habría probado de manera certera el daño.

95) Que, siendo ello así, este Colegiado considera que el pedido formulado por la Entidad tiene una finalidad impugnatoria, de naturaleza análoga a una apelación, que no se ajusta a los supuestos establecido en el inciso b) del numeral 1) del artículo 58º de la Ley de Arbitraje; y por lo tanto, considera desestimar el pedido de interpretación formulado por la Entidad en este punto.

96) Que, en atención a ello, este Colegiado considera declarar INFUNDADO el pedido de interpretación formulado por la Entidad respecto a estos extremos resolutivos del Laudo.

97) Que, sin perjuicio de ello, este Colegiado considera precisar que lo determinado en el octavo y noveno extremo resolutivo del laudo, se encuentra analizado y motivado de forma adecuada en las páginas 50 a la 61 del Laudo Arbitral.

#### Interpretación del décimo segundo extremo resolutivo del Laudo

98) Que, como fundamento de dicho pedido, el Contratista solicita al Tribunal Arbitral se sirva aclarar el décimo segundo extremo resolutivo cuyo tenor es el siguiente: *"las partes arbitrales asuman también en proporciones iguales las costas y costos generados por la tramitación del proceso arbitral"*; pues la Entidad manifiesta que al haberse considerado que no existe "parte

**DEMANDANTE** : HOSPITAL NACIONAL CAYETANO HEREDIA  
**DEMANDADO** : MEDIFARMA S.A.  
**CONTRATO** : N° 802-2011/HOSPITAL NACIONAL CAYETANO HEREDIA,  
suscrito con fecha 15 de junio de 2011 para la adquisición de  
medicamentos  
**Nº DE EXPEDIENTE** : I659-2014

perdedora", el criterio a asumir debió ser el de disponer que cada una de las partes asuma las costas y costos en que incurrió durante la tramitación del presente proceso arbitral.

**99)** Que, asimismo, la Entidad manifiesta que de manera posterior a la Resolución N° 17, hasta la emisión del Laudo Arbitral en cuestión, no se ha emitido Resolución Arbitral o notificado documento alguno que dé cuenta que Medifarma S.A. efectivamente ha cumplido con abonar los honorarios arbitrales correspondientes a la Entidad.

**100)** Por su parte, la Contratista, en su absolución, no hace mención a lo señalado por la Entidad.

**101)** Que, al respecto, corresponde citar el análisis realizado en la página 65 del Laudo Arbitral:

*"Considerando el resultado del arbitraje que en puridad, desde el punto de vista del Tribunal Arbitral, no puede afirmarse que existe una "parte perdedora", en vista de que ambas partes tuvieron motivos suficientes y atendibles para litigar, 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 de 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 Tribunal Arbitral y de la Secretaría Arbitral); así como los costos y costas en que incurrieron o debieron de incurrir como consecuencia del presente arbitraje".*

**102)** Que, respecto a que se asuman las costas y costos en partes iguales, en la citada parte del Laudo, claramente se puede apreciar que este Colegiado ha determinado que en atención a que no existe una parte perdedora, cada una debe asumir el pago de lo siguiente: i) la mitad de los gastos arbitrales decretados (honorarios del Tribunal Arbitral y de la Secretaría arbitral); y, ii) las costas y costos en que incurrieron a consecuencia del arbitraje. Por lo tanto, no existe oscuridad o punto que debe ser interpretado respecto a este extremo.

**103)** Que, ahora bien, respecto al pago en subrogación, conforme a lo señalado en los numerales 53) al 56) de la presente resolución, el Tribunal conviene en precisar que si bien no ha emitido una resolución en la cual se pronuncia sobre el pago realizado por el Contratista, en subrogación de la Entidad; no es menos cierto que en el tercer y noveno punto controvertido del Laudo Arbitral este Tribunal Arbitral dejó constancia que Medifarma S.A. efectivamente realizó dicho pago de los honorarios arbitrales en subrogación de la Entidad. No obstante, en los numerales mencionados se puede apreciar que en atención al pago realizado por Medifarma por el concepto mencionado, se remitió al Tribunal los cheques correspondientes, con lo cual, queda demostrado que sí se efectuó dicha cancelación.

**104)** Que, por lo antes mencionado, corresponde declarar INFUNDADO el pedido formulado por la Entidad respecto al décimo segundo punto controvertido.

**DEMANDANTE** : **HOSPITAL NACIONAL CAYETANO HEREDIA**  
**DEMANDADO** : **MEDIFARMA S.A.**  
**CONTRATO** : **Nº 802-2011/HOSPITAL NACIONAL CAYETANO HEREDIA,**  
                  **suscrito con fecha 15 de junio de 2011 para la adquisición de**  
**Nº DE EXPEDIENTE** : **medicamentos I659-2014**

**105)** Que, sin perjuicio de ello, este Tribunal Arbitral considera importante precisar que habiendo el Contratista asumido en vía de subrogación el pago correspondiente a la Entidad, corresponde al MINSA devolver a Medifarma los montos indicados en el décimo segundo extremo resolutivo del Laudo Arbitral.

**106)** Que, finalmente, el quinto párrafo del numeral 51) del Acta de Instalación del Tribunal Arbitral, establece lo siguiente:

*"Todo pronunciamiento sobre rectificación, interpretación, integración y exclusión dispuestas por el Tribunal Arbitral forman parte del laudo y no devengan honorarios adicionales".*

**107)** Que, en tal sentido, atendiendo a la regla contenida en el Acta de Instalación del presente arbitraje, el Tribunal Arbitral estima conveniente indicar a las partes que la presente Resolución, forma parte del Laudo Arbitral de fecha 10 de agosto de 2016.

**108)** Que, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 60º inciso 1) del Decreto Legislativo N° 1071: *"las actuaciones arbitrales terminarán y el tribunal arbitral cesará en sus funciones con el laudo por el que se resuelva definitivamente la controversia y, en su caso, con las rectificaciones, interpretaciones, integraciones y exclusiones del laudo"*, por lo que con la expedición de la presente Resolución el Tribunal Arbitral cesa en sus funciones.

Por lo que, el Tribunal Arbitral **RESUELVE**:

**PRIMERO: DECLÁRESE INFUNDADO** el pedido de Integración formulado por Medifarma S.A. con fecha 25 de agosto de 2016, respecto al noveno punto resolutivo del Laudo Arbitral en atención a los fundamentos esgrimidos por el Tribunal Arbitral en la presente Resolución.

**SEGUNDO: DECLÁRESE FUNDADO** el pedido de Integración formulado por el Medifarma S.A. con fecha 25 de agosto de 2016, respecto al décimo segundo punto resolutivo del Laudo, en atención a los fundamentos esgrimidos por el Tribunal Arbitral en la presente Resolución.

**TERCERO: DECLÁRESE INFUNDADO** el pedido de Interpretación formulado por el Hospital Nacional Cayetano Heredia con fecha 26 de agosto de 2016, respecto al cuarto y séptimo punto resolutivo del Laudo, en atención a los fundamentos esgrimidos por el Tribunal Arbitral en la presente Resolución.

**CUARTO: DECLÁRESE INFUNDADO** el pedido de Interpretación formulado por el Hospital Nacional Cayetano Heredia con fecha 26 de agosto de 2016, respecto al tercer extremo resolutivo del Laudo, en atención a los fundamentos esgrimidos por el Tribunal Arbitral en la presente Resolución.

**QUINTO: DECLÁRESE INFUNDADO** el pedido de Interpretación formulado por el Hospital Nacional Cayetano Heredia con fecha 26 de agosto de 2016, respecto al octavo y noveno extremo resolutivo del Laudo, en atención a los fundamentos esgrimidos por el Tribunal Arbitral en la presente Resolución.

**DEMANDANTE** : HOSPITAL NACIONAL CAYETANO HEREDIA  
**DEMANDADO** : MEDIFARMA S.A.  
**CONTRATO** : N° 802-2011/HOSPITAL NACIONAL CAYETANO HEREDIA,  
suscripto con fecha 15 de junio de 2011 para la adquisición de  
medicamentos  
**Nº DE EXPEDIENTE** : I659-2014

**SEXTO: DECLÁRESE INFUNDADO** el pedido de Interpretación formulado por el Hospital Nacional Cayetano Heredia con fecha 26 de agosto de 2016, respecto al décimo segundo extremo resolutivo del Laudo, en atención a los fundamentos esgrimidos por el Tribunal Arbitral en la presente Resolución.

**SÉTIMO: INDÍQUESE** a las partes que la presente resolución, forma parte del Laudo ARBITRAL de fecha 10 de agosto de 2016.

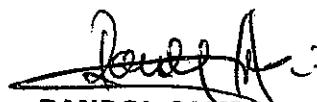
**OCTAVO: REMÍTASE** un ejemplar de la presente Resolución al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE, para los fines de ley.

**NOVENO: INDÍQUESE** a las partes que, al expedir la presente resolución, y conforme a la normativa arbitral aplicable, este Tribunal Arbitral da por concluidas sus actuaciones en el presente arbitraje de manera definitiva.-

**JUAN HUAMANI CHAVEZ**  
Presidente del Tribunal Arbitral

**HUMBERTO FLORES ARÉVALO**  
Árbitro

**PABLO SEGUNDO ESTEBAN TELLO**  
Secretario Arbitral

  
**RANDOL CAMPOS FLORES**  
Árbitro