
LAUDO ARBITRAL

PROCESO ARBITRAL

Corporación Biotec S.A.C. y Seguro Social de Salud – ESSALUD

ÁRBITRO ÚNICO

Dr. Alberto Retamozo Linares

SECRETARIA ARBITRAL

Melisa Salazar Chávez

TIPO DE ARBITRAJE

Nacional | Derecho | Ad Hoc

SEDE ARBITRAL

Calle. Chinchón N° 410- San Isidro – Lima

RESOLUCIÓN N° 32

Lima, 21 de junio de 2017

I. EXISTENCIA DE UN CONVENIO ARBITRAL

1. Con fecha 18 de marzo de 2014, Corporación BIOTEC S.A.C. (en adelante **BIOTEC**) y Seguro Social de Salud (en adelante **ESSALUD**) suscribieron el Contrato N° 4600043299 para la “Compra Corporativa de Productos Farmacéuticos para el Abastecimiento para el Año 2014” en adelante (**EL CONTRATO**), el cual en su cláusula décimo novena refleja el siguiente convenio arbitral:

“CLÁUSULA DÉCIMO NOVENA: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Cualquiera de las partes tiene el derecho a iniciar el arbitraje administrativo a fin de resolver las controversias que se presenten durante la etapa de ejecución contractual, dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 144°, 170°, 175°, 177° y 181° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado o, en su defecto, en el artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado.

Facultativamente, cualquiera de las partes podrá someter a conciliación la referida controversia, sin perjuicio de recurrir al arbitraje en caso no se llegue a un acuerdo entre ambas, según lo señalado en el artículo 214 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

El laudo arbitral emitido es definitivo e inapelable, tiene valor de cosa juzgada y se ejecuta como una sentencia.”

2. En tal sentido, las partes convinieron resolver todas las controversias derivadas de **EL CONTRATO** mediante arbitraje de derecho.

II. PLAZO PARA LAUDAR

3. Mediante Resolución N° 30 emitida el 23 de mayo de 2017, el Árbitro Único fijó el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles, contados a partir del día siguiente de notificada la Resolución, pudiendo ser prorrogado a su discreción por el mismo término.

III. CUESTIONES PRELIMINARES

4. Antes de analizar la materia controvertida, corresponde confirmar que el presente proceso se constituyó de acuerdo al convenio arbitral antes transcrito.
5. En ningún momento, dentro del presente proceso arbitral, alguna de las partes impugnó o reclamó contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación del presente proceso.
6. La demanda, fue presentada dentro del plazo correspondiente y de acuerdo a las reglas establecidas en el Acta de Instalación del Árbitro Único.
7. La Entidad, presentó la contestación de la demanda en el plazo correspondiente.
8. El Árbitro Único ha procedido a laudar dentro del plazo acordado con las partes.
9. En el Acta de Instalación del Proceso Arbitral, se establecieron las normas aplicables al presente caso, señalando que las mismas serán la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por el Decreto Legislativo N° 1017 y modificada por Ley N° 29873 (en adelante **LA LEY**), su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF y modificado por Decreto Supremo N° 138-2012-EF (en adelante **EL REGLAMENTO**), y el Decreto Legislativo N° 1071 que norma el arbitraje (en adelante **LA LEY DE ARBITRAJE**).

10. El Árbitro Único, resuelve la presente controversia de acuerdo al orden de prelación establecido en el artículo 52° inciso 3 de la Ley de Contrataciones del Estado, esto, es:

1. Constitución Política del Perú
2. Ley de Contrataciones del Estado
3. Reglamento de Contrataciones del Estado
4. Normas de Derecho Público
5. Normas del Derecho Privado

11. El Artículo VIII del Título Preliminar del Código Civil estipula que los jueces – léase árbitros – no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la Ley. En tales casos, deben aplicar los Principios Generales del Derecho y, preferentemente, los que inspiran el derecho peruano.

12. Los medios probatorios, deben tener por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes y producir certeza en el Juzgador – léase árbitros – respecto de los puntos controvertidos, de acuerdo a los Principios Generales de Necesidad de la Prueba, Originalidad de la Prueba, Pertinencia y Utilidad de la misma, entre otros.

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

IV. ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS DECLARADOS INVÁLIDOS POR LA 2º SALA CIVIL CON SUBESPECIALIDAD COMERCIAL DE LIMA

14. Mediante el Oficio N° 305-2016-0-1817-SP-CO-02 se notificó al Árbitro Único la Resolución N° 05 de fecha 24 de abril de 2017, mediante la cual la 2º Sala Subespecialidad Comercial declara consentida la sentencia contenida en la Resolución N° 04 de fecha 22 de febrero de 2017 la cual dispone:

*“**DECLARAR: FUNDADO** el recurso de anulación parcial del laudo arbitral; por consiguiente, se declara la **INVALIDEZ** del Laudo de fecha 02 de junio del año 2016, contenido en la resolución número veinte, en sus puntos resolutivos tercero, cuarto, quinto y sexto y **ORDENARON** al Árbitro Único expedir nuevo Laudo Arbitral conforme a lo detallado en las consideraciones precedentes; consecuentemente, **VÁLIDO** el laudo en sus puntos resolutivos primero, segundo y séptimo.”*

15. Por lo tanto, el Árbitro Único (en adelante **EL ÁRBITRO**) procede a expedir el siguiente laudo arbitral respecto al análisis del segundo, cuarto, quinto y sexto puntos controvertidos correspondientes al tercer, cuarto, quinto y sexto puntos resolutivos del Laudo Arbitral conforme a lo indicado en la parte considerativa de la Resolución N° 04 expedida por la 2º Sala Subespecialidad Comercial.

1. Análisis de EL ÁRBITRO

SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO: *Determinar si corresponde o no que se declare la ineficacia y/o invalidez de la resolución de Contrato efectuada mediante Resolución de Gerencia Central de Logística N° 0553-GCL-ESSALUD-2014, amparada en la causal referida a presuntos incumplimientos de obligaciones contractuales.*

16. Respecto a este punto controvertido, corresponde en primer lugar que **EL ÁRBITRO** analice si la resolución de **CONTRATO** realizada por **BIOTEC** debido a la causal de

caso fortuito o fuerza mayor es válida y eficaz; pues de serlo, la resolución de **CONTRATO** realizada por **ESSALUD** no sería válida.

a. Validez y eficacia de la resolución de CONTRATO realizada por BIOTEC debido a la causal de caso fortuito o fuerza mayor

17. **BIOTEC** indicó en su demanda arbitral que el evento extraordinario, imprevisible e irresistible que configuraría el caso fortuito o fuerza mayor sería la negativa de su proveedor que inicialmente les confirmó atender su requerimiento, además de la posterior escasez del producto **TRAMADOL HCL**.
18. Lo indicado por **BIOTEC** se encontraría plasmado en la carta de resolución notificada a **ESSALUD** el 15 de mayo de 2014 en la cual indica:

“8. Acorde a la información remitida por CHEMO S.A., se desprende que ha ocurrido un evento que afecta la provisión del principio activo, al existir escasez del insumo necesario para su fabricación. Cabe resaltar, que este evento ha sido imprevisible para nuestra representada al estar fuera de nuestra esfera de control, afectando en consecuencia, la fabricación del producto Tramadol Clorhidrato 50 mg- Tableta.

9. Sin perjuicio, de lo mencionado en el párrafo anterior, nuestra representada conforme a la debida diligencia que le asiste, requirió con carácter de Urgente a un tercer proveedor (SMARTPHARMA) (...)

11. Se infiere de la información remitida por el proveedor CHEMO S.A. Y SMARTPHARMA SAC, que existe un evento que imposibilita la provisión del principio activo TRAMADOL HCL, relacionado a la escasez del insumo para su fabricación. Ahora bien, el evento ocurrido es extraordinario y afecta directamente la fabricación de nuestro producto Tramadol Clorhidrato 50MG – Tableta y consecuente entrega a vuestra Entidad. (...)

12. Ante esta situación, nuestra representada invoca lo estipulado en la Cláusula Décimo sexta (resolución del contrato), por el cual se establece que cualquiera de las partes podrá

resolver el contrato, de conformidad con los artículos 44 de la ley de contrataciones del estado y 167 de su reglamento. (...)

Por lo expuesto, (...) procedemos a resolver el Contrato N° 4600043299, al acreditarse y configurarse un caso de fuerza mayor que imposibilita la continuación del contrato.”

19. Frente a ello, **ESSALUD** manifiesta en su contestación de demanda arbitral que **BIOTEC** no puede alegar un caso fortuito o fuerza mayor por cuanto el hecho alegado no constituye un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, pues la supuesta escasez alegada por **BIOTEC** nunca existió pues en el año 2014 existía disponibilidad del insumo Tramadol Clorhidrato, asimismo **BIOTEC** no habría actuado con la diligencia debida al momento de presentar su propuesta en el proceso de selección pues no verificó que sus proveedores pudiesen cumplir con atender el pedido realizado por ellos.

20. Es menester señalar resaltar que, según lo establecido en la Cláusula Décimo Cuarta de **EL CONTRATO**, en lo no previsto en el mismo, en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, en las directivas que emita el OSCE y demás normativa especial que resulte aplicable, se utilizarán las disposiciones pertinentes del Código Civil vigente y demás normas de derecho privado.

21. Por lo tanto, resulta necesario establecer qué se entiende por caso fortuito o fuerza mayor. Al respecto, el artículo 1315° del Código Civil Peruano establece:

“Artículo 1315°.- Caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.”

22. El tratadista peruano Felipe OSTERLING PARODI, en la Exposición de Motivos del vigente Código Civil, señala que:

“Los casos fortuitos o de fuerza mayor tienen iguales características. Teóricamente, sin embargo, cabe hacer una distinción. Así, se considera que el caso fortuito alude sólo a los

*accidentes naturales –lo que en el Derecho Anglo-Sajón se denomina “Act of God” (hecho de Dios); en cambio, la fuerza mayor involucra tanto los actos de terceros como los atribuibles a la autoridad – denominados en el Derecho Anglo-Sajón “Act of Prince” (hecho del príncipe) –.*¹

23. Asimismo, otro ilustre tratadista, Fernando DE TRAZEGNIES GRANDA, señala:

“La mayor parte de los casos fortuitos están constituidos por hechos de la naturaleza. Sin embargo, si tomamos en cuenta los tres adjetivos constitutivos del caso fortuito, no todo hecho natural dañino justifica ser considerado caso fortuito. (...)”

Por su parte, la expresión “fuerza mayor” se utilizaba originalmente para designar los actos del Soberano (...) Más tarde, la fuerza mayor se amplió a hechos del hombre en general que resultan perturbadores de la relación contractual por tratarse de actos delictivos como el chantaje (en sus consecuencias civiles, sin perjuicio de sus consecuencias penales), la amenaza, la agresión, etc. En todas estas eventualidades, para que constituya un caso de fuerza mayor el hecho debe ser imprevisible y crear una situación irresistible para quien lo sufre. (...)”

El Código Civil Peruano, siguiendo la línea de PLANIOL y de RIPERT, ha optado por una posición similar a la del Código argentino, utilizando indistintamente las expresiones de caso fortuito y fuerza mayor, sin que se origine ninguna distinción en cuanto a los efectos de uno u otro apelativo.

Es decir, el Código Civil Peruano ha simplificado, a mi manera de ver acertadamente, el uso de estas dos expresiones dándoles el mismo sentido. El artículo 1315 ha identificado caso fortuito con la fuerza mayor para efectos de la atribución de responsabilidad. Y es así que desde sus primeras palabras. [sic] Trata al caso fortuito o fuerza mayor como una y la misma cosa en relación a sus efectos jurídicos. Aquí el elemento clave está en la conjunción “o” -que significa dentro de este contexto algo así como “ambos” o “uno y otro”- y en el predicado “es” que reúne a ambos conceptos en uno sólo para atribuirles las mismas consecuencias legales. Así tenemos: “Caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable”. Ambos conceptos no son sino uno: la causa no imputable, vale decir, algo que dió origen al

¹ OSTERLING PARODI, Felipe. *Las Obligaciones*. Fondo PUCP, 1999, p. 199.

incumplimiento o al acto dañino pero a la cual no se le puede atribuir responsabilidad. Y, ¿en qué consiste esa causa no imputable? Pues en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

En realidad, la distinción pudiera encontrarse únicamente en las causas de una y otra situación, aunque sus consecuencias jurídicas son las mismas. Es así como la expresión "caso fortuito" ha sido tradicionalmente más usada en relación con situaciones en las que interviene la naturaleza o el azar, mientras que la expresión "fuerza mayor" se refiere más bien a una irresistible fuerza humana.

Pero lo fundamental es que, en el Código Civil, estas dos situaciones dan lugar a las mismas consecuencias jurídicas, dentro de ciertas condiciones rigurosas.”²

24. Según el Código Civil peruano y la calificada doctrina peruana, para que un evento o acontecimiento sea calificado como caso fortuito o fuerza mayor deben concurrir tres requisitos: i) el evento debe ser extraordinario, ii) deber ser imprevisible y iii) debe ser irresistible. Sobre estos requisitos, Fernando DE TRAZEGNIES GRANDA indica:

“En este sentido, no tiene responsabilidad la parte que incumplió el contrato siempre que estuviera presente una situación anormal que impediría el cumplimiento, y que tal situación - llámese caso fortuito o fuerza mayor- presente las siguientes tres características que deben darse conjuntamente: que el evento exterior que frustra el incumplimiento de la obligación y produce un daño en la contraparte se haya debido a un hecho extraordinario, imprevisible e irresistible. (...)

Un hecho extraordinario es algo, como lo dice su apelativo, que sale de lo ordinario, que no se ajusta a la sucesión normal de hechos. Un terremoto grado ocho que tira abajo a media ciudad indudablemente causará daños en la temporalidad del pago que debe efectuar una de

² DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. “Comentarios al artículo 1315 del Código Civil”. En: *Tratado de Responsabilidad Civil Contractual y Responsabilidad Civil Extracontractual*. Lima- Véase también: DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *La Responsabilidad Extracontractual. Para Leer el Código Civil*. Vol. IV. Tomo I. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial: Lima, 2001. pp. 328-355.

las partes a la otra, en la capacidad de hacer ese pago después de que su casa ha quedado destruida o quizá incluso en la inhabilitación física o la muerte.(...)

En todos estos casos estamos antes hechos extraordinarios. Pero, ¿eran imprevisibles? En un lugar donde los temblores de tierra son frecuentes y los terremotos están en la agenda, ¿podemos decir que construir un edificio sin las condiciones antisísmicas propias puede ampararse en la imprevisibilidad para escapar de la responsabilidad con los propietarios? No parece posible, cuando menos en los países y regiones donde los temblores son frecuentes y los terremotos son probables. Si el edificio ha sido construido tomando todas las medidas técnicamente razonables para cuidarlo en caso de terremoto y el terremoto tuvo una potencia extrema, imprevisible, la empresa constructora no puede ser responsabilidad [sic]. Pero si no tomó esas precauciones sino que estableció seguridades por debajo del standard, no cabe duda de la caída del edificio era previsible y, por tanto, no nos encontramos frente a un caso fortuito ni de fuerza mayor que permita ingresar el contrato dentro del artículo 1315 del Código Civil.

La tercera condición que establece la norma comentada es que el hecho sea irresistible. Este es el elemento que consolida la figura y nos la presenta completa: el hecho causante del daño - además de ser extraordinario e imprevisible- tiene que ser irresistible.

Esto significa que el acto extraordinario, previsible y que está causando destrozos, sea imparable.(...)

Y ésta es una condición perfectamente lógica porque se presume que, para no incurrir en negligencia, aquel que ha sufrido una situación concorde con lo antes explicado, debe intentar, por todos los medios a su alcance, detener la amplitud de los daños. Aquellos daños que pudieron ser evitados -es decir, que era posible resistirse a ellos, sea directamente o a través de un tercero o de una entidad pública- pero que no lo fueron por negligencia de la contraparte contractual que estaba en aptitud de reducirlos y que no lo hizo, quedan al margen del caso fortuito o fuerza mayor.”³

³ Ibidem 8.

25. Luego de estas precisiones conceptuales, **EL ÁRBITRO** considera que se debe analizar si efectivamente el hecho alegado por **BIOTEC** cumple con los tres requisitos que deben darse para que se le considere como un caso fortuito o fuerza mayor.

(i) Evento extraordinario

26. Tal como se indicó líneas arriba, **BIOTEC** alega que el evento extraordinario sería la escasez del insumo para la materia prima y producción de Tramadol HCL, necesario para la fabricación de Tramadol Clorhidrato.
27. De la revisión del expediente **EL ÁRBITRO** advierte que efectivamente mediante carta⁴ de fecha 09 de abril de 2014 el proveedor de **BIOTEC**, Chemo S.A. le indicó:

“Con referencia a su Orden de Compra N° 02-2014, les informamos que el fabricante del principio activo TRAMADOL HCL, nos ha manifestado que ante la escasez de insumos para la materia prima y su producción, prevé su atención en 4 a 6 meses aproximadamente.

En ese sentido, no podremos atender la orden de compra en los plazos acordados visto que son hechos que se presentan y que están fuera de todo cálculo y previsión.”

28. Sin embargo, **ESSALUD** en su contestación de demanda arbitral indica que aquello no puede constituir como un hecho extraordinario pues mediante Carta N° 2034-GCL-ESSALUD-2014⁵ de fecha 21 de mayo de 2014 consultó a la Dirección General de Medicamentos, Insumos y Drogas – DIGEMID si la escasez de materia prima afectaría el normal abastecimiento del producto en mención en el país, a lo que DIGEMID mediante Oficio N° 1936-2014-DIGEMID-DG-DAUM-ACCESO/MINSA⁶ habría señalado que según la información remitida por los laboratorios fabricantes éstos contarían con stock disponible para la producción del producto farmacéutico. Por lo tanto, no sólo la escasez alegada por **BIOTEC** no sería un hecho extraordinario sino que no existiría.

⁴ Anexo 4.16 del escrito de demanda arbitral presentado por CORPORACIÓN BIOTEC S.A.C el 24 de marzo de 2015.

⁵ Anexo 2-B del escrito de contestación de demanda arbitral presentado por el SEGURO SOCIAL DE SALUD – ESSALUD el 10 de junio de 2015.

⁶ Anexo 2-C del escrito de contestación de demanda arbitral presentado por el SEGURO SOCIAL DE SALUD – ESSALUD el 10 de junio de 2015.


29. De la revisión de los medios probatorios ofrecidos por las partes, **EL ÁRBITRO** advierte que mediante Oficio N° 1936-2014-DIGEMID-DG-DAUM-ACCESO/MINSA de fecha 10 de setiembre de 2014 la DIGEMID absolvió la consulta de **ESSALUD** indicando:

“(...) según la información remitida por los laboratorios fabricantes, cuentan con stock disponible del IFA Tramadol Clorhidrato, para la producción del mencionado producto farmacéutico, en las diferentes presentaciones. (...)”

30. Asimismo, mediante Memorándum N° 1861-2014-DIGEMID-DAS-ED/MINSA⁷, notificado a la Dirección de Acceso y Uso de Medicamentos el 11 de agosto de 2014, la Dirección de Autorizaciones Sanitarias indicó lo siguiente:


“(...) tengo el agrado de dirigirme a Ud., en atención a los documentos de la referencia a(y b), mediante los cuales solicita se informe respecto a la situación del abastecimiento, el consumo nacional o distribución de los 2 últimos años, estock actual y la disponibilidad del Tramadol Clorhidrato de la lista IV B del Reglamento de Estupefacientes, Psicotrópicos y Otras Sustancias Sujetas a Fiscalización Sanitaria. (...)”

DISPONIBILIDAD DEL INSUMO TRAMADOL CLORHIDRATO 2014:



Previsión	Consumo en Fabricación	Disponibilida d Solución Inyectable	Disponibilida d Solución Oral Gotas	Disponibilida d Tab, Cap	Saldo en Sustancia para Importar
1'678,579 kg	531.424 kg	2'098,200 Und	139,882 Und	3'664,000 Und	1'678,04 8 kg

(...)”



⁷ Anexo 2-D del escrito de contestación de demanda arbitral presentado por el SEGURO SOCIAL DE SALUD – ESSALUD el 10 de junio de 2015.

31. Sin embargo, dichos documentos acreditan que los fabricantes nacionales contaban con la materia prima más no prueban la no existencia de una escasez, pues en ninguno de los dos documentos citados anteriormente se niega el escenario de escasez de Tramadol HCL, sólo se indica que los fabricantes nacionales cuentan con un “*stock disponible*”⁸.
32. Asimismo, se debe tener en cuenta que tales documentos hacen referencia a los fabricantes más no a los proveedores de la materia prima; es decir, se indica que los laboratorios fabricantes cuentan con el stock disponible pero no si los proveedores cuentan con la materia prima para seguir distribuyéndola.
33. Por lo tanto, **ESSALUD** no ha logrado desvirtuar el escenario de escasez al que se enfrentaban los proveedores de materia prima de **BIOTEC**.
34. En consecuencia, dado que la escasez de una materia prima no es un hecho ordinario que sea común y concurrente, se concluye que la escasez de Tramadol HCL sí califica como un hecho extraordinario.

(ii) Evento imprevisible

35. En cuanto a este extremo **ESSALUD** indicó en su contestación de demanda que la escasez de la materia prima no configuraría como un hecho imprevisible pues si **BIOTEC** sabía desde el 11 de diciembre de 2013 – fecha en que se publicó la Licitación Pública – que tenía intenciones de participar en el proceso de selección, debió tomar las diligencias necesarias para cumplir con **EL CONTRATO** en caso ganara la buena pro.
36. Asimismo, indica que al 13 de enero de 2014 **BIOTEC** garantizó con la presentación de su propuesta que cumplía con las especificaciones técnicas y las condiciones contenidas en las bases del proceso de selección; sin embargo, habría sido con posterioridad a la presentación de tal propuesta, el 23 de enero de 2014, que su

⁸ Extracto del Anexo 2-C del escrito de contestación de demanda arbitral presentado por el SEGURO SOCIAL DE SALUD – ESSALUD el 10 de junio de 2015.

proveedor le habría remitido una cotización en la que propone como fecha de entrega del producto los meses de marzo y abril.

37. A decir de **ESSALUD** ello evidenciaría que **BIOTEC** no actuó con la diligencia debida para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones, por lo que no estaríamos frente a un hecho imprevisible.
38. Respecto al cumplimiento de la diligencia ordinaria requerida, Felipe OSTERLING PARODI indica:

“El artículo 1314 prescribe que quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inexecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso. La norma se refiere a la causa no imputable, es decir, a la ausencia de culpa, (...) El artículo 1314 prescribe que quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inexecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso. La norma se refiere a la causa no imputable, es decir, a la ausencia de culpa, (...).

En todo caso fortuito o de fuerza mayor hay, necesariamente, ausencia de culpa. Estos eventos configuran, definitivamente, causas no imputables.

(...) la previsibilidad no debe apreciarse en abstracto, porque si así lo hiciéramos prácticamente todo acontecimiento sería previsible y no existiría, por tanto, el caso fortuito o de fuerza mayor. El acontecimiento es imprevisible cuando los contratantes no tienen motivos atendibles para presumir que éste vaya a suceder. La noción de imprevisibilidad se aprecia, pues, tomando en consideración todas las circunstancias de la obligación. La rareza, el carácter anormal del evento, las 3 remotas posibilidades de realización, configuran el caso fortuito o de fuerza mayor.

(...)

Los Mazeaud, al distinguir entre el caso fortuito o de fuerza mayor y la ausencia de culpa, expresan que ‘para saber si existe ausencia de culpa, hay que preguntarse si una persona cuidadosa se habría comportado como el demandado. Para saber si existe fuerza mayor, hay que preguntarse si una persona cuidadosa se habría encontrado en la imposibilidad de obrar de manera distinta que el demandado. Así, cabe no haber incurrido en culpa alguna sin que exista fuerza mayor’.

Messineo, comentando el Código Civil italiano de 1942, se refiere al caso fortuito o fuerza mayor con significado diverso del de causa no imputable. La causa no imputable –afirma Messineo– debe concebirse en sentido negativo, esto es, como la circunstancia genérica impeditiva cuya paternidad no puede hacerse remontar a la voluntad o conciencia del deudor y cuya presencia basta para exonerarlo; el caso fortuito o de fuerza mayor es un hecho positivo que en determinadas circunstancias se exige para la exoneración. La regla general para exonerarse – agrega– es la presencia de una causa no imputable (hecho negativo), mientras que en otros casos es necesaria la prueba más gravosa del caso fortuito o de fuerza mayor (hecho positivo tampoco imputable). Parece claro, entonces, que en la ausencia de culpa el deudor no está obligado a probar el hecho positivo del caso fortuito o de fuerza mayor, esto es la causa del incumplimiento debida a un evento de origen extraordinario, imprevisto e inevitable. En la ausencia de culpa, el deudor está simplemente obligado a probar que actuó con la diligencia requerida, sin necesidad de demostrar el acontecimiento que ocasionó la inejecución de la obligación. La ausencia de culpa se prueba acreditando la conducta diligente; a diferencia del evento fortuito, cuya prueba, a veces más severa, requiere identificar el acontecimiento y otorgarle las características señaladas de extraordinario, imprevisto e irresistible.”⁹

39. A decir de ESSALUD ello evidenciaría que BIOTEC no actuó con la diligencia debida para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones, por lo que no estaríamos frente a un hecho imprevisto.
40. Tal como se ha indicado en la cita anterior para saber si existe fuerza mayor, hay que preguntarse si una persona cuidadosa se habría encontrado en la imposibilidad de obrar de manera distinta que el demandado.
41. De acuerdo a lo indicado por ESSALUD una persona cuidadosa hubiera previsto desde la presentación de su propuesta contar con la materia prima necesaria.
42. Sin embargo, y teniendo en cuenta lo señalado por Felipe OSTERLING PARODI al comentar el artículo 1314° del Código Civil “el requisito de la previsión se exige cuando el

⁹ OSTERLING PARODI, Felipe. Comentarios al artículo 1314 del Código Civil. pp. 2-3. Ver: <http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/Art%C3%ADculo%201314.pdf>

deudor no previó lo que debía, o cuando habiendo previsto el acontecimiento, se obliga a algo presumiblemente iba a ser imposible. En ambos casos el acontecimiento es imputable al deudor, pues equivale a un hecho suyo”, **BIOTEC** al momento de presentar su propuesta no estaba comprometiéndose a algo imposible pues él ya contaba con un proveedor de la materia prima para producir el producto final a entregar que era Chemo S.A., e incluso, tal como se aprecia del correo electrónico¹⁰ de fecha 10 de abril de 2014 tenía otro proveedor frecuente que era Smart Pharma S.A.C. pues se indica:

“(…) en anteriores oportunidades hemos contado con crédito de 120 DÍAS (…)”

43. Asimismo, **BIOTEC** sí previno lo que debía pues tal como lo señala **ESSALUD** en su contestación de demanda, **BIOTEC** debía cumplir con la primera entrega a los sesenta (60) días de suscrito **EL CONTRATO**, esto es el 17 de mayo de 2014. Y tal como se aprecia de los medios probatorios presentados por **BIOTEC** la Orden de Compra fue enviada al primer proveedor Chemo S.A. el 13 de marzo de 2014 (cinco días antes de la suscripción de **EL CONTRATO**), se le reiteró el pedido mediante carta¹¹ de fecha 01 de abril de 2014, frente a la respuesta de escasez del producto **BIOTEC** realiza el requerimiento a Smart Pharma mediante correo de fecha 10 de abril de 2014.
44. Como vemos, **BIOTEC** sí cumplió con la diligencia debida pues realizó todas las actuaciones posibles para cumplir con sus obligaciones.
45. Asimismo, la escasez de la materia prima para la elaboración del producto sí configura como un hecho imprevisible pues **BIOTEC** toma conocimiento del mismo mediante la carta del 09 de abril de 2014 enviada por Chemo S.A.A, y no había forma que **BIOTEC** pudiera prever con anterioridad a la celebración de **EL CONTRATO** o de la presentación de su propuesta que tal escasez se presentara.
46. Por lo tanto, se concluye que la escasez de Tramadol HCL también califica como un hecho imprevisible.

¹⁰ Anexo 4.17 del escrito de demanda arbitral presentado por CORPORACION BIOTEC S.A.C. el 24 de marzo de 2015.

¹¹ Anexo 4.15 del escrito de demanda arbitral presentado por CORPORACION BIOTEC S.A.C. el 24 de marzo de 2015.

(iii) Evento irresistible

47. **ESSALUD** señala que la irresistibilidad supone la imposibilidad de cumplimiento y la dificultad del mismo no exonera al deudor. Por lo tanto, si **BIOTEC** no podía cumplir con sus obligaciones, debió agotar todas las alternativas que le ofrece el mercado para poder cumplir con tales y no proceder a resolver **EL CONTRATO** directamente; por lo que el incumplimiento de su proveedor no constituye una circunstancia que la libere de su obligación.
48. Frente a ello, **BIOTEC** señaló en su escrito de contestación de reconvención que su empresa manda a fabricar el producto en el país bajo contrato y Registro Sanitario exclusivo con un Laboratorio Farmacéutico aprobado por DIGEMID y cuando participó en el proceso de selección su oferta respondía a una evaluación hecha en función a la comercialización de un producto bajo esas condiciones. Por lo que, resultaría ilógico que siendo ellos dueños de marco bajo una sola condición de fabricación participen en un proceso para abastecer con productos de otros fabricantes, situación que no sería posible cumplir considerando que su registro sanitario solo está permitido fabricar con un solo laboratorio fabricante.
49. De la revisión de los medios probatorios, **EL ÁRBITRO** advierte que efectivamente, la Resolución Directoral N° 2188-SS/DIGEMID/DAS/ERPF¹² de fecha 12 de febrero de 2009 señala:

“1ro. Autorizar con el número N-25564, la INSCRIPCION en el Registro Sanitario de la ESPECIALIDAD FARMACEUTICA NACIONAL DOLEX[®] 50mg cápsulas caja de cartón (...), para venta con receta médica retenida, elaborado por LABORATORIOS NATURALES Y GENÉRICOS S.A.C. para Droguería CORPORACIÓN BIOTEC S.A.C.(...)”

50. Tal Resolución indica que la fecha de vencimiento del Registro Sanitario es el 10 de febrero de 2014; sin embargo tal como aparece en el Anexo 4.3 del escrito de

¹² Anexo 4.3 del escrito de contestación de reconvención presentado por CORPORACION BIOTEC S.A.C. el 03 de julio de 2015.

contestación de reconvencción de **BIOTEC**, la parte habría solicitado una reinscripción; por lo tanto de acuerdo a lo señalado en la Segunda Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Supremo N° 016-2011-SA y la Primera Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Supremo N° 016-2013-SA, la vigencia del Registro Sanitario del producto se tendrá por prorrogada hasta el pronunciamiento de la Autoridad Sanitaria respecto a tal solicitud.

51. Por lo tanto, si bien **BIOTEC** se encontraba obligada a cumplir con su obligación agotando todos los medios a su alcance de manera que evitara los daños a ocasionarse; tampoco podía para ello recurrir a la compra del producto farmacéutico final a cualquier laboratorio pues si bien el objeto del **CONTRATO** era el abastecimiento por parte de **BIOTEC** del producto Tramadol Clorhidrato, éste debía ser elaborado por el Laboratorios Naturales y Genéricos S.A.C., tal y como lo señala el Registro Sanitario de su marca DOLEX; de lo contrario estaría incumpliendo con lo ofrecido en el proceso de selección.
52. En consecuencia, y habiendo quedado demostrado que **BIOTEC** sí agotó todos los medios a su alcance pues ante la respuesta de escasez de materia prima de su proveedor Chemo S.A. acudió a otro proveedor Smart Pharma S.A.C. el cual le proporcionó la misma respuesta, el hecho de escasez de materia prima también configura un evento irresistible.
53. Al haber concurrido los tres elementos necesarios para la configuración de caso fortuito o fuerza mayor, **EL ÁRBITRO** concluye que la resolución de **CONTRATO** realizada por **BIOTEC** mediante carta de fecha 15 de mayo de 2014 es válida y eficaz.
54. Por lo tanto, **EL ÁRBITRO** declara **FUNDADO** el segundo punto controvertido; en consecuencia corresponde declarar inválida e ineficaz la resolución de **CONTRATO** efectuada por **ESSALUD** mediante Resolución de Gerencia Central de Logística N° 0553-GCL-ESSALUD-2014, amparada en la causal referida a presuntos incumplimientos de obligaciones contractuales.

CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO: *Determinar si corresponde o no declarar la ineficacia o invalidez de la resolución del contrato efectuada por el Contratista a la Entidad, al amparo de la causal de caso fortuito o fuerza mayor, realizada mediante carta de fecha 15 de mayo de 2014.*

55. En base a lo resuelto en el numeral 53 del segundo punto controvertido, EL **ÁRBTRI**O declara **INFUNDADO** el cuarto punto controvertido; en consecuencia no corresponde declarar inválida e ineficaz la resolución del **CONTRATO** efectuada por **BIOTEC** a **ESSALUD** al amparo de la causal de caso fortuito o fuerza mayor, realizada mediante carta de fecha 15 de mayo de 2014.

QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO: *Determinar si corresponde ordenar al Contratista que reconozca y pague una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados presuntamente a la Entidad con la Resolución del Contrato N° 4600043299 por la causal de incumplimiento.*

56. Respecto al caso fortuito o fuerza mayor Felipe OSTERLING PARODI señala:

“(…) En todo caso fortuito o de fuerza mayor hay, necesariamente, ausencia de culpa. Estos eventos configuran, definitivamente, causas no imputables.”¹³

57. En cuanto a la procedencia de la indemnización por daños y perjuicios, el citado tratadista indica:

“Para que proceda la indemnización de daños y perjuicios se requiere la concurrencia de tres elementos:

- (a) La inexecución de la obligación, que es el elemento objetivo;*
- (b) La imputabilidad del deudor, o sea el vínculo de causalidad entre el dolo y la culpa y el daño, que es el elemento subjetivo; y*
- (c) El daño, pues la responsabilidad del deudor no queda comprometida si no cuando la inexecución de la obligación ha causado un daño al acreedor.”¹⁴*

¹³ Ídem 15

58. En el presente caso, al haberse configurado una resolución de contrato por caso fortuito o fuerza mayor, lo que acarrea ausencia de culpa, no se cumpliría con el requisito de imputabilidad del deudor para que proceda la indemnización de daños y perjuicios pues no existe un nexo causal entre el dolo, la culpa y el daño.
59. Asimismo, cabe precisar que **ESSALUD** tampoco presentó los medios de prueba necesarios que acrediten el daño alegado.
60. Por lo tanto, **EL ÁRBITRO** declara **INFUNDADO** el quinto punto controvertido; en consecuencia no corresponde ordenar a **BIOTEC** que reconozca y pague una indemnización por daños a perjuicios a **ESSALUD**.

SEXTO PUNTO CONTROVERTIDO: *Determinar si corresponde aplicar al Contratista la penalidad equivalente al 10% del monto contratado y ordenar el pago correspondiente a favor de la Entidad.*

61. En vista de lo resuelto en el segundo punto controvertido, **EL ÁRBITRO** declare **INFUNDADO** el sexto punto controvertido; en consecuencia, no corresponde aplicar a **BIOTEC** la penalidad equivalente al 10% del monto contratado y ordenar el pago correspondiente a favor de la Entidad.

V. CUESTIONES FINALES


Que finalmente, el Árbitro Único deja constancia que para la expedición de este laudo ha analizado todos los argumentos de defensa expuestos por las partes y ha examinado cada una de las pruebas aportadas por estas de acuerdo a las reglas de la sana crítica y al Principio de Libre Valoración de la Prueba y que el sentido de su decisión, es el resultado de ese análisis y de su convicción sobre la controversia, al margen de que algunas pruebas presentadas o actuadas y algunos de los argumentos esgrimidos por las partes, no hayan

¹⁴ OSTERLING PARODI, Felipe. *La indemnización de daños y perjuicios*. pp. 398. Ver: <http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/La%20indemnizacion%20de%20da%C3%B1os.pdf>

sido expresamente citados en el presente laudo, habiendo tenido también presente durante la tramitación de todo este proceso arbitral y en la expedición de este laudo, los principios que orientan y ordenan todo arbitraje y que fueron consignados en el Acta de Instalación del Árbitro Único.


VI. DE LA DECISIÓN

Que, en atención a ello y siendo que el Árbitro Único, no representa los intereses de ninguna de las partes y ejercen el cargo con estricta imparcialidad y absoluta discreción, así como que en el desempeño de sus funciones, ha tenido plena independencia y no ha estado sometido a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones, gozando del secreto profesional; por lo que habiéndose agotado todas las etapas del proceso y no existiendo pretensión por analizar, y estando a los considerandos precedentemente glosados de conformidad a lo dispuesto por el Acta de Instalación del Árbitro Único, Ley de Arbitraje y de conformidad con las normas antes invocadas, resuelve:



PRIMERO: **DECLARAR FUNDADO** el segundo punto controvertido; en consecuencia, corresponde declarar inválida e ineficaz la resolución de contrato efectuada por el Seguro Social de Salud - EsSalud mediante Resolución de Gerencia Central de Logística N° 0553-GCL-ESSALUD-2014, amparada en la causal referida a presuntos incumplimientos de obligaciones contractuales.

SEGUNDO: **DECLARAR INFUNDADO** el cuarto punto controvertido; en consecuencia, no corresponde declarar inválida e ineficaz la resolución de contrato efectuada por Corporación Biotec S.A.C. al Seguro Social de Salud - EsSalud al amparo de la causal de caso fortuito o fuerza mayor, realizada mediante carta de fecha 15 de mayo de 2014.

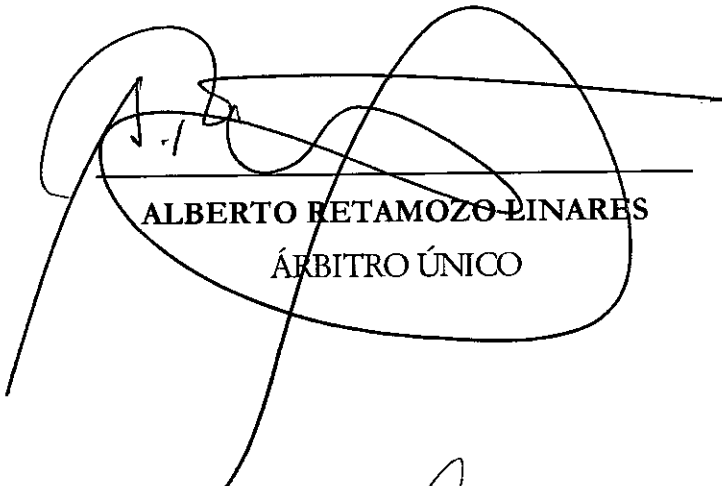


TERCERO: **DECLARA INFUNDADO** el quinto punto controvertido; en consecuencia, no corresponde ordenar a Corporación Biotec S.A.C. que reconozca y pague una indemnización por daños a perjuicios al Seguro Social de Salud - EsSalud.

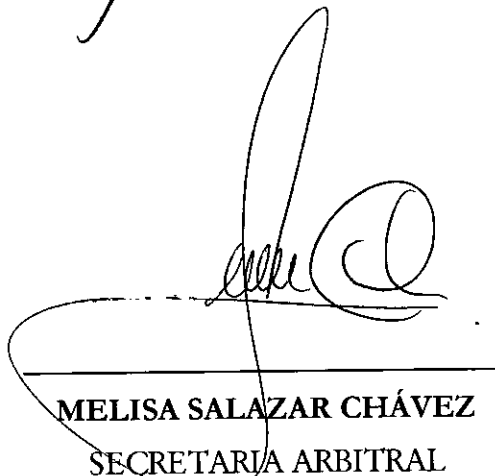
CUARTO: DECLARAR INFUNDADO el sexto punto controvertido; en consecuencia, no corresponde aplicar a Corporación Biotec S.A.C. la penalidad equivalente al 10% del monto contratado y ordenar el pago correspondiente a favor del Seguro Social de Salud - EsSalud.

QUINTO: DISPÓNGASE a la Secretaría Arbitral Ad Hoc, remitir una copia del presente Laudo al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, conforme a lo dispuesto en el artículo 52° de la Ley de Contrataciones del Estado.

El presente laudo es inapelable y tiene carácter imperativo para las partes, en consecuencia, firmado, notifíquese para su cumplimiento, con arreglo a la ley que norma el arbitraje, Decreto Legislativo N° 1071, notificándose a las partes que se han sometido al arbitraje con arreglo a ley.



ALBERTO RETAMOZO PINARES
ÁRBITRO ÚNICO



MELISA SALAZAR CHÁVEZ
SECRETARÍA ARBITRAL

AD-HOC Centro Especializado en Solución de Controversias