

2019 NOV 29 P 2:01

R E C I B I D O
RECIBIDO
CONSEJO DE COMERCIO DE LIMA
INFORMACIÓN

CENTRO DE ARBITRAJE DE LA CAMARA DE COMERCIO DE LIMA

Arbitraje seguido entre:

MEDIFARMA S.A

Y

MINISTERIO DE SALUD

"Contrato N° 111-2017-MINSA SUBASTA INVERSA ELECTRONICA CORPORATIVA N° 009-2016-CENARES/MINSA "COMPRA CORPORATIVA DE PRODUCTOS FARMACEUTICOS PARA EL ABASTECIMIENTO DE 24 MESES" (ÍTEMES 2, 4, 6, 8, 21, 24, 34, 37, 41, 42, 46, 47, 48, 52, 58, 62, 68, 70, 77, 81, 82, 87, 92, 97, 103, 108, 117, 118, 122, 124, 125 y 130 - EX IGSS)

Monto del Contrato: S/. 7'491,003.19

Materia: Aplicación de Penalidades

LAUDO DE DERECHO

Tribunal Arbitral

María Hilda Becerra Farfán

Jhanett Victoria Sayas Orocaja

Ricardo León Pastor

(Handwritten signature)
Caso Arbitral N° 0505-2018-CCL

Secretaria Arbitral: Irene Zegarra-Ballón Quintanilla

(Handwritten signature)
Lima, 22 de noviembre de 2019

LAUDO DE DERECHO

Laudo de Derecho emitido por el Tribunal Arbitral presidido por la abogada María Hilda Becerra Farfán e integrado por los abogados Jhanett Victoria Sayas Orocaja y Ricardo León Pastor en su calidad de árbitros; en la controversia surgida entre MEDIFARMA S.A. y el MINISTERIO DE SALUD – MINSA.

ORDEN PROCESAL Nº 10

En Lima, a los 22 días del mes de noviembre de dos mil diecinueve, luego de haber realizado las actuaciones arbitrales, de conformidad con las normas legales aplicables y las reglas establecidas por las partes, valorado las pruebas ofrecidas y actuadas en este arbitraje, escuchado los argumentos y deliberado en torno a las pretensiones planteadas en la demanda y las alegaciones del demandado, dicta el siguiente Laudo para poner fin, por decisión de las partes, a las controversias planteadas:

VISTO:

El expediente del caso arbitral N° 0505-2018-CCL y las actuaciones desarrolladas durante el proceso;

CONSIDERANDO:

I. De la relación Jurídica de las partes

1. El 18 de agosto de 2017, MEDIFARMA S.A (el Contratista) y el Ministerio de Salud MINSA (la Entidad) suscribieron el “Contrato N° 111-2017-MINSA SUBASTA INVERSA ELECTRONICA CORPORATIVA N° 009-2016-CENARES/MINSA “COMPRA CORPORATIVA DE PRODUCTOS FARMACEUTICOS PARA EL ABASTECIMIENTO DE 24 MESES” (ÍTEMS 2, 4, 6, 8, 21, 24, 34, 37, 41, 42, 46, 47, 48, 52, 58, 62, 68, 70, 77, 81, 82, 87, 92, 97, 103, 108, 117, 118, 122, 124, 125 y 130 - EX IGSS) (el Contrato) derivado del procedimiento de selección SIEC N° 009-2016-CENARES/MINSA “Compra corporativa de productos farmacéuticos para el abastecimiento de 24 meses” (el Procedimiento de Selección).
2. El Procedimiento de Selección se convocó el 30 de diciembre de 2016, por lo que son de aplicación la Ley 30225 Ley de Contrataciones del Estado (la Ley) y su reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 350-2015-EF (el Reglamento).

II. Del Convenio Arbitral

3. La cláusula vigésimo primera del Contrato establece lo siguiente:

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

Cualquiera de las partes tiene derecho a iniciar el arbitraje a fin de resolver dichas controversias dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 122, 137, 140, 143, 146, y 149 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado o, en su defecto, en el inciso 45.2 del artículo 45 de la Ley de Contrataciones del Estado.

El arbitraje será institucional y resuelto por un Tribunal Arbitral conformado por tres (3) árbitros, LA ENTIDAD propone al Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima. Facultativamente, cualquiera de las partes tiene el derecho a solicitar una conciliación dentro del plazo de caducidad correspondiente, según lo señalado en el artículo 183 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, sin perjuicio de recurrir al arbitraje, en caso no se llegue a un acuerdo entre ambas partes o se llegue a un acuerdo parcial. Las controversias sobre nulidad del contrato solo pueden ser sometidas a arbitraje. El laudo arbitral emitido es inapelable, definitivo y obligatorio para las partes desde el momento de su notificación, según lo previsto en el inciso 45.9 del 45 de la Ley de Contrataciones del Estado".

4. El 27 de setiembre de 2018, el Contratista presentó su solicitud de arbitraje ante el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.
5. El 22 de octubre de 2018, la Entidad respondió la solicitud de arbitraje.
6. El 29 de noviembre de 2018 se notificó la designación realizada por la Entidad a la abogada Jhanett Sayas Orocaja, quien manifestó su aceptación el 11 de diciembre de 2018.
7. El 6 de marzo de 2019, el Consejo Superior de Arbitraje, designó como árbitro de la Entidad al abogado Ricardo León Pastor, quien manifestó su aceptación el 8 de marzo de 2019.
8. El 8 de abril de 2019, los árbitros Jhanett Victoria Sayas Orocaja y Ricardo León Pastor comunicaron a la Cámara de Comercio de Lima, la designación de la abogada María Hilda Becerra Farfán, como presidente del tribunal, quien luego del trámite respectivo, comunicó su aceptación el 10 de abril de 2019.
9. El 15 de mayo de 2019, el Contratista formuló recusación contra la abogada María Hilda Becerra Farfán, la misma que fue declarada infundada, mediante Resolución N° 122-2019/CSA-AC-CCL de fecha 12 de junio de 2019 y comunicada a las partes el 26 de junio de 2019.
10. En consecuencia, el Tribunal Arbitral quedó constituido y por voluntad de las partes, son de aplicación las Reglas Procesales del Centro.

III. De las actuaciones procesales

11. El 31 de mayo de 2019, el Contratista interpuso demanda contra la Entidad, con las siguientes pretensiones:

"PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que, dentro de la etapa de ejecución del Contrato N° 111-2017-MINSA derivado del procedimiento de selección SIEC N° 009-2016-CENARES/MINSA, el Tribunal Arbitral debe dejar sin efecto la penalidad aplicada a nuestra representada por el monto de S/. 652, 268.34 (seis cientos cincuenta y dos mil doscientos sesenta y ocho con 34/100 soles) notificada con la Carta N° 1119-2018-OA-

OGA/MINSA, por supuesto retraso en injustificado de la prestación requerida con la O/C N° 1130-2017 notificada el 11.10.2017 correspondiente a la primera, segunda y tercera entrega de los productos farmacéuticos.

- a. *PRIMERA PRETENSION ACCESORIA A LA PRIMERA PRETENSION PRINCIPAL: Que, en caso de declararse fundada la primera pretensión principal, el MINSA debe cumplir con hacer la devolución de S/. 479,372.56 (Cuatrocientos setenta y nueve mil trescientos setenta y dos con 56/100 soles) más los intereses legales, descontada de la contraprestación respecto al pago de la O/C N° 1130-2017 de fecha 02.10.2017, por indebida aplicación de penalidad por mora.*

SEGUNDA PRETENSION PRINCIPAL: Que, los gastos arbitrales que originen el presente proceso arbitral sean cubiertos por la Entidad, en su totalidad.”

12. Sustenta su demanda señalando lo siguiente:

- a. De conformidad con la cláusula quinta del Contrato, la primera entrega de medicamentos, correspondiente al primer mes debía ser hasta 60 días de notificada la orden de compra y éste debía ser notificada hasta 50 días calendario contados a partir de la firma del Contrato. Las entregas sucesivas debían realizarse el último día hábil del mes correspondiente y la orden de compra debía entregarse hasta el día 15 del mes correspondiente a la entrega. El único lugar de entrega de los bienes es la Av. Venezuela N° 2195, distrito, provincia y departamento de Lima.
- b. La orden de compra N° 1130-2017 (OC) fue notificada en dos fechas distintas: (i) el 4 de octubre de 2017 a través de correo electrónico y fue observada por el Contratista precisando la dirección de entrega; y (ii) el 11 de octubre de 2017, fuera del plazo establecido en el Contrato, pues el plazo para la primera entrega se cumplía el 17 de octubre de 2017. En esta oportunidad, se señalan dos domicilios distintos a los consignados en el Contrato, por lo que el 12 de octubre de 2017 observaron la OC.
- c. El 4 de octubre de 2017, la Entidad remite el Cuadro de Distribución de la OC señalando una serie de direcciones de entrega.
- d. El 17 de octubre de 2017, con Carta N° 728-2017-AVI-MIF, el Contratista manifiesta a la Entidad la imposibilidad de realizar las entregas porque excedían los términos contractuales y de conformidad con la Ley 27444 Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante LPAG) comunica que el plazo de entrega queda suspendido hasta que se subsanen las observaciones.
- e. El 8 de noviembre de 2017 las partes suscriben la Adenda N° 1 en la que se modifica el lugar de entrega de los productos de la primera, segunda y tercera entrega, modificando la dirección prevista inicialmente en el Contrato. No obstante el cambio, la Entidad continuó exigiendo la entrega en más de una dirección.
- f. El 19 de setiembre de 2019 mediante Carta N° 119-2018-OA-OGA/MINSA la Entidad comunicó la aplicación de la penalidad por el atraso en la entrega de la OS 1130-2017 por S/. 652,268.34.
- g. De conformidad con el artículo 133 del Reglamento, la penalidad se aplica cuando el retraso es injustificado. Se considera justificado, cuando el Contratista acredite de modo objetivamente sustentado que el mayor transcurso del tiempo no le resulta atribuible.

- h. Atendiendo a que la modificación del lugar de entrega fue requerida por la Entidad en forma contraria a lo previsto en el Contrato, la causa de la demora es atribuible a la Entidad, por lo que el retraso es justificado.
13. El 3 de julio de 2019, la Entidad contestó la demanda, solicitando sea declarada infundada, alegando lo siguiente:
- De conformidad con los artículos 133 y 134 del Reglamento, la Entidad puede aplicar la penalidad por mora y otras penalidades. La penalidad por mora prevista en el artículo 133 se aplica automáticamente ante el retraso injustificado de las prestaciones.
 - En el caso de bienes y servicios, ante un retraso justificado que es una situación no imputable al contratista, éste puede solicitar la ampliación del plazo contractual, previsto en el artículo 140 del Reglamento. Cuando la Entidad decide aprobar la ampliación de plazo, no aplicará la penalidad por mora.
 - En consecuencia, el retraso será injustificado cuando el contratista no hubiera solicitado la ampliación de plazo o habiéndola solicitado, no fue aprobada por la entidad o no se acredite objetivamente que el mayor tiempo transcurrido no le resulta imputable.
 - En la carta N° 728-2017-AVI-MIF (citada en la demanda como 728-2017-OA-OGA/MINSA), se invoca la LPAG, no obstante ésta no habilita a un contratista a suspender el plazo de entrega de un contrato. Lo que correspondía era solicitar la ampliación de plazo, conforme a la Ley y el Reglamento.
 - Las opiniones N° 195-2014/DTN y N° 151-2017/DTN establecen que un retraso será injustificado cuando no se solicita la ampliación de plazo y en ese supuesto, se aplica la penalidad en forma automática.

14. El 2 de agosto de 2019, mediante Orden Procesal N° 4 se fijaron las siguientes cuestiones que serán materia de pronunciamiento por el Tribunal Arbitral:

"Con respecto a la primera pretensión principal de la demanda:

Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral deje sin efecto la penalidad aplicada a Medifarma por el monto de S/ 652,268.34 (Seiscientos cincuenta y dos mil doscientos sesenta y ocho con 34/100 Soles), que habría sido notificada con la Carta N° 1119-2018-OA-OGA/MINSA, por supuesto retraso injustificado de la prestación que habría sido requerida con la O/C N° 1130-2017, notificada el 11 de octubre de 2017, lo cual correspondería a la primera, segunda y tercera entrega de los productos farmacéuticos.

*f
Con respecto a la primera pretensión accesoria a la primera pretensión principal de la demanda:*

*RD
Con respecto a la primera pretensión accesoria a la primera pretensión principal de la demanda:*

Determinar si corresponde que, en caso se declare fundada la primera pretensión principal de la demanda, el Tribunal Arbitral ordene al MINSA que cumpla con hacer la devolución del monto ascendente a S/ 479,372.56 (Cuatrocientos setenta y nueve mil trescientos setenta y dos con 56/100 Soles) más los intereses legales, descontado de la contraprestación, respecto al pago de la O/C N° 1130-2017 de fecha 02.10.2017, por indebida aplicación de penalidad por mora.

Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral ordene que los gatos que origine el presente proceso arbitral sean cubiertos en su totalidad por el MINSA."

15. El 21 de agosto de 2019, mediante Orden Procesal N° 5 se otorgó a las partes un plazo de 10 días para formular alegatos. El 25 de agosto de 2019, la Entidad presentó sus alegatos finales y el 10 de setiembre de 2019, el Contratista.
16. El 16 de setiembre de 2019 se realizó la audiencia de informes orales en la que las partes sustentaron sus posiciones.
17. El 24 de setiembre de 2019, mediante Orden Procesal N° 9 se declaró el cierre de las actuaciones y se fijó el plazo para laudar en 50 días hábiles, por lo que el presente laudo, se emite dentro del plazo.

IV. Análisis de puntos controvertidos

Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral deje sin efecto la penalidad aplicada a Medifarma por el monto de S/ 652,268.34 (Seiscientos cincuenta y dos mil doscientos sesenta y ocho con 34/100 Soles), que habría sido notificada con la Carta N° 1119-2018-OA-OGA/MINSA, por supuesto retraso injustificado de la prestación que habría sido requerida con la O/C N° 1130-2017, notificada el 11 de octubre de 2017, lo cual correspondería a la primera, segunda y tercera entrega de los productos farmacéuticos.

18. El Contratista sustenta su pretensión señalando que (i) la demora en que ha incurrido está justificada debido a que el lugar de entrega previsto en la cláusula quinta del Contrato es distinta a la dirección requerida por la Entidad como lugar de entrega y que esta modificación se formalizó mediante Adenda N° 1; (ii) la OC se entregó en dos fechas distintas: la primera con un cuadro de distribución con almacenes de entrega no previstos en el contrato y la segunda, fuera del plazo establecido; (iii) mediante carta N° 728-2017-AVI-MIF comunicó a la Entidad que la OC fue observada y que en aplicación de la LPAG, el plazo de entrega se encuentra suspendido; (iv) la modificación unilateral del lugar de entrega, motivó la imposibilidad para cumplir dentro del plazo y por tanto, se trata de una demora atribuible a la Entidad; y (v) de conformidad con la Opinión N° 137-18/DTN, la penalidad por mora no es aplicable cuando se sustenta objetivamente que el mayor tiempo transcurrido no resulta imputable al Contratista. Esta posición es concordante con el artículo 162 del Reglamento actualmente vigente. En este caso, la modificación del lugar de entrega es un hecho atribuible a la Entidad y por tanto, la penalidad no es aplicable.
19. La Entidad sostiene por su parte que (i) la penalidad por mora prevista en el artículo 133 del Reglamento es de aplicación automática cuando se produce una demora injustificada; (ii) el hecho que invoca el Contratista debió motivar una solicitud de ampliación de plazo en los términos del artículo 140 del Reglamento, la misma que no se ha producido, por lo que la penalidad se aplica automáticamente; (iii) la LPAG no es

PL

aplicable al caso concreto; y, (iv) la Opinión 137-18/DTN es concordante con la Opinión N° 148-2018/DTN que establece que para considerar justificado el retraso, es necesario que el Contratista adjunte el material de sustento, el mismo que se sujeta a la evaluación de la Entidad, lo que en este caso no ha ocurrido.

20. Como se puede advertir, la discrepancia de las partes se centra en la aplicación de la penalidad por mora. En particular, corresponde establecer si (i) de conformidad con el artículo 133 del Reglamento, la penalidad por mora se aplica automáticamente en todos los casos en los que no se ha solicitado plazo adicional o si por el contrario, es posible que el Contratista invoque la existencia de un supuesto de demora que no le resulte imputable; y, (ii) en el caso que sea posible invocar un supuesto de demora no atribuible al Contratista, establecer si en este caso, se ha producido un supuesto que justifique la demora.

Sobre la aplicación de la penalidad por mora

21. El artículo 133 del Reglamento establece que "En caso de retraso injustificado del contratista en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la Entidad le aplica automáticamente una penalidad por mora por cada día de atraso. La penalidad se aplica automáticamente y se calcula de acuerdo a la siguiente fórmula (...) Se considera justificado el retraso, cuando el contratista acredite, de modo objetivamente sustentado, que el mayor tiempo transcurrido no le resulta imputable. Esta calificación del retraso como justificado no da lugar al pago de gastos generales de ningún tipo."
- (sub. ag.)

22. Mediante Opinión N° 151-2017/DTN, OSCE ha establecido que

"En el marco de lo dispuesto por el artículo 133 del Reglamento, una Entidad debe aplicar automáticamente la "penalidad por mora en la ejecución de la prestación" cuando haya determinado que existe retraso injustificado del contratista en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato -esto es, que el contratista no hubiera solicitado una ampliación de plazo, o habiéndola solicitado esta no fuera aprobada-; ante lo cual es posible deducir dicha penalidad de los pagos a cuenta, de las valorizaciones, del pago final o en la liquidación final, así como del monto resultante de la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento, según corresponda" (sub. ag.).

Mediante Opinión N° 137-2018/DTN se concluye que

3.1 Conforme a lo establecido por la normativa de contrataciones del Estado, la "penalidad por mora" se aplica de manera automática ante el retraso injustificado del contratista en la ejecución de las prestaciones a su cargo, para lo cual —en aplicación del último párrafo del artículo 133 del Reglamento la Entidad debe verificar, previamente, el retraso injustificado por parte del contratista; es decir, que éste no haya cumplido con acreditar -de modo objetivamente sustentado- que el mayor tiempo transcurrido no le resulta imputable.

3.2 Para efectos de la aplicación del artículo 133 del Reglamento, un retraso será injustificado cuando: i) el contratista no hubiera solicitado la ampliación de plazo; ii)

f
RD
JMF

habiéndola solicitado ésta no fue aprobada por la Entidad; o, iii) no acreditó objetivamente que el mayor tiempo transcurrido no le resulta imputable.”¹ (sub. ag.)

Asimismo, en la Opinión N° 148-2018/DTN se señala que:

“2.1.3 En relación con lo anterior, debe señalarse que, si bien el artículo 133 del Reglamento dispone que la penalidad por mora se aplica automáticamente, la Entidad, con ocasión de la documentación presentada por el contratista, debe verificar si éste se ha retrasado injustificadamente en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato o no, ya que si el retraso fuera justificado no correspondería aplicar la penalidad por mora.

Sobre el particular, el último párrafo del artículo 133 del Reglamento dispone que “*Se considera justificado el retraso, cuando el contratista acredite, de modo objetivamente sustentado, que el mayor tiempo transcurrido no le resulta imputable. Esta calificación del retraso como justificado no da lugar al pago de gastos generales de ningún tipo*”.

En ese sentido, ante un retraso en la ejecución de las prestaciones le corresponde al contratista acreditar de manera objetiva que el retraso en la ejecución de la prestación obedece a una situación que no le resulta imputable, y la Entidad evaluará si dicha situación configura un retraso justificado, a efectos de no aplicar la penalidad por mora. De considerarse el retraso como justificado el contratista no tiene derecho al pago de gastos generales de ningún tipo.” (sub. ag.)

2.1.4 Conforme a lo expuesto en los numerales anteriores, un retraso justificado puede generar la solicitud de ampliación de plazo contractual y la no aplicación de penalidades por mora. En relación con la ampliación de plazo, ella debe ajustarse al procedimiento previsto en el Reglamento, por otro lado respecto a la solicitud de no aplicación de penalidades por mora, es necesario que el contratista acredite de manera objetiva que el retraso es consecuencia directa de un evento que no le resulta imputable, aspecto que es evaluado por la Entidad, (de acuerdo a sus normas de organización interna), debiendo precisarse que en este último caso la calificación del retraso como justificado –*prevista en el último párrafo del artículo 133 del Reglamento-* no da lugar al pago de gastos generales de ningún tipo.”

La referida Opinión concluye señalando que:

“3.1. Conforme a lo expuesto en los numerales anteriores, un retraso justificado puede generar la solicitud de ampliación de plazo contractual y la no aplicación de penalidades por mora. En relación con la ampliación de plazo, ella debe ajustarse al procedimiento previsto en el Reglamento, por otro lado respecto a la solicitud de no aplicación de penalidades por mora, es necesario que el contratista acredite de manera objetiva que el retraso es consecuencia directa de un evento que no le resulta imputable, aspecto que es evaluado por la Entidad, (de acuerdo a sus normas de organización interna), debiendo precisarse que en este último caso la calificación del retraso como justificado –*prevista en el último párrafo del artículo 133 del Reglamento-* no da lugar al pago de gastos generales de ningún tipo.

¹ El artículo 133 del Reglamento no fue modificado mediante Decreto Supremo N° 056-2017-EF.

3.2 Para efectos de la aplicación del artículo 133 del Reglamento un retraso será injustificado cuando: i) el contratista no hubiera solicitado la ampliación de plazo; ii) habiéndola solicitado ésta no fue aprobada por la Entidad; o, iii) no acreditó objetivamente que le mayor tiempo transcurrido no le resulta imputable.

3.3 Si bien la normativa de contrataciones del Estado no ha establecido un procedimiento específico para acreditar como justificado un retraso, es necesario que cuando se ejecute la prestación de manera tardía el contratista acredite de manera objetiva que dicha demora es consecuencia directa de un evento que no le es imputable, para lo cual adjuntará el material de sustento que justifique dicha situación y que será evaluado por la Entidad."

23. En consecuencia, de conformidad con el artículo 133 del Reglamento y las opiniones emitidas por OSCE, un retraso será injustificado y por tanto, la penalidad por mora se aplicará automáticamente cuando: i) el contratista no hubiera solicitado ampliación de plazo; ii) habiéndola solicitado, ésta no fue aprobada por la Entidad; o, iii) no se acredite objetivamente que el mayor tiempo transcurrido no le resulta imputable. En este último caso, para considerar que el retraso es justificado, es necesario que el Contratista presente el sustento objetivo que permita demostrar que la demora obedece a una situación no atribuible al contratista.
24. Corresponde establecer si en el caso concreto, se produce alguno de los supuestos que impidan aplicar la penalidad por mora de manera automática.

Sobre la solicitud de ampliación de plazo

25. De la revisión de los medios probatorios aportados por las partes, se advierte que el Contratista no ha solicitado una ampliación de plazo y por tanto, tampoco existe un pronunciamiento de la entidad denegando la aplicación de plazo.

Sobre la justificación del retraso

26. Las partes discrepan sobre la existencia de un hecho objetivo que permita afirmar que el mayor tiempo transcurrido para la entrega sea imputable al Contratista. Según señala el Contratista la demora se produjo por una modificación unilateral en el lugar de entrega de los productos requerida a través de la OC.
27. De los documentos presentados como medios probatorios, se advierte que es cierto que la OC fue observada por el Contratista. No obstante, no es exacto que la razón de la observación se refiera al lugar de entrega de los productos, pues en la carta N° 728-2017-AVI-MIF recibida por la Entidad el 17 de octubre de 2017, el Contratista señala que existen dos observaciones: (i) errores materiales referidos a, entre otros, los precios unitarios; y (ii) al procedimiento de ingreso de los productos a los almacenes del MINSA. En ese sentido en la referida carta el Contratista señala que "...Por lo antes expuesto y en mérito a lo regulado en la normativa de contrataciones del Estado y a lo señalado en las bases y contrato, nos vemos forzados a comunicar por este medio que la O/C está observada por los errores materiales insubsanables y porque están imponiendo un procedimiento de entrega que no ha sido señalado en los documentos que forman parte

del procedimiento de selección en mención, por lo que en mi condición de CONTRATISTA requerimos se sirva disponer las acciones administrativas pertinentes para subsanar las observaciones descritas en la presente carga así como lleguemos a un acuerdo de procedimiento de entrega de los ítems contratados en el Contrato N° 111-2017-MINSA (IGSS), el cual deberá ser objetivo, equitativo y que no trasgreda el marco normativo vigente. (sub. ag)

28. Es necesario precisar que el lugar de entrega fue modificado el 8 de noviembre de 2017, a través de la Adenda 1 y no existe medio probatorio que acredite que luego de la modificación, el Contratista haya formulado algún reclamo sobre el lugar de entrega o que este aspecto haya motivado alguna comunicación adicional entre las partes. Ello porque el correo electrónico del Contratista referido al lugar de entrega es del 5 de octubre de 2017, es decir antes de la suscripción de la Adenda N° 1.
29. En consecuencia, la observación formulada por el Contratista no estuvo vinculada al plazo o lugar de entrega de los bienes como señala en su demanda, sino a otros aspectos y una vez modificado el lugar de entrega, no existe constancia sobre una discrepancia al respecto.
30. El Anexo 1 de la carta N° 119-2018-OA-OGA/MINSA que contiene el sustento de la penalidad, señala que "...Cabe precisar que mediante carta N° 173-2017-MINSA de fecha 07/11/2017 se le comunica al contratista, que con la suscripción de la Adenda que modifica el lugar de entrega de los productos farmacéuticos, recién se podrá establecer con precisión el lugar de entrega de los mismos, motivo por el cual el contratista contará con el plazo máximo de 10 días calendario para la entrega de bienes, computado desde el día siguiente de dicha suscripción para la primera entrega del Cronograma de las Bases (...). De la revisión de las conformidades de la Orden de Compra N° 1130-2017 remitidas por el Almacén Central correspondiente a la entrega del mes 1 (octubre), mes 2 (noviembre) y mes 3 (diciembre) del cronograma según consta en las Guías de Remisión adjuntas al informe de liquidación, se verificó que las entregas de los ítems ... se completaron en las fechas 31/1/2018, 07/02/2018 y 23/03/2018, motivo por el cual se está procediendo al trámite de pago....". (sub. ag.)
31. En consecuencia, se advierte que la Entidad otorgó un plazo adicional de 10 días contados desde la suscripción de la Adenda N° 1 del 8 de noviembre de 2017 para la entrega de los bienes y que éstos finalmente se entregaron el 31 de enero, 2 de febrero y 23 de marzo de 2018, pese a que, según señala el Contratista en su demanda y en su alegato final, el plazo para cumplir la prestación se cumplió el 17 de octubre de 2017². Eso quiere decir que la entrega se produjo recién el 31 de enero de 2018, es decir más de dos meses después de la fecha en que el Contratista señala que vencía el plazo y después de más de dos meses de suscrita la Adenda N° 1 y no existe ningún medio probatorio que justifique la demora incurrida.

Es necesario señalar que el Anexo 1 fue presentado por el Contratista y su contenido no ha sido cuestionado en este proceso, pues su alegación central está referida al cambio en el lugar de entrega.

² P. 2 del Alegato presentado por el Contratista el 10 de setiembre de 2017

- 10
32. En consecuencia, no existe evidencia objetiva que permita afirmar que la demora en que se ha incurrido no es atribuible al Contratista o que la demora sea atribuible a la Entidad.
33. Por último, el Contratista alega que cumplió con comunicar la suspensión del plazo de entrega mediante carta N° 728-2017-AVI-MIF de fecha 17 de octubre de 2017. En la referida carta, el Contratista señala que "*Finalmente, cabe precisar que el plazo de entrega de la Orden de Compra N° 1130-2017 se encuentra suspendido por estar observada conforme a lo previsto en la Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General*".
34. Como se ha señalado, las normas aplicables a la relación jurídica entre las partes son la Ley y el Reglamento. la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley que establece que "La presente Ley y su reglamento prevalecen sobre las normas de derecho público y sobre aquellas de derecho privado que le sean aplicables..." y el numeral 45.3 del artículo 45 de la Ley establece que "45.3 Las controversias se resuelven mediante la aplicación de la Constitución Política del Perú, de la presente Ley y su reglamento, así como de las normas de derecho público y las de derecho privado; manteniendo obligatoriamente este orden de preferencia en la aplicación del derecho. Esta disposición es de orden público."
35. En consecuencia, la Ley y el Reglamento son normas que se aplican en primer lugar a la relación jurídica entre las partes y la LPAG puede ser aplicada únicamente en el caso de vacío o deficiencia de las normas sobre contratación pública. En ese sentido, el Reglamento, establece un procedimiento específico para ampliar el plazo del Contrato y por tanto, de haber requerido un plazo adicional, el Contratista debió realizar la solicitud respectiva, conforme a la normativa especial, sin que sea de aplicación la LPAG. En consecuencia, la suspensión comunicada por el Contratista mediante carta N° 728-2017-AVI-MIF de fecha 17 de octubre de 2017 no dio lugar a la prórroga del plazo.
36. En consecuencia, atendiendo a que el Contratista no solicitó un plazo adicional para cumplir la prestación y tampoco ha acreditado de manera fehaciente que la demora en que incurrió no le es atribuible, la penalidad por mora prevista en la cláusula décimo sexta del Contrato y regulada en el artículo 133 del Reglamento resulta aplicable automáticamente y por tanto, la primera pretensión principal debe ser declarada infundada.


Determinar si corresponde que, en caso se declare fundada la primera pretensión principal de la demanda, el Tribunal Arbitral ordene al MINSA que cumpla con hacer la devolución del monto ascendente a S/ 479,372.56 (Cuatrocientos setenta y nueve mil trescientos setenta y dos con 56/100 Soles) más los intereses legales, descontado de la contraprestación, respecto al pago de la O/C N° 1130-2017 de fecha 02.10.2017, por indebida aplicación de penalidad por mora.

37. Habiéndose declarado infundada la primera pretensión principal, la primera pretensión accesoria a la pretensión principal, es igualmente infundada.

Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral ordene que los gatos que origine el presente proceso arbitral sean cubiertos en su totalidad por el MINSA.

Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral ordene que los gastos que origine el presente proceso arbitral sean cubiertos en su totalidad por el MINSA.

38. El artículo 70 del Decreto Legislativo N° 1071, dispone que el Tribunal Arbitral se debe pronunciar en el Laudo Arbitral sobre los costos del arbitraje comprendidos en dicho artículo. Asimismo, el numeral 1) del Artículo 73 del citado cuerpo normativo señala que los árbitros deben tener presente, de ser el caso: i) Lo pactado en el convenio arbitral y si el convenio arbitral no contiene pacto alguno sobre los gastos, ii) A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida; iii) Distribución y prorrateo de estos costos entre las partes, atendiendo a la razonabilidad del mismo y teniendo en cuenta las circunstancias del caso.
39. En base a los criterios antes citados, se procede a efectuar el análisis para la determinación de la distribución de los mismos, como sigue:
- a) De las cláusulas del Contrato materia de litis, así como de los medios probatorios aportados por las partes durante el proceso arbitral, no se advierte la existencia de acuerdo alguno de las partes respecto a la distribución de los costos arbitrales.
 - b) De las posiciones expuestas por las partes en el curso del proceso arbitral, así como de los hechos acontecidos, ocasionados y permitidos por ellas durante la ejecución contractual y que dio lugar a la controversia sometida al presente arbitraje, así como de los medios probatorios aportados por aquellas y la conducta que han tenido durante el presente arbitraje , se advierte que ambas partes han tenido motivación para acudir en arbitraje haciendo valer su posición, asimismo también se advierte que durante el proceso arbitral si bien la obligación de abonar los honorarios correspondientes al Tribunal Arbitral y los de la Secretaría Arbitral correspondía a ambas partes por igual, ello fue cumplido en su integridad sólo por el CONTRATISTA quien asumió tanto el pago que le correspondía y en subrogación asumió el pago que le correspondía a la ENTIDAD; asimismo también se advierte que ambas partes han cumplido con asistir a las actuaciones programadas en el curso del proceso arbitral; por lo que atendiendo a las circunstancias del caso advertidas a lo largo del proceso arbitral y verificadas en los medios probatorios, lo cual ocasionó la materia controvertida objeto del presente proceso arbitral, así como en consideración a la conducta de las partes durante el proceso y facultado por las disposiciones contenidas en el Artículo 73º del Decreto Legislativo N° 1071 – Ley de Arbitraje y lo señalado en la doctrina³; el Tribunal Arbitral considera que corresponde que cada parte asuma sus propios gastos de defensa en que hubiere incurrido y ambas partes asuman, a razón del 50% cada una, los costos comunes del arbitraje, entendiéndose por comunes los honorarios del Tribunal Arbitral y los gastos de la Secretaría Arbitral.

³ Ledesma Narváez, Marianella. En revista electrónica Enmarcando, Edición N° 12. Artículo denominado "Los costos en el arbitraje": "En el proceso civil, si bien opera la fórmula del vencimiento, ella no es absoluta pues se permite al juez cierta discrecionalidad al graduar el monto de los gastos procesales, en atención a las incidencias del proceso (ver art. 414 CPC) En el procedimiento arbitral también encontramos regulada dicha discrecionalidad. Dice el art. 73 D. Leg. 1071 que el tribunal arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso. Esto significa que los árbitros podrían modificar el monto de los gastos, aún sobre la voluntad de las partes o ésta discrecionalidad sólo opera cuando no hay pacto expreso y rige el principio del vencimiento? Al respecto opino que si no hay pacto, opera la regla del vencimiento, con la posibilidad de la discrecionalidad del árbitro.

- c) En ese sentido, teniendo en consideración que el Contratista asumió el 100% de los gastos administrativos y los honorarios del Tribunal, la Entidad, deberá reembolsar al Contratista los siguientes montos:
- Gastos Administrativos: S/. 4064.54 (cuatro mil sesenta y cuatro con 54/100 soles) más el 18% correspondiente al impuesto general a las ventas
 - Honorarios del Tribunal Arbitral: S/. 12,051.91 (doce mil cincuenta y uno con 91/100 soles) más el 8% del Impuesto a la Renta.

Que, en atención a los considerandos expuestos y atendiendo a que el Tribunal Arbitral no representa los intereses de ninguna de las partes, ejerce el cargo con estricta imparcialidad y absoluta discreción y teniendo en cuenta 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 las Reglas Procesales aplicables, la Ley de Arbitraje y de conformidad con las normas antes invocadas;

LAUDA:

PRIMERO: DECLARAR INFUNDADA LA PRIMERA PRETENSION PRINCIPAL Y LA PRIMERA PRETENSION ACCESORIA A LA PRIMERA PRETENSION PRINCIPAL de la demanda interpuesta por **MEDIFARMA S.A** contra el **MINISTERIO DE SALUD** sobre aplicación de penalidades en el marco del "Contrato N° 111-2017-MINSA (ítems 2, 4, 8, 21, 24, 34, 37, 41, 42, 46, 47, 48, 52, 58, 62, 68, 70, 77, 81, 82, 87, 92, 97, 103, 108, 117, 118, 122, 124, 125 y 130) (en adelante el Contrato), derivado del procedimiento de selección SIEC N° 009-2016-CENARES/MINSA "Compra corporativa de productos farmacéuticos para el abastecimiento de 24 meses".

SEGUNDO: DECLARAR FUNDADA EN PARTE LA SEGUNDA PRETENSION PRINCIPAL de la demanda interpuesta por **MEDIFARMA S.A** contra el **MINISTERIO DE SALUD** y en consecuencia, **DISPONER** que cada parte asuma los gastos propios en que hubiere incurrido y **DISPONER** que el **MINISTERIO DE SALUD** reembolse a **MEDIFARMA S.A.** la suma de S/. 4064.54 (cuatro mil sesenta y cuatro con 54/100 soles) por concepto de gastos administrativos y S/. 12,051.91 (doce mil cincuenta y uno con 91/100 soles) por concepto de honorarios del tribunal arbitral, debiendo en ambos casos, agregar el impuesto general a las ventas correspondiente.

MARIA HILDA BECERRA FARFAN

Presidenta del Tribunal Arbitral

JHANETT VICTORIA SAYAS OROCAJA

Árbitro

RICARDO ANTONIO LEÓN PASTOR

Árbitro

IRENE ZEGARRA-BALLÓN QUINTANILLA

Secretaria Arbitral