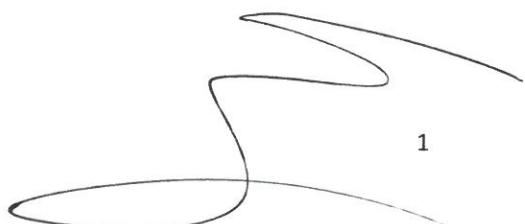


LAUDO ARBITRAL
(Resolución n.º 20)

En la ciudad de Lima, con fecha 8 de julio de 2020, en la sede del Tribunal Arbitral, sita en la Avenida Arequipa n.º 2327, distrito de Lince, provincia y departamento de Lima, el abogado Mario Castillo Freyre, en su calidad de Árbitro Único, en el proceso arbitral iniciado por Albis S.A.C. contra el Seguro Social de Salud – ESSALUD.

I. ANTECEDENTES

- Con fecha 21 de marzo de 2016, Albis S.A.C. (en adelante, Albis) y el Seguro Social de Salud - ESSALUD (en adelante, Essalud) suscribieron el Contrato n.º 4600047118 «Compra Corporativa de Productos Farmacéuticos por Subasta Inversa, para el abastecimiento del año 2016» (en adelante, el Contrato).
- Con fecha 17 de mayo de 2018, Albis pidió el inicio de un proceso arbitral, solicitando que dicho arbitraje se encontrara a cargo de un Árbitro Único y solicitando que su designación esté a cargo de la Dirección de Arbitraje Administrativo del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE.
- Con fecha 20 de julio de 2018, el OSCE informa al abogado Mario Castillo Freyre su designación como Árbitro Único.
- Con fecha 30 de julio de 2018, el abogado Castillo aceptó su designación como Árbitro Único.



1

Árbitro Único:

Mario Castillo Freyre

- Con fecha 27 de septiembre de 2018, se llevó a cabo la Audiencia de Instalación de Árbitro Único.
- Mediante Resolución n.º 1, de fecha 19 de octubre de 2018, se tuvo por efectuado el pago por parte de Albis de los honorarios arbitrales, y se le otorgó a Essalud un plazo adicional de cinco (5) días hábiles, para que cumpla con el pago de los honorarios arbitrales a su cargo.
- Mediante Resolución n.º 2, de fecha 29 de octubre de 2018, se suspendió el proceso arbitral y se precisó que transcurrido el plazo de veinte (20) días hábiles desde la suspensión de las actuaciones por falta de pago, se dispondría el archivo definitivo del proceso arbitral.
- Por carta s/n, de fecha 15 de noviembre de 2018, el doctor Castillo cumple con su deber de declaración.
- Por escrito s/n, presentado con fecha 23 de noviembre de 2018, Albis comunicó el pago en subrogación de los honorarios arbitrales.
- Mediante Resolución n.º 3, de fecha 5 de diciembre de 2018, se tuvo por efectuado el pago íntegro de los honorarios arbitrales por parte de Albis. Asimismo, se levantó la suspensión del proceso y se declaró abierto el mismo. Además, se otorgó a Albis un plazo de quince (15) días hábiles, para que presente su escrito de demanda. Finalmente, se otorgó a Essalud un plazo adicional de cinco (5) días hábiles, para que cumpla con la obligación establecida en el numeral 10 del Acta de Instalación, bajo apercibimiento de informar al Órgano de Control Institucional de la Entidad y a la Dirección de Arbitraje Administrativo del OSCE.

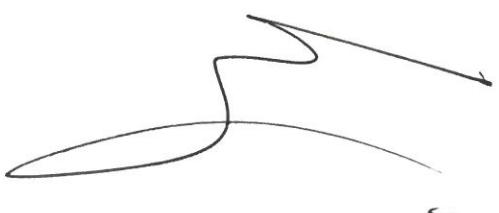
RR

2

Árbitro Único:

Mario Castillo Freyre

- Por escrito s/n, presentado con fecha 17 de diciembre de 2018, Essalud solicitó ampliación de plazo para cumplir con el registro en el SEACE.
- Por escrito n.º 01, presentado con fecha 27 de diciembre de 2018, Albis formuló su demanda.
- Con carta s/n, de fecha 2 de enero de 2019, el doctor Castillo cumple con su deber de declaración.
- Mediante Resolución n.º 4, de fecha 21 de enero de 2019, se admitió a trámite la demanda. Asimismo, se tuvo por ofrecidos los medios probatorios. Además, se tuvo presente la acreditación del cambio de persona jurídica de Albis, respecto de ser Sociedad Anónima a Sociedad Anónima Cerrada. Por otro lado, se tuvo presente la reserva efectuada y el CD presentado. Asimismo, se otorgó a Essalud un plazo de quince (15) días hábiles para que conteste la demanda y, de estimarlo conveniente, formule reconvenCIÓN. Finalmente, se hizo efectivo el apercibimiento de la Resolución n.º 3, informándose del incumplimiento de Essalud al Órgano de Control Institucional de la Entidad y a la Dirección de Arbitraje Administrativo del OSCE.
- Por escrito s/n, presentado con fecha 12 de febrero de 2019, Essalud contestó la demanda.
- Mediante Resolución n.º 5, de fecha 8 de marzo de 2019, se admitió a trámite la contestación de demanda, se tuvo por ofrecido el medio probatorio de exhibición. Asimismo, se tuvo presente la reserva efectuada. Por otro lado, se otorgó a Essalud un plazo adicional de tres (3) días hábiles, para que cumpla con la obligación establecida en los numerales 3 y 26 del Acta de Instalación. Se fijaron los puntos controvertidos y se admitieron los medios probatorios. Finalmente, se reservó el



Árbitro Único:

Mario Castillo Freyre

pronunciamiento en torno a la admisión o no de la exhibición ofrecida por Essalud hasta transcurrido el plazo establecido en el numeral 30 del Acta de Instalación y se otorgó a las partes un plazo de cinco (5) días hábiles a fin de que se pronuncien en torno a los puntos controvertidos fijados por el Árbitro Único.

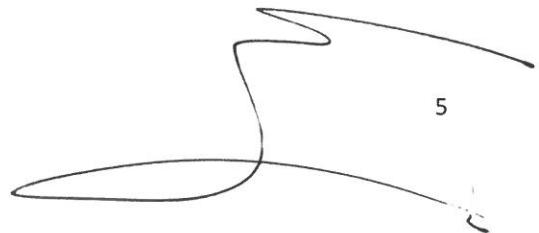
- Por escrito s/n, presentado con fecha 11 de marzo de 2019, Essalud cumplió con la inscripción del Árbitro Único en el SEACE.
- Por escrito s/n, presentado con fecha 19 de marzo de 2019, Essalud se pronunció en torno a los puntos controvertidos.
- Mediante Resolución n.º 6, de fecha 5 de abril de 2019, se tuvo por efectuado el registro en el SEACE por parte de Essalud. Asimismo, se tuvo por cumplido el requerimiento efectuado mediante Resolución n.º 5 por parte de Essalud, se dejó constancia de que Albis no efectuó cuestionamiento alguno a los puntos controvertidos fijados mediante Resolución n.º 5. Finalmente, se otorgó a Albis un plazo de diez (10) días hábiles, para que cumpla con la exhibición «de las comunicaciones efectuadas por el contratista con las empresas GOBBI NAVAG y NUTRI CARE».
- Por carta s/n, de fecha 8 de abril de 2019, el doctor Castillo cumplió con su deber de declaración.
- Por escrito s/n, presentado con fecha 22 de abril de 2019, Albis solicitó un plazo adicional con el fin de cumplir con el requerimiento de la Resolución n.º 6.
- Mediante Resolución n.º 7, de fecha 30 de abril de 2019, se otorgó a Albis un plazo adicional de diez (10) días hábiles para que cumpla con la

RL



exhibición «de las comunicaciones efectuadas por el Contratista con las empresas GOBBI NOVAG y NUTRI CARE». Asimismo, se tuvo presente la conformidad de Albis en torno a los puntos controvertidos.

- Por escrito s/n, presentado con fecha 16 de mayo de 2019, Albis cumple con el requerimiento formulado mediante Resolución n.º 6.
- Mediante Resolución n.º 8, de fecha 5 de julio de 2019, se otorgó a Essalud un plazo de cinco (5) días hábiles, para que manifieste lo conveniente a su derecho en torno al escrito de Albis, de fecha 16 de mayo de 2019.
- Por escrito s/n, presentado con fecha 15 de julio de 2019, Essalud absolvió el traslado conferido mediante Resolución n.º 8.
- Mediante Resolución n.º 9, de fecha 23 de julio de 2019, se tuvo por absuelto el traslado conferido mediante Resolución n.º 8. Asimismo, se otorgó a Albis un plazo de cinco (5) días hábiles, para que manifieste lo conveniente a su derecho en torno al medio probatorio ofrecido por el demandado.
- Por escrito s/n, presentado con fecha 2 de agosto de 2019, Albis cumplió con manifestar lo conveniente a su derecho.
- Mediante Resolución n.º 10, de fecha 15 de agosto de 2019, se tuvo por absuelto el traslado conferido mediante Resolución n.º 9. Asimismo, se admitió el medio probatorio ofrecido por Essalud. Por otro lado, se declaró cerrada la etapa probatoria y se otorgó a las partes un plazo de cinco (5) días hábiles, para que presenten sus alegatos escritos.



5

Árbitro Único:
Mario Castillo Freyre

- Por escrito s/n, presentado con fecha 22 de agosto de 2019, Essalud presentó sus alegatos escritos.
- Mediante Resolución n.º 11, de fecha 10 de octubre de 2019, se tuvo presente los alegatos escritos de Essalud. Asimismo, se citó a las partes a Audiencia de Informes Orales para el día martes 12 de noviembre de 2019 a las 11: 00 a.m.
- Mediante Cédula de Notificación n.º 010-2019 y 009-2019, se comunicó a las partes la suspensión de la Audiencia de Informes Orales.
- Por carta s/n, presentada con fecha 13 de diciembre de 2019, la secretaría arbitral solicito licencia.
- Por escritos s/n, presentado con fecha 18 de diciembre de 2019, Essalud señaló correos electrónicos para notificaciones y/o comunicaciones arbitrales.
- Mediante Resolución n.º 12, de fecha 16 de diciembre de 2019, se encargó la secretaría arbitral a la abogada Gisselle Moreno Cavallini. Asimismo, se reprogramó la Audiencia de Informes Orales para el día jueves 9 de enero a las 10:15 am.
- Por escrito s/n, presentado con fecha 7 de enero de 2020, Essalud solicitó la reprogramación de la Audiencia de Informes Orales.
- Mediante Resolución n.º 13, de fecha 7 de enero de 2020, se reprogramó la Audiencia de Informes Orales para el día jueves 23 de enero de 2020 a las 10:30 a.m.

Qd

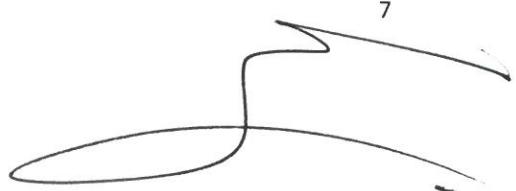


6

- Por escrito s/n, presentado con fecha 22 de enero de 2020, Albis solicitó la reprogramación de la Audiencia de Informes Orales.
- Mediante Resolución n.º 14, de fecha 27 de enero de 2020, se reprogramó la Audiencia de Informes Orales para el día viernes 7 de febrero de 2020 a las 10:30 a.m.
- Por escrito s/n, presentado con fecha 30 de enero de 2020, Albis acreditó la participación de la abogada Diana Merino Obregón en la Audiencia de Informes Orales.
- Con fecha 7 de febrero de 2020, se realizó la Audiencia de Informes Orales. Asimismo, el Árbitro Único amplió su deber de revelación y se fijó el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles. Dicho plazo vencería el 20 de marzo de 2020.
- Mediante Resolución n.º 15, de fecha 7 de febrero de 2020, se tuvo presentes los escritos s/n, presentados con fechas 18 de diciembre de 2019 y 30 de enero de 2020 por parte de Essalud.
- Mediante Resolución n.º 16, de fecha 3 de marzo de 2020, se prorrogó el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles adicionales. Dicho plazo vencería el 6 de mayo de 2020.¹
- Mediante Resolución n.º 17, de fecha 28 de mayo de 2020, se otorgó un plazo de tres (3) días hábiles, a efecto de que las partes señalen correo electrónico.

¹ Se advierte que el 9 y 10 de abril, además del 1 de mayo de 2020, son feriados.

Re



- Mediante Resolución n.º 18, de fecha 11 de junio de 2020, se tuvo por cumplido el requerimiento efectuado. Asimismo, se fijó el domicilio procesal de las partes. Además, se formalizó la suspensión de las actuaciones hasta el 30 de junio de 2020. Finalmente, el plazo para laudar vencerá el 20 de agosto de 2020.
- Mediante Resolución n.º 19, de fecha 26 de junio de 2020, se tuvo presente los correos precisados por Essalud, mediante escrito de fecha 23 de junio de 2020.

II. CUESTIONES PRELIMINARES

Antes de analizar la materia controvertida, corresponde recordar lo siguiente: (i) que el Árbitro Único se constituyó de acuerdo a lo establecido en el convenio arbitral; (ii) que no se recusó al Árbitro Único, ni se impugnó ni reclamó contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación; (iii) que Albis S.A.C. presentó su demanda; (iv) que Essalud fue debidamente emplazada con la demanda; teniendo oportunidad de ejercer plenamente su derecho de defensa; (v) que las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios en la etapa respectiva; (vi) que sólo Essalud presentó sus alegatos escritos y que las partes asistieron a la Audiencia de Informes Orales.

III. CONSIDERANDO

1. Que Albis interpone demanda, a efectos de que se amparen las siguientes pretensiones:

PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Se declare procedente la resolución parcial del Contrato N.º 460047118 «Compra Corporativa de Productos Farmacéuticos por Subasta Inversa

Re



para el Abastecimiento del año 2016»; en relación al ítem n.º 203 para el suministro del producto Flumazenil 0.5mg/5ml (0.1mg/ml); sin responsabilidad para Albis S.A.C. por caso fortuito o fuerza mayor.

SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Se declare nula, inválida e ineficaz la decisión de resolución de contrato por incumplimiento injustificado de obligaciones contenida en la Carta Notarial n.º 32-CEABE-ESSALUD-2018, notificada el 10 de mayo de 2018 por el Seguro Social de Salud.

TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Se ordene al Seguro Social de Salud asuma el íntegro de los gastos arbitrales, costas y costos que el presente proceso arbitral irrogue.

2. Que, en ese sentido y de conformidad con lo establecido mediante Resolución n.º 5, de fecha 8 de marzo de 2019, corresponde que el Árbitro Único se pronuncie sobre los puntos controvertidos; es decir, deberá:

DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO DECLARAR PROCEDENTE LA RESOLUCIÓN PARCIAL DEL CONTRATO, EN RELACIÓN AL ÍTEM N.º 203, PARA SUMINISTRO DEL PRODUCTO FLUMAZENIL 0.5MG/5ML (0.1 MG/ML), SIN RESPONSABILIDAD DE ALBIS S.A.C. POR CAUSA DE CASO FORTUITO O FUERZA MAYOR.

Posición de Albis

- 2.1. Que, con fecha 21 de marzo de 2016, Albis y Essalud suscribieron el contrato n.º 460047118 «Compra Corporativa de Productos Farmacéuticos por Subasta Inversa para el Abastecimiento del año 2016» (en adelante, el Contrato), derivado de la Licitación Pública n.º 015-2015-DARES/MINSA.



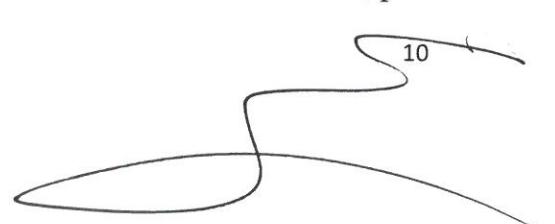
9



- 2.2. Que el contrato tuvo como objeto el suministro —entre otros productos— del producto Flumazenil 0.5mg/5ml (0.1 mg/ml), fabricado por la empresa argentina Gobbi Novag S.A. y adquirido a través de la empresa Nutri Care Perú S.A.C.
- 2.3. Que es importante notar que Albis no es el fabricante ni el titular de los registros correspondientes al producto demandado por Essalud, sino tan sólo el comercializador de los mismos que, como tal, se encuentra sujeto a la disponibilidad que exista en el mercado.
- 2.4. Que, de acuerdo a la Cláusula Quinta del contrato, el plazo de ejecución de la prestación estaba sujeto a un cronograma de 12 meses, debiendo realizarse cada entrega según el cuadro de distribución señalado en el Anexo n.º4 del contrato, considerándose un suministro total de 16,568 unidades del producto Flumazenil, por un valor total de S/ 415,856.80.
- 2.5. Que mediante Carta n.º 2017/0126-B1V1, de fecha 26 de enero de 2017, habiéndose cumplido la entrega hasta el mes de marzo de 2017 del producto, Albis comunicó a Essalud que su representante Nutri Care Perú S.A.C. no iba a poder seguir abasteciendo ese producto, debido a que el fabricante —la empresa argentina Gobbi Novag— no había obtenido la Certificación de Buenas Prácticas de Manufactura por personal de la Dirección General de Medicamento, Insumos y Drogas que había visitado la planta de Argentina.
- 2.6. Que al no contar la empresa Gobbi Novag con el Certificado BPM otorgado por DIGEMID, el producto Flumazenil, no podía seguir siendo ingresado ni comercializado en el Perú. Esto, evidentemente, no era responsabilidad de Albis, y se encontraba fuera de su esfera de control, por

Raf

10

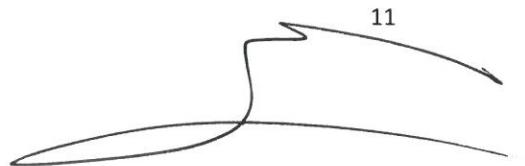


tratarse de un evento extraordinario, imprevisible e irresistible.

- 2.7. Que la empresa Gobbi Novag cumplía altos estándares como fabricante, habiendo obtenido la Certificación de Buenas Prácticas del Acuerdo MERCOSUR, y mantenía las autorizaciones vigentes por la administración sanitaria de Argentina, Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica/ANMAT, lo que le permitía seguir abasteciendo el producto Flumazenil en la República Argentina y otros mercados internacionales. No obstante, se veía impedido de comercializar dicho producto en el Perú debido a los requerimientos de DIGEMID.
- 2.8. Que, en atención a dicho impedimento de importación y comercialización en el Perú, Albis solicitó la Resolución Parcial del Contrato, alegando caso fortuito o fuerza mayor, al amparo de lo regulado por la Ley de Contrataciones del Estado.
- 2.9. Que, para dichos efectos, Albis adjuntó copia del Reporte de DIGEMID con las observaciones levantadas, copia de las comunicaciones enviadas al respecto por la representante Nutri Care Perú S.A.C., así como de las certificaciones obtenidas por la empresa Gobbi Novag ante la institución sanitaria argentina ANMAT y MERCOSUR.
- 2.10. Que, mediante carta de fecha 4 de abril de 2017, Albis procedió a devolver las Órdenes de Compra que fueron emitidas para la entrega del mes de abril de 2017, haciendo referencia a la comunicación enviada en el mes de enero de 2017 y a la solicitud de resolución de contrato por caso fortuito y fuerza mayor presentada.
- 2.11. Que, no obstante ello, Essalud remite la Carta Notarial n.º 011-CEABE-

fel

11



2017, de fecha 22 de junio de 2017, a través de la cual vuelve a entregar las Órdenes de Compra emitidas, desconociendo los argumentos señalados en las comunicaciones anteriores.

- 2.12. Que mediante Carta Notarial n.º 1186744, de fecha 26 de julio de 2017, Albis cumple nuevamente con devolver las Órdenes de Compra entregadas, haciendo referencia igualmente a las comunicaciones enviadas que daban cuenta de la imposibilidad de Albis para poder seguir cumpliendo con el contrato, al estar impedido de contar con el producto Flumazenil, debido a que el laboratorio fabricante —a pesar de tener una certificación de su país de origen— no había obtenido aún el Certificado BPM que habilite a sus productos a ser comercializados en el Perú.
- 2.13. Que Albis informó que a dicha fecha los laboratorios que tenían vigente el registro sanitario de la sustancia del producto Flumazenil seguían sin importar sus productos; y que, por otro lado, las empresas nacionales que contaban con el registro sanitario del Flumazenil no estaban comercializando sus productos.
- 2.14. Que, sin embargo, Essalud nuevamente desconociendo dichas comunicaciones, remite la Carta Notarial n.º 24-CEABE-2017, de fecha 22 de agosto de 2017, requiriendo a Albis que en un plazo máximo de 4 días entregue las unidades del producto Flumazenil solicitadas en las Órdenes de Compra emitidas, bajo apercibimiento de resolver el contrato por incumplimiento, ejecutar la carta fianza entregada e informar al Tribunal del OSCE sobre el presunto incumplimiento de Albis.
- 2.15. Que, en respuesta de la carta notarial enviada, Albis remite la Carta Notarial n.º 1190340, de fecha 1 de septiembre de 2017, indicando que a



pesar de las gestiones respectivas realizadas por Albis para buscar alguna alternativa en la provisión del producto Flumazenil, se habría configurado un caso fortuito o acto de fuerza mayor que impedía abastecer las Órdenes de Compra emitidas; por lo que correspondía declarar la resolución parcial del contrato sin responsabilidad de Albis.

- 2.16. Que nuevamente desconociendo las comunicaciones enviadas por Albis, Essalud remite la Carta Notarial n.º 32-CEABE-2018, de fecha 10 de mayo de 2018, informando su decisión de resolver por causal de incumplimiento injustificado de Albis a las obligaciones asumidas en el contrato; adjuntando el Informe n.º 28-OAL-CEABE-2018 que menciona —entre otros argumentos— que Albis no habría acreditado su imposibilidad de cumplir con las prestaciones asumidas en el contrato, por causas imprevisibles, irresistibles y extraordinarias.
- 2.17. Que, como se ha indicado, para que un hecho pueda ser calificado como caso fortuito o fuerza mayor, que determina la ausencia de responsabilidad para la parte obligada, debe configurarse el que sea un hecho extraordinario, imprevisible e irresistible, así también que impida la ejecución de la obligación o determine su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso; y, finalmente que, al no ser imputable a la parte obligada, no genera responsabilidad a su cargo.
- 2.18. Que, ello quiere decir que, al tratarse de un hecho o situación extraordinaria, imprevisible e irresistible, se escapa de la diligencia razonable y cuya generación impide la ejecución de la obligación asumida, no puede ser imputable al obligado que, al alegar dicha situación, no asumirá responsabilidad alguna.

fel

- 2.19. Que distintas opiniones emitidas por el Tribunal del OSCE han explicado, no sólo el alcance de los términos «extraordinario, imprevisible e irresistible», sino además precisan los efectos ante la ocurrencia de un hecho de dicha naturaleza y la ausencia de responsabilidad por parte del sujeto obligado.
- 2.20. Que, a manera de ejemplo, Albis recoge lo previsto en la Opinión n.º 131-2015-DTN, que señala:

«En relación con lo expuesto, el primer párrafo del artículo 44 de la Ley establece lo siguiente: “cualquiera de las partes podrá resolver el contrato, sin responsabilidad de ninguna de ellas, en caso fortuito o fuerza mayor que imposibilite de manera definitiva la continuación del contrato”.

De esta manera el citado artículo prevé la posibilidad de resolver el contrato cuando debido a un hecho o evento que se considera caso fortuito o fuerza mayor, resulta imposible continuar con la ejecución de las prestaciones objeto de contrato, de manera definitiva.

Cabe resaltar que la configuración de un caso fortuito o fuerza mayor exime de responsabilidad a las partes, específicamente, a la parte que se ve imposibilitada de ejecutar sus prestaciones.

Efectuadas las precisiones anteriores, se desprende que la normativa de contrataciones del Estado ha previsto que la resolución del contrato por caso fortuito o fuerza mayor resulta procedente cuando se pruebe que un hecho extraordinario, imprevisible e irresistible hace imposible de manera definitiva la continuación de la ejecución de las prestaciones a cargo de una de las partes».

- 2.21. Que, en ese sentido, desde su Carta n.º 2017/0126-B1V1, de fecha 26 de enero de 2017, Albis no podía seguir cumpliendo con suministrar el producto Flumazenil, toda vez que la empresa argentina Gobbi Novag,



titular de los registros del referido producto y su fabricación, no había obtenido el certificado BPM otorgado por DIGEMID. Así, al no contar con dicho certificado, el mencionado producto no podía ser ingresado y comercializado en el Perú.

- 2.22. Que el impedimento en la provisión del producto Flumazenil por parte de Albis, se habría configurado por un hecho extraordinario, imprevisible e irresistible, que constituye la no obtención, por parte de la empresa argentina Gobbi Novag, de la Certificación en Buenas Prácticas de Manufactura por parte de DIGEMID, que impidió a Albis seguir contando con dicho producto.
- 2.23. Que, como se ha indicado, Albis adquiría el producto Flumazenil de la empresa Nutri Care Perú S.A.C., la misma que a su vez lo compraba de su fabricante Gobbi Novag de Argentina. Sin embargo, al realizar DIGEMID una visita de inspección a la planta de Gobbi Novag, realizó ciertas observaciones a la misma, no aprobando su Certificación de Buenas Prácticas de Manufactura. Ello, sin perjuicio de que Gobbi Novag contaba con una Certificación de Buenas Prácticas de Manufactura vigente en Argentina, permitiéndole así comercializar el producto en otros países distintos al Perú.
- 2.24. Que la no aprobación de la Certificación en Buenas Prácticas de Manufactura de Gobbi Novag por DIGEMID, es un hecho extraordinario que no estaba sujeto al control de Albis ni de la empresa de la cual Albis adquiría el producto Flumazenil. Albis no tenía forma de prever que adquiriendo un producto de una planta de fabricación argentina que contaba con Certificado de Buenas Prácticas de Manufactura en dicho país, no pasaría los estándares que colocó DIGEMID en su oportunidad, negándole la certificación en mención para efectos de la ley peruana.



- 2.25. Que al ser Gobbi Novag una empresa con Certificación de Buenas Prácticas de Manufactura vigente en Argentina y que comercializaba el producto Flumazenil en distintos países, Albis no tenía motivos atendibles para presumir que un hecho de tal naturaleza sucedería y que estaría, en consecuencia, impedido de adquirir el producto Flumazenil en el Perú; más aún, dicha situación motivó que Nutri Care Perú S.A.C. no continúe con la comercialización del producto y transfiera el registro del producto a un tercero.
- 2.26. Que, como ha indicado Albis, la empresa Gobbi Novag cumplía altos estándares como fabricante, y mantenía las autorizaciones vigentes por la administración sanitaria de Argentina, Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Medicas – ANMAT, lo que le permitía seguir abasteciendo el producto Flumazenil en la República Argentina y otros mercados internacionales; por lo que no podía ser presumible para Albis que iba a ocurrir un impedimento de adquisición y comercialización en el Perú.
- 2.27. Que se trata de un hecho respecto del que Albis no tiene posibilidad de evitar o remediar (hecho irresistible), ya que Albis no tiene injerencia o facultad alguna para habilitar las certificaciones solicitadas por DIGEMID a la empresa Gobbi Novag o absolver algún requerimiento u observación que puedan emitirse por las autoridades competentes al respecto. Se trata de un hecho que Albis no puede contrastar ni realizar alguna acción para remediarla.
- 2.28. Que, como se ha indicado, habiendo sido informado Albis de la situación de Gobbi Novag frente a DIGEMID, Albis buscó alternativas para



cumplir con las Órdenes de Compra emitidas. A pesar de tratarse de una situación de incumplimiento no imputable a Albis, ésta realizó todos los esfuerzos en busca de una alternativa de solución, de manera que la falta de certificación de Gobbi Novag no la afecte directamente; tratando de contactar a otras empresas que comercializaban el producto en el país, sin embargo, no pudo ser posible.

- 2.29. Que los laboratorios que a dicha fecha tenían vigente el registro sanitario de la sustancia del producto Flumazenil, seguían sin importar sus productos; y, por otro lado, las empresas nacionales que contaban con el registro sanitario del Flumazenil no estaban comercializando sus productos. Es decir, existía una situación de desabastecimiento del producto en el mercado peruano y una manifiesta imposibilidad legal de importarlo por razones regulatorias, por lo que no había además una alternativa de solución que pudiera remediar o evitar la no atención de las Órdenes de Compra emitidas por Essalud y la ejecución de las prestaciones pendientes del contrato.
- 2.30. Que, en ese sentido, como a quedado evidenciado, las características de extraordinario, imprevisible e irresistible, se habrían cumplido en este caso, siendo posible para Albis proceder a la resolución del contrato por haberse configurado un caso de fuerza mayor o caso fortuito, basado en la imposibilidad de Albis de poder cumplir con las Órdenes de Compra emitidas por Essalud y proseguir con el cumplimiento de las prestaciones asumidas en el contrato.
- 2.31. Que, por lo antes expuesto, habiendo demostrado que el impedimento por parte de Albis en seguir suministrando el producto Flumazenil a favor de Essalud, es consecuencia de un hecho extraordinario, irresistible e irreversible, sin responsabilidad para Albis, que determina declarar la



Resolución Parcial del Contrato, corresponde que la Primera Pretensión Principal sea declarada fundada en todos sus extremos.

Posición de Essalud

- 2.32. Que, Albis solicita que se declare válida la aparente resolución parcial del contrato, ya que —por motivos de caso fortuito o fuerza mayor— Albis no pudo cumplir con suministrar el producto Flumazenil, lo cual fue comunicado a Essalud, a través de la Carta n.º 2017/0126-B1V1, de fecha 26 de enero de 2017; sin embargo se debe indicar que, en el presente caso, Albis no ha expresado claramente firme intención de una resolución parcial del contrato.
- 2.33. Que, conforme se puede advertir de lo indicado en el artículo 44 del Decreto Legislativo 1017 y en el artículo 169 de su Reglamento, si bien la norma en materia de contrataciones con el Estado reconoce la facultad, tanto para el Contratista como para la Entidad, de resolver el contrato por motivos de caso fortuito o fuerza mayor, esta manifestación de voluntad debe ser indubitable.
- 2.34. Que, en efecto, una vez perfeccionado el contrato, Albis se compromete a ejecutar las prestaciones pactadas en favor de la Entidad, mientras que esta última se compromete a pagar a Albis la contraprestación acordada. En esos términos, el contrato se entenderá cumplido cuando ambas partes ejecuten sus prestaciones a satisfacción de sus respectivas contrapartes.
- 2.35. Que el cumplimiento recíproco y oportuno de las prestaciones pactadas por las partes, es la situación esperada en el ámbito de la contratación pública; sin embargo, dicha situación no siempre se verifica durante la ejecución contractual, pues alguna de las partes podría verse imposibilitada



a cumplirlas.

- 2.36. Que, en ese sentido, la normativa de contrataciones con el Estado ha previsto la resolución del contrato por caso fortuito o fuerza mayor, ante la imposibilidad sobreviniente de algunas de las partes en ejecutar las prestaciones acordadas.
- 2.37. Que se debe tener presente que este hecho o evento de caso fortuito o fuerza mayor debe incidir directamente en el cumplimiento de la prestación, lo cual debe ser comunicado, ya sea por Albis o por Essalud, con la manifestación expresa de su voluntad de resolver el contrato, en el sentido de que estos hechos le imposibilitan cumplir con la prestación; por lo que debe resolver —total o parcialmente— el contrato.
- 2.38. Que, al respecto la carta de Albis —tal cual ha sido presentada— es una solicitud dirigida a Essalud, que no expresa una voluntad indubitable de resolver el contrato parcialmente, sino que busca conocer la posición de Essalud, respecto a los hechos ocurridos durante la ejecución del Contrato; por ello, mediante el Informe n.º 506-SGAYEC-GABE-CEABE-ESSALUD-2017, de fecha 18 de septiembre de 2017, Essalud evaluó lo informado por Albis, señalando que: «El pedido de resolución parcial de contrato por causal de fuerza mayor no se encuentra probado».
- 2.39. Que se debe señalar que Albis en ningún momento solicitó una resolución parcial del contrato.
- 2.40. Que, en ese sentido, sin perjuicio de lo señalado Albis sustenta su solicitud de resolución de contrato por motivos de caso fortuito y fuerza mayor, toda vez que la Empresa argentina Gobbi Novag, fabricante del producto

fc



farmacéutico Flumazenil, no obtuvo el Certificado BPM otorgado por la Dirección General de Medicamentos, Insumos y Drogas, es decir, DIGEMID; por lo que no podía ingresar o comercializar en el Perú. Por dicha razón, Albis sostiene que la no obtención del Certificado BPM es un hecho extraordinario, imprevisible e irresistible.

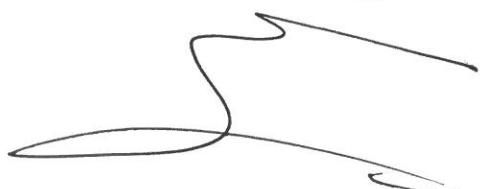
- 2.41. Que, sin embargo, sobre el particular resulta necesario precisar que un hecho o evento extraordinario se configura cuando, tal como lo indica la misma palabra, sucede algo fuera de lo ordinario, es decir, fuera del orden natural o común de las cosas.
- 2.42. Que, en ese sentido, Albis incurre en un grave error conceptual al pretender que la evaluación realizada por DIGEMID a la empresa argentina Gobbi Novag —la cual generó el posterior rechazo a la solicitud del Certificado BPM— es un hecho fuera de lo común, ya que —conforme se advierte en el Texto Único de Procedimientos Administrativos – TUPA del DIGEMID— es parte del procedimiento inspeccionar a las empresas extranjeras que buscan obtener el Certificado BPM.
- 2.43. Que, es importante agregar a ello, que es de amplio conocimiento de las empresas, la legislación nacional, por lo que no es extraordinario que frente al incumplimiento de la legislación peruana se le rechace la solicitud o renovación del Certificado de BPM, por lo que no se está frente a un hecho extraordinario, dentro de los términos que regula el Código Civil.
- 2.44. Que es pertinente precisar que Albis señala que Gobbi Novag contaba con una certificación de BPM vigente en Argentina, siendo importante señalar que cada país tiene autonomía sobre la legislación interna; en ese sentido,



no resulta razonable ni diligente considerar que una empresa que cuente con un Certificado BPM en un país extranjero obtendrá dicho certificado en Perú.

- 2.45. Que, asimismo, Albis señala que no tenía forma de prever que adquiriendo un producto de una planta de fabricación argentina que contaba con Certificado BPM en dicho país, no pasaría los estándares que colocó DIGEMID en su oportunidad, por lo que Essalud debe señalar nuevamente que la inspección es parte del procedimiento; en ese sentido, parte de las obligaciones de Albis era exigir que la empresa fabricante cumpla con la legislación nacional, a fin de que no se vea interrumpido el suministro del producto, ya que con ello garantizaba el cumplimiento de la prestación a su cargo.
- 2.46. Que, conforme lo indica Albis «(...) ...no tenía motivos atendibles para presumir que sucedería – hecho imprevisible», sin embargo, el hecho imprevisible —conforme lo indica el Diccionario de la Lengua Española, Vigésima Segunda Edición— ocurre cuando supera o excede la aptitud razonable de previsión del deudor en la relación obligatoria, puesto que el deudor tiene el deber de prever lo normalmente previsible, no así lo imprevisible.
- 2.47. Que es conocida la vinculación que existe entre la empresa fabricante, la proveedora y la comercializadora. Es en ese sentido, que la vinculación del incumplimiento de la empresa fabricante generaría que el contratista incurra en incumplimiento.
- 2.48. Que, la diligencia de Albis, se encontraba en realizar el estudio de mercado pertinente, a fin de garantizar que su proveedor cumplirá con los estándares exigidos en la legislación nacional y en las Bases. La elección del

RE



proveedor corresponde íntegramente al contratista, quien sabiendo el giro de su negocio está familiarizado con los procedimientos de la DIGEMID, además, del resto de entidades que evalúan los temas de salubridad.

- 2.49. Que, en ese sentido, no siendo un hecho ajeno al giro del negocio, Albis no se encontraba frente a un hecho imprevisible, dentro de los términos que expone o regula el Código Civil. A pesar de haber indicado Albis que Gobbi Novag contaba con la certificación ANMAT y MERCOSUR, Essalud considera importante reiterar que cada país tiene autonomía sobre su legislación interna. En ese sentido, no resulta razonable ni diligente considerar que una empresa que cuente con un Certificado BPM en un país extranjero obtendrá dicho Certificado en el Perú.
- 2.50. Que de lo indicado por Albis respecto a que: «...Se trata de un hecho respecto del que Albis no tiene posibilidad de evitar o remediar – hecho irresistible», ello significa que el deudor no tiene posibilidad de evitarlo, es decir, no puede impedir, por más que lo desee o intente, su acaecimiento.
- 2.51. Que, en el presente caso, la injerencia es erróneamente enfocada por Albis, toda vez que señala que es irresistible, en tanto que no puede intervenir para que la empresa fabricante del producto obtenga el Certificado BPM.
- 2.52. Que se debe indicar que la injerencia debió ser sobre la empresa productora Gobbi Novag, ya que forma parte de su diligencia asegurar que el fabricante pueda suministrar el producto Flumazenil.
- 2.53. Que, en ese sentido, no se está frente a un hecho irresistible, dentro de los términos que expone o regula el Código Civil. Essalud considera necesario precisar que Albis señala que buscó alternativas para cumplir con las

RL



órdenes de compra emitidas, sin embargo, a la fecha Albis no ha cumplido con acreditar lo alegado.

- 2.54. Que, asimismo, en el escrito de demanda de Albis no se ha cumplido con adjuntar la aseveración hecha, lo que corresponde tener en cuenta al momento de resolver el presente caso.
- 2.55. Que se debe indicar que no basta —como pretende Albis— con señalar que existe un hecho o evento de caso fortuito o fuerza mayor, sino que este hecho tiene que generar una imposibilidad de que la parte cumpla con la prestación a su cargo.
- 2.56. Que, en ese sentido el Organismo Supervisor de Contrataciones con el Estado - OSCE, en diversas oportunidades, ya se ha pronunciado indicando que no basta con alegar el hecho fortuito o fuerza mayor, sino que debe incidir directamente en la ejecución del contrato, lo cual debe estar debidamente acreditado. Al respecto, la Opinión n.º 118-2017/DTN, señala lo siguiente:

«2.2. En relación con lo anterior, el primer párrafo del artículo 36 de la Ley establece que “cualquiera de las partes puede resolver el contrato, por caso fortuito o fuerza mayor que imposibilite de manera definitiva la continuación del contrato (...).”

Del mismo modo, el artículo 135 del Reglamento establece dentro de las causales para la resolución de contrato el caso fortuito, fuerza mayor o por hecho sobreviniente al perfeccionamiento del contrato que no sea imputable a las partes y que imposibilite de manera definitiva la continuación de la ejecución del contrato.

Conforme a las normas citadas, la normativa de contrataciones del Estado prevé la posibilidad de resolver el contrato cuando debido a un hecho o evento que se considera caso fortuito o fuerza

Qel

mayor, resulte imposible de manera definitiva continuar con la ejecución de las prestaciones objeto del contrato.

En este supuesto, corresponde a la parte que solicita la resolución del contrato, probar la ocurrencia del caso fortuito o fuerza mayor, y la consecuente imposibilidad de continuar con la ejecución de las prestaciones a su cargo.

(...».

- 2.57. Que, se debe recordar que el Contrato tiene como objeto el suministro — entre otros— del producto Flumazenil. Tal como lo reconoce Albis en su demanda, ellos no son los fabricantes del producto solicitado, sino comercializadores del mismo.
- 2.58. Que, en ese sentido, la no obtención del Certificado BPM por parte de la empresa argentina Gobbi Novag, no imposibilitaba el cumplimiento de la prestación a su cargo, ya que le correspondía realizar la búsqueda de otro proveedor en el mercado, lo cual no ha ocurrido en el presente arbitraje. Albis no ha acreditado alguna actuación dirigida a obtener un nuevo proveedor.
- 2.59. Que no se puede dejar de considerar la transferencia del Registro Sanitario a un tercero. En efecto, en la Carta n.º 2017/016-B1V1M, de fecha 26 de enero de 2017, Albis señala que el Registro Sanitario n.º E22856 ha sido traspasado de Nutri Care Perú S.A.C. a GP Pharma.
- 2.60. Que, es necesario indicar que en la Ficha Técnica que forma parte de las Bases del proceso de selección, se dispuso en los requisitos que:

«El medicamento debe contar con los siguientes documentos técnicos vigentes:

Registro Sanitario o Certificado de Registro Sanitario vigente, otorgado por la ANM. Además, las resoluciones de modificación o

autorización, en tanto estas tengan por finalidad acreditar la correspondencia entre la información registrada ante la ANM y el medicamento ofertado. No se aceptarán productos cuyo Registro Sanitario esté suspendido o cancelado.

En el caso que el Registro Sanitario del medicamento ofertado haya vencido y se encuentre dentro de los alcances de lo dispuesto en la Tercera Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Supremo n.º 028-2010-SA, en el Decreto Supremo n.º 018-2011-SA y en el Decreto Supremo n.º 016-2011-SA, el postor deberá presentar una Declaración Jurada emitida por el Titular del Registro Sanitario o el poseedor del Certificado del Registro Sanitario que indique que el medicamento ofertado se encuentra comprendido en algunos de los Decretos Supremos señalados y que a la fecha de la presentación de la oferta técnica no cuenta con opinión negativa sobre la solicitud de reinscripción por parte de la ANM.

La exigencia de la vigencia del Registro Sanitario o Certificado de Registro Sanitario del producto se aplica para todo el proceso de selección y ejecución contractual».

2.61. Que, asimismo, las Bases señalan que:

«2.4. Requerimientos Técnicos. -

Los requerimientos técnicos de los Productos Farmacéuticos objeto del presente proceso, se encuentran descritos en la Resolución Ministerial n.º 584-2015-MINSA, sus modificatorias y las fichas técnicas aprobadas y publicadas en el SEACE, detalladas en el Capítulo III. La propuesta técnica deberá incluir toda la información consignada en dichas fichas técnicas.

El requerimiento técnico es requisito indispensable que debe reunir el sobre de Habilitación, presentado por el postor, para ser admitido».

2.62. Que, se debe indicar que siendo el Registro Sanitario un documento indispensable para que Albis cumpla con la ejecución del Contrato, su

Raf



representada no escatimó en riesgos y optó por transferir este registro a un tercero, lo cual demuestra su falta de interés y diligencia en el cumplimiento de las prestaciones a su cargo.

- 2.63. Que, por todo lo señalado, el pedido de Albis carece de sustento y asidero legal; por lo que, en su oportunidad, corresponderá que se declare Infundada su Primera Pretensión.

Posición del Árbitro Único

- 2.64. Que, como se aprecia de la reseña de la posición de las partes, este punto controvertido gira en torno a la resolución parcial sin responsabilidad del Contratista por caso fortuito o fuerza mayor.
- 2.65. Que, en ese sentido, el Árbitro Único advierte que es necesario no sólo analizar la supuesta existencia de un caso fortuito o fuerza mayor, sino que además corresponde reconocer si el contratista fue diligente, así como la acreditación de dicha diligencia, en la medida de que la obligación del contrato le exigía.
- 2.66. Que, en ese orden de ideas, es necesario tener en cuenta que el artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado establece lo siguiente:

«Artículo 52: Solución de Controversias

(...)

52.2 (...) Para los casos específicos en los que la materia se refiera a nulidad de contrato, resolución de contrato, ampliación de plazo contractual, recepción y conformidad de la prestación, valorizaciones o metrados, liquidación del contrato y pago, se debe iniciar el respectivo procedimiento dentro del plazo de quince (15) días hábiles conforme lo señalado en el Reglamento.

(...).»

- 2.67. Que, asimismo, el artículo 44 de la Ley de Contrataciones del Estado, establece lo siguiente:

«Artículo 44: Resolución de los contratos

Cualquiera de las partes podrá resolver el contrato, sin responsabilidad de ninguna de ellas, en caso fortuito o fuerza mayor que imposibilite de manera definitiva la continuación del contrato. (...).

- 2.68. Que, en ese sentido, el Árbitro Único considera necesario tener presente el artículo 37, Título III «De las Contrataciones - de las Disposiciones Generales» de la Ley de Contrataciones del Estado, el cual indica que:

«Artículo 37: Subcontratación

El contratista podrá subcontratar, previa aprobación de la Entidad, parte de sus prestaciones en el contrato, salvo prohibición expresa contenida en las Bases. El contratista mantendrá la responsabilidad por la ejecución total de su contrato frente a la Entidad, sin perjuicio de la responsabilidad que le puede corresponder al subcontratista. (...).

- 2.69. Que, además, el artículo 49 de la Ley de Contrataciones del Estado hace referencia a lo siguiente:

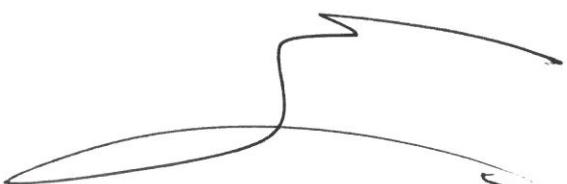
«Artículo 49: Cumplimiento de lo pactado

Los contratistas están obligados a cumplir cabalmente con lo ofrecido en su propuesta y en cualquier manifestación formal documentada que hayan aportado adicionalmente en el curso del proceso de selección o en la formalización del contrato, así como a lo dispuesto en los incisos 2) y 3) del artículo 1774º del Código Civil».

- 2.70. Que, por su parte, la Cláusula Décima Cuarta del Contrato establece siguiente:

«Cláusula Decima Cuarta.- Declaración Jurada del Contratista
EL CONTRATISTA declara bajo juramento que se compromete a

RE



cumplir las obligaciones derivadas del presente contrato, bajo sanción de quedar inhabilitado para contratar con el Estado en caso de incumplimiento».

- 2.71. Que, por su parte, la Cláusula Décima Séptima del Contrato establece siguiente:

«Cláusula Décima Séptima.- Resolución del Contrato

Cualquiera de las partes podrá resolver el contrato, de conformidad con los artículos 40, inciso c), y 44 de la Ley de Contrataciones del Estado, y los artículos 167 y 168 de su Reglamento.

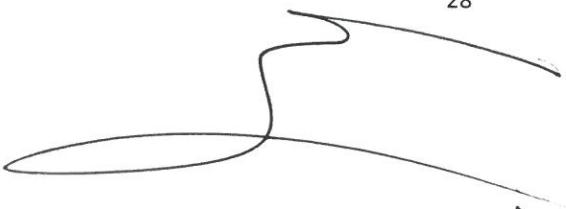
(...)».

- 2.72. Que, asimismo debe considerarse el artículo 1315 de Código Civil, que indica lo siguiente:

«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».

- 2.73. Que, sin duda, es importante tener en cuenta lo que implica la fuerza mayor o el caso fortuito. En ese sentido, y respecto a la fuerza mayor se debe considerar que : «(...) El incumplimiento le es impuesto al deudor por un hecho ajeno a él, por lo que ya no es el autor moral de dicha inejecución; se configura de esta forma un supuesto de inimputabilidad, merced a la cual el deudor no será responsable por tal incumplimiento ni por sus consecuencias. Es, pues, un motivo más de la ruptura del nexo causal de la responsabilidad.»²

² OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. «Tratado de las Obligaciones». Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003, vol. XVI, tomo XI, p. 604.



- 2.74. Que, asimismo, Osterling y Castillo mencionan que: «En el Código Civil, como se observa del artículo 1315 antes transrito, se emplean con equivalencia absoluta las expresiones *caso fortuito* y *fuerza mayor*. El Derecho positivo nacional no ha otorgado mayor importancia a la distinción teórica entre caso fortuito y fuerza mayor, pudiendo constatarse que tal diferenciación carecería de efectos prácticos; no obstante, la doctrina sí distingue entre el caso fortuito y la fuerza mayor.»³
- 2.75. Que, además, indican que: «Algunos autores consideran que diferenciar conceptualmente sólo obedece a fines teóricos. Otros, por su parte, sostienen que tal distinción sí tiene influencia sobre la responsabilidad del deudor. Este último sector de la doctrina considera que la diferencia se encuentra en la importancia del acontecimiento, siendo de fuerza mayor los hechos más importantes y casos fortuitos los menos importantes. Aquí la fuerza mayor tiene un efecto liberatorio más amplio que el caso fortuito, implicando la irresistibilidad del acontecimiento. En tanto, el caso fortuito abarca la imprevisibilidad de dicho acontecimiento.»
- 2.76. Que, más allá de todas las distinciones que la doctrina efectúa sobre el particular, en el caso fortuito y la fuerza mayor, los efectos de ambas figuras serán siempre los mismos, es decir, exoneran de responsabilidad al deudor que incumple su obligación.
- 2.77. Que, es necesario entender que el artículo 1315 del Código Civil proporciona una salida al deudor cuando ocurren eventos en los que su voluntad no ha intervenido, es decir, eventos extraordinarios, imprevisibles e irresistibles que impidan la ejecución de la obligación a su cargo.
- 2.78. Que, dentro del ordenamiento jurídico peruano, en ambos casos —caso

³ OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. «*Tratado de las Obligaciones*». Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003, vol. XVI, tomo XI, p. 605.

Re



fortuito y fuerza mayor— lo importante es que se trate de una fuerza ajena, extraordinaria, imprevisible e irresistible. Para todo efecto práctico, el Código Civil peruano considera al caso fortuito y la fuerza mayor como conceptos análogos, que tienen consecuencias similares: la exoneración de responsabilidad.

- 2.79. Que, es necesario incidir en torno a que el caso fortuito o de fuerza mayor, según el artículo 1315 del Código Civil, debe ser un *evento extraordinario*, es decir, las circunstancias en que se presenta deben ser no comunes ni usuales.
- 2.80. Que, en la opinión de Osterling y Castillo,⁴ «algo extraordinario es, como la propia palabra lo indica, algo fuera de lo ordinario, esto es, fuera de lo común. Lo contrario a lo común es la excepción; *por ello, creemos que se trata de algo que se encuentra dentro del campo de lo excepcional, de un acontecimiento que se produce por excepción, lejos de lo que en forma normal o natural se espera que ocurra*. Lo extraordinario es, pues, lo que atenta o irrumpre en el curso natural y normal de los acontecimientos, quebrándolos. Invade temporalmente el espacio de lo común, de lo ordinario. Vemos, también, que este concepto va seriamente ligado a la impredecibilidad o imprevisibilidad».
- 2.81. Que, en razón de ello, Boffi Boggero⁵ señala que el carácter de la imprevisibilidad indica que el acontecimiento no es razonablemente previsible, lo que surge de una serie de elementos de hecho que debe computar equilibradamente el órgano jurisdiccional: naturaleza de la obligación, intención de las partes, circunstancias de personas, tiempo y lugar, etc.

⁴ OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. *Op. cit.*, tomo XI, p. 624.

⁵ BOFFI BOGGERO, Luis María. *Op. cit.*, tomo II, pp. 226 y 227.



- 2.82. Que, en cuanto a la aptitud del deudor para prever el hecho que obsta al cumplimiento de la obligación, Llambías señala que no se trata de pedirle a éste una dosis adivinatoria de lo que podría acontecer, sino que haya empleado todas las precauciones ordinarias, pues de no hacerlo habría culpa de su parte. Refiere que, en este sentido, los tribunales “*han decidido que no son imprevisibles los hechos que derivan de acontecimientos normales, como la rotura de un caño subterráneo causada por la presión del tránsito en el lugar, el derrumbe del parapeto de una azotea provocado por una tormenta, la rotura de la dirección de un automóvil, o del eje de un vehículo, o el desprendimiento del aro de una de sus ruedas, o la caída de un sifón de un carro*”.⁶
- 2.83. Que, asimismo, Alterini, Ameal y López Cabana⁷, al tratar acerca del requisito de imprevisibilidad, consideran que el hecho es imprevisible cuando el deudor no lo puede prever, a pesar de haber actuado con la prudencia, diligencia y capacidad de previsión que son exigibles al hombre medio.
- 2.84. Que, en este orden de ideas, el evento no sólo debe revestirse como hecho extraordinario, lo cual se demuestra sin mayores problemas al analizar la frecuencia o habitualidad del suceso, sino que además se requiere del elemento inherente al individuo, relativo a la conducta diligente que se espera de él.
- 2.85. Que, respecto a la irresistibilidad del evento, para De Trazegnies⁸ ello supone que el presunto causante no hubiera tenido oportunidad de actuar de otra manera. No basta con que la adopción de otro curso de acción hubiera sido simplemente muy difícil; se requiere que haya sido imposible.

⁶ LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, tomo I, pp. 232 y 233.

⁷ ALTERINI, Atilio Aníbal, Óscar José AMEAL y Roberto LÓPEZ CABANA. *Curso de Obligaciones*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1988, tomo I, p. 391.

⁸ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *Op. cit.*, tomo I, p. 313.

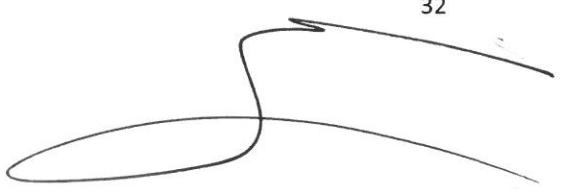
RE



- 2.86. Que, en ese sentido, para que el hecho sea calificado como irresistible, el deudor no puede evitarlo; no puede impedir, por más que quiera o haga, su realización.
- 2.87. Que, en consecuencia, si el deudor, atendiendo sus condiciones personales, no ha sido capaz de resistir el evento que impide el cumplimiento de la obligación a su cargo, y además no ha podido preverlo, estará libre de responsabilidad.
- 2.88. Que, como lo mencionan Osterling y Castillo,⁹ «además tiene que existir una conexión causal entre el evento y la inejecución, lo que equivale a decir que el caso fortuito o de fuerza mayor debe impedir al deudor la ejecución o determinar el incumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la prestación a que está obligado. En otras palabras, la incidencia entre el acontecimiento y el incumplimiento debe ser directa. Y este impedimento debe ser absoluto, ya que, si no lo impide y sólo lo obstaculiza en términos relativos, no libera al deudor de responsabilidad, pues no se produce la fractura del nexo causal de responsabilidad».
- 2.89. Que, en ese sentido, si el caso fortuito o de fuerza mayor no impiden absolutamente el cumplimiento del deudor, entonces se trataría solamente de un evento de alguna forma aislado, ya que no configuraría en realidad el presupuesto del caso fortuito o de fuerza mayor.
- 2.90. Que, en el presente caso Albis tenía conocimiento desde el 13 de mayo de 2016, de las observaciones generadas por DIGEMID a Gobbi Novag, conforme se advierte en la carta cursada por Albis a Nutri Care, de fecha 12 de septiembre de 2016, la misma que se encuentra anexada al escrito

⁹ OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. *Op. cit.*, tomo XI, p. 635.

RE



Árbitro Único:
Mario Castillo Freyre

presentado por Albis con fecha 16 de mayo de 2019, y en la que se observa el siguiente fragmento:

Cabe tener presente además que estas compras permiten a Albis cumplir con parte de sus obligaciones frente al Estado, obligaciones que – tal como es de conocimiento de NC, incluyen la venta de Flumanovag a entidades del Estado. Estos productos eran vendidos por NC a Albis hasta que NC los dejó de comercializar según nos informó en su carta notarial de fecha 13 de mayo 2016. En dicha carta, NC informó a Albis que la planta de Gobbi Novag en Argentina, fabricantes del producto Flumanovag había sido materia de observaciones por DIGEMID y que tales observaciones no serían subsanadas. En tal sentido, NC comunicó a Albis que no continuaría comercializando el producto al Perú.

- 2.91. Que, asimismo, Albis comunica a Essalud de su impedimento de proveer el producto Flumazenil 100mg/ml, mediante Carta n.º 20170126-B1-VI, de fecha 26 de enero de 2017, la misma que solicita la resolución parcial del contrato por caso fortuito o fuerza mayor. Dicha solicitud de resolución parcial no contiene una decisión sino un pedido, como se observa a continuación:

Asunto : Resolución parcial del contrato 4600047118 del ITEM 203
De nuestra consideración:

Por medio de la presente es grato dirigirnos a Ustedes, a fin de informarles que nuestra representada NUTRI CARE Peru SAC, no va a poder proveernos del producto Flumazenil 100ug/ml por cuanto el fabricante del producto, la empresa Argentina GOBBI NOVAG, aún DIGEMID no le ha expedido el BPM correspondiente.

Cabe resaltar que la empresa en mención sigue trabajando normalmente en Argentina, con autorización vigente de ANMAT (Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica) y además acaba de obtener la certificación de buenas prácticas del Acuerdo Mercosur.

Por lo anteriormente expuesto y al amparo del Art. 135 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, solicitamos la resolución parcial del contrato por caso fortuito o fuerza mayor, toda vez que se ha venido ejecutando normalmente, salvo este imponderable, que nos hace depender de la decisión de un tercero, que resulta ser DIGEMID.

Árbitro Único:
Mario Castillo Freyre

- 2.92. Que se advierte —siendo que la responsabilidad de la carga de la prueba recae en Albis— que no existe medio probatorio en el expediente que demuestren lo indicado por Albis, en torno a la búsqueda de otras empresas que pudieran sustituir la función que realizaba Gobbi Novag, a efectos de subsanar y evitar el incumplimiento de la obligación por parte de Albis.
- 2.93. Que, conforme se puede observar en el Capítulo III de las Bases Administrativas del Contrato «Compra Corporativa de productos farmacéuticos para el abastecimiento del año 2016», presentada por Essalud —en calidad de medio probatorio— mediante escrito de fecha 15 de julio de 2019, se indica lo siguiente:

CONSIDERACIONES Y REQUISITOS TÉCNICOS

I. REQUISITOS TÉCNICOS

Los productos farmacéuticos objeto del presente proceso, deben contar con la documentación técnica según se especifica en la ficha técnica, disponibles en la plataforma del Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado – SE@CE, correspondiente a cada producto farmacéutico, incluido los solventes (disolventes) cuando corresponda. Además, deben contar con la siguiente documentación técnica:

1.1. Documentación obligatoria general

- Copia simple de la Constancia de Registro del Establecimiento Farmacéutico o Resolución de Autorización Sanitaria de Funcionamiento, emitida por la DIGEMID, DIREMID o quien haga sus veces en el ámbito regional, según corresponda.
- Declaración Jurada de Compromiso de Canje y/o Reposición por vicios ocultos (Anexo N° 11).

- 2.94. Que, asimismo, dentro del mencionado documento en el Capítulo II literal i), dentro de la documentación obligatoria general se observa lo siguiente:

RR

34

i) Copia simple del Registro Sanitario o Certificado de Registro Sanitario vigente.
Para el caso de los productos farmacéuticos cuyos Registros Sanitarios o Certificados de Registro Sanitarios figuren como vencidos y que se encuentren dentro del alcance de la normativa especificada en la Ficha Técnica así como al Decreto Supremo N° 016-2013-SA y sus modificatorias, se deberá presentar lo Declaración Jurada, emitida por el Titular del Registro Sanitario o el tenedor del Certificado del Registro Sanitario, adjuntando la copia del referido Registro vencido y la copia de la solicitud de Reinscripción ante DIGEMID según los plazos establecidos en la normatividad vigente, Anexo N° 10.

- 2.95. Que como se advierte, conforme lo indican el Contrato y las Bases Integradas del mismo, era de pleno conocimiento de Albis la obligatoriedad del Certificado de Registro Sanitario y del Certificado de Buenas Prácticas de Manufactura emitidos por DIGEMID.
- 2.96. Que, en ese orden de ideas, teniendo en cuenta que no estamos frente a un hecho extraordinario, se puede advertir que, al no haber hecho uso de la diligencia propia de las personas de capacidad media, se estaría incurriendo en culpa leve, es decir, el deudor —en este caso Albis— que no actúa con el cuidado que una persona de similares características o cualidades normalmente hubiera puesto en dichos asuntos.
- 2.97. Que, es importante precisar que de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 1329 del Código Civil: «se presume que la inejecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve».
- 2.98. Que, en tal sentido, la probanza de la ausencia de culpa (leve) corresponde al deudor cuando el acreedor invoque y acredite el incumplimiento. Es decir, que Albis tenía la carga de la prueba en torno a su actuar diligente; sin embargo, se advierte que no existe documento alguno en el expediente, que demuestre el sentido de prevención u —ocurrido el hecho— la



acreditación de las acciones tomadas a efectos de subsanar el suceso, entiéndase las observaciones generadas por DIGEMID, con el propósito de evitar el incumplimiento de la obligación.

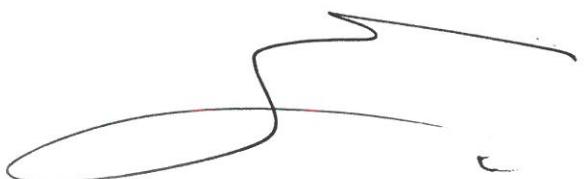
- 2.99. Que, en ese sentido, Albis como distribuidor del medicamento debió prever —en un actuar diligente, por ser un evento que no califica como extraordinario ni imprevisible— a efectos de cumplir con la obligación asumida mediante contrato y evitar el incumplimiento, considerando que conocía de las observaciones hacia Gobbi Novag por parte de DIGEMID desde el mes de mayo de 2016, comunicando dicho hecho a Essalud recién en el mes de enero de 2017.
- 2.100. Que, en ese orden de ideas y a entender del Árbitro Único, no existe el hecho extraordinario, imprevisible e irresistible que exonere al Contratista de responsabilidad, ni tampoco existe fundamento o medio probatorio, que acredite de manera fehaciente un proceder diligente propio de la responsabilidad que adquirió con la firma del Contrato con Essalud.
- 2.101. Que, en consecuencia, corresponde desestimar la Primera Pretensión de la demanda.

DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO DECLARAR NULA, INVÁLIDA E INEFICAZ LA DECISIÓN DE RESOLUCIÓN DEL CONTRATO POR INCUMPLIMIENTO INJUSTIFICADO DE OBLIGACIONES, CONTENIDA EN LA CARTA NOTARIAL N.º 32-CEABE-ESSALUD-2018, NOTIFICADA EL 10 DE MAYO DE 2018 POR ESSALUD.

Posición de Albis

- 2.102. Que, mediante Carta Notarial n.º 32-CEABE-2018, notificada con fecha 10 de mayo de 2018, Essalud informa sobre su decisión de resolver el

BR



Contrato por causal de incumplimiento injustificado de Albis a las obligaciones asumidas en el Contrato; adjuntando para dichos efectos el informe n.º 28-OAL-CEABE-2018 que menciona, entre otros argumentos, que Albis no habría acreditado su imposibilidad de cumplir con las prestaciones asumidas en el Contrato, por causas imprevisibles, irresistibles y extraordinarias.

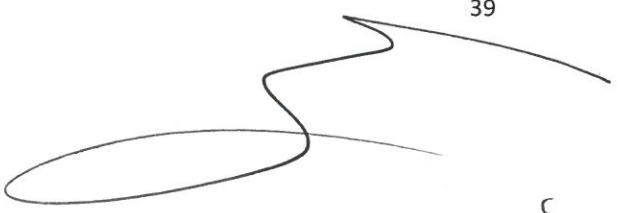
- 2.103. Que, el impedimento de Albis para el suministro del producto Flumazenil a favor de Essalud, surge como consecuencia de la ocurrencia de un hecho extraordinario, imprevisible e irresistible, que constituye la no obtención del Certificado de Buenas Prácticas de Manufactura (BPM) por parte de la empresa argentina Gobbi Novag.
- 2.104. Que, a raíz de la no obtención del Certificado BPM, por parte de la empresa Gobbi Novag, el producto Flumazenil no podía ser adquirido ni comercializado en el Perú. Siendo que Albis adquiría el producto de la empresa representante Nutri Care Perú, quien, a su vez, se abastecía del producto de la empresa fabricante argentina Gobbi Novag.
- 2.105. Que, en ese sentido, al no contar la empresa Nutri Care Perú con el producto, Albis no podía seguidamente suministrar dicho producto a Essalud, en las condiciones pactadas en el Contrato.
- 2.106. Que, sin perjuicio de ello, Albis comunicó desde el primer momento sobre los problemas de abastecimiento del producto, por la no obtención del Certificado BPM por la empresa Gobbi Novag, indicando que se vería impedido de seguir ejecutando las prestaciones a su cargo. Dichas comunicaciones fueron realizadas por Albis con el fin de mantener informada a la autoridad de la situación del producto; así, en forma diligente, Albis devolvió las Órdenes de Compra emitidas a Essalud.

- 2.107. Que Albis adjuntó a manera de prueba la copia del Reporte de DIGEMID con las observaciones levantadas a la empresa Gobbi Novag, así como las comunicaciones enviadas al respecto por la representante Nutri Care Perú S.A.C. y las certificaciones obtenidas por la empresa Gobbi Novag ante la institución sanitaria argentina ANMAT y MERCOSUR.
- 2.108. Que dicha documentación da cuenta no sólo de la veracidad de la comunicación brindada por Albis, sino también de las acciones y/o coordinaciones realizadas por Albis con sus representantes comerciales.
- 2.109. Que Albis informó que realizó todos los esfuerzos necesarios en busca de una alternativa de solución; tratando de contactar a otras empresas que comercializaban el producto en el país; sin embargo, no pudo ser posible, ya que los laboratorios que a dicha fecha tenían vigente el registro sanitario de la sustancia del producto Flumazenil, seguían sin importar sus productos y, por otro lado, las empresas nacionales que contaban con el registro sanitario del Flumazenil no estaban comercializando sus productos.
- 2.110. Que, en ese sentido, no había además una alternativa de solución que pudiera remediar o evitar la no atención de las Órdenes de Compra emitidas por Essalud y la ejecución de las prestaciones pendientes del Contrato.
- 2.111. Que Albis en todo momento ha actuado de buena fe, procediendo a ejecutar el Contrato de acuerdo a las obligaciones y requerimientos previstos en el mismo, entendiendo la responsabilidad que amerita una necesidad de salud pública. Sin embargo, Albis al verse perjudicado por la

ocurrencia de un hecho extraordinario, imprevisible e irresistible, que escapa del ámbito de sus obligaciones, del orden natural esperado y de la debida diligencia que al respecto demanda, se vio imposibilitado de seguir cumpliendo con sus prestaciones.

- 2.112. Que, en el presente caso, no ha habido incumplimiento injustificado, sino más bien el impedimento del cumplimiento de las prestaciones asumidas por Albis por la ocurrencia de un hecho de caso fortuito o fuerza mayor, el cual se encuentra debidamente regulado en el artículo 44 de la Ley de Contrataciones con el Estado, como un supuesto de resolución sin responsabilidad del Contrato, facultando a quien lo alega, a solicitar dicha resolución.
- 2.113. Que, en ese sentido, los argumentos esgrimidos por Essalud no resultan válidos ni corresponden a los hechos acaecidos en el presente Contrato. La resolución por presunto incumplimiento injustificado efectuada por parte de Albis, es ineficaz, no sólo porque ha quedado evidenciado que el impedimento en la ejecución de las prestaciones de Albis corresponde a un hecho de caso fortuito o fuerza mayor, sino también porque fue presentado una vez que Albis ya había presentado su solicitud de resolución.
- 2.114. Que, por lo expuesto, se ha demostrado que en el presente caso no ha ocurrido incumplimiento injustificado por parte de Albis, sino más bien la ocurrencia de un hecho de caso fortuito o fuerza mayor que impide la ejecución de las prestaciones asumidas por Albis en el Contrato, y corresponde que se declare fundada la Segunda Pretensión Principal en todos sus extremos.

Posición de Essalud



39

C.

- 2.115. Que, Albis pretende que se deje nula, inválida e ineficaz la decisión de resolución de contrato por incumplimiento injustificado de obligaciones contenidas en la Carta Notarial n.º 32-CEABE-ESSALU-2018 efectuada por Essalud, toda vez que sostiene que, debido a la ocurrencia de un hecho extraordinario, imprevisible e irresistible, que constituye la no obtención del Certificado BPM por parte de la empresa argentina Gobbi Novag, no pudo cumplir con la prestación a su cargo.
- 2.116. Que, sobre el particular, se debe precisar que Essalud se remite a los argumentos expuestos en la Primera Pretensión Principal. Sin perjuicio de ello, se debe reiterar que ha existido una falta de diligencia por parte de Albis, al no fiscalizar a la empresa proveedora del fármaco ni buscar otra empresa que se lo provea.
- 2.117. Que, si bien se señala que se habría realizado las acciones necesarias destinadas a conseguir un nuevo proveedor, Essalud debe precisar que ello no ha sido sustentado a lo largo de la ejecución del Contrato ni en el presente arbitraje.
- 2.118. Que todo Contrato suscrito con alguna Entidad del Estado tiene un fin público, siendo en el presente caso el suministro de diversos fármacos, entre ellos, el Flumazenil; por lo que la diligencia de los proveedores debe ser mayor.
- 2.119. Que, en ese sentido, Albis incumplió injustificadamente la prestación a su cargo, toda vez que no acreditó que el aparente hecho fortuito o fuerza mayor, haya imposibilitado de manera definitiva que continúe con el contrato; por lo que, corresponde que se declare Infundada la Segunda Pretensión Principal; y, en consecuencia, se declare que ha sido



correctamente resuelto el contrato.

Posición del Árbitro Único

2.120. Que conforme indica el artículo 169 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado:

«Artículo 169: Procedimiento de Resolución de Contrato

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 de cinco (5) días, bajo apercibimiento de resolver el contrato.
(...).».

2.121. Que, asimismo, el artículo 52 numeral 2 de la Ley de Contrataciones del Estado menciona lo siguiente:

«Artículo 52: Solución de Controversias

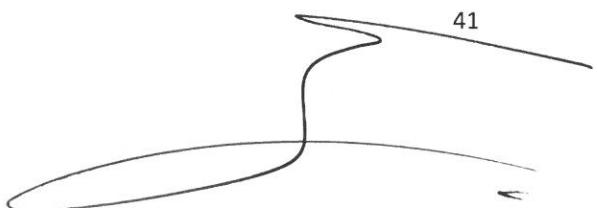
(...)

52.2.- (...) Para los casos específicos en los que la materia de la controversia se refiera a nulidad de contrato, resolución de contrato, ampliación de plazo contractual, recepción y conformidad de la prestación, valorizaciones o metrados, liquidación del contrato y pago, se debe iniciar el respectivo procedimiento dentro del plazo de quince (15) días hábiles conforme lo señalado en el reglamento.
(...).».

2.122. Que, en ese sentido, corresponde analizar la validez —conforme lo establece la Ley y su Reglamento— de la resolución realizada por Essalud mediante Carta Notarial n.º 32-CEABE-ESSALUD-2018, de fecha 6 de abril de 2018.

2.123. Que, mediante carta de fecha 4 de abril de 2017, Albis S.A. realiza la devolución de las Órdenes de Compra programadas para el mes de abril, indicando que en el mes de enero de 2017 se le había comunicado a

RL



Árbitro Único:
Mario Castillo Freyre

Essalud lo sucedido en torno a las observaciones de DIGEMID a la empresa fabricante del producto Gobbi Novag; sin embargo, se advierte que más allá de una simple comunicación, no existe acreditación alguna, mediante documentación que demuestre las acciones tomadas por Albis a efectos de evitar el incumplimiento de su obligación, así podemos observar lo siguiente:



Ca. Víctor Albamora No. 147 – Urb. Santa Catalina - Lima 13
E-mail: obastidas@albis.com.pe
Celular: 981 511 285

La Victoria, 4 de abril de 2017

Señores
ESSALUD - CEABE.
Jirón Domingo Cueto N° 120 – Jesús María.

Atención Sr. Hugo Ascama Flores.
Sub-Gerente de Adquisición y Ejecución Contractual - CEABE.
Asunto: Contrato N° 4600047118 del Item N° 203 Flumazenil 100ug/ml
Ordenes de compra para atención mes de abril 2017.

De nuestra consideración:

Con fecha 26 de enero del presente presentamos a su despacho la Carta N° 20170126-B1-VI, en la cual comunicamos que nuestro proveedor Nutri-Care Peru SAC no va a poder proveernos del producto Flumazenil 100ug/ml, debido a que es fabricante del producto, la empresa argentina Gobbi Novag, aun DIGEMID no le ha expedido el BPM correspondiente.

A la fecha la DIGEMID no ha expedido el documento líneas arriba mencionado, por tal motivo no podremos atender las siguientes órdenes de compra programadas para el mes de marzo, a continuación se detalla:

4502782550
4502782551
4502782552
4502782553
4502782554
4502782555
4502782556
4502782557
4502782558
4502782559
4502782560
4502782561
4502782562

Por lo cual le estamos devolviendo las órdenes de compra originales por lo expuesto líneas arriba.
Sin otro particular, quedamos de ustedes.

Atentamente:

ORLANDO BASTIDAS ESPINOZA
Representante Legal
DNI 06562029
ALBIS S.A.



178-2017-

PROVEEDOR
GERENCIA DE ADQUISICIÓN DE
BIENES ESTRÁTICOS 2419
Provisto N°: 504 y 80
Pase a: Atención
Para: Atención

RE

Árbitro Único:
Mario Castillo Freyre

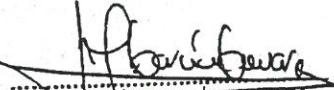
2.124. Que, en ese sentido, Essalud indica mediante Carta Notarial n.º 011-CEABE-ESSALUD-2017, que realiza la devolución de las Órdenes de Compra a razón de lo siguiente:

Al respecto, en lo concerniente al certificado de Buenas Prácticas de Manufactura se les indica que el mismo debe estar vigente durante la ejecución contractual, conforme a la normativa vigente en la materia y lo establecido en las Bases Administrativas.

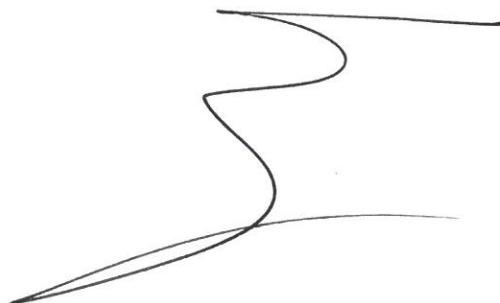
Asimismo, se les recuerda que el contrato está conformado por el documento que lo contiene, las Bases Integradas y la oferta ganadora, así como los documentos derivados del proceso de selección que establezcan obligaciones para las partes y que hayan sido expresamente señalados en el contrato. El contrato es obligatorio para las partes¹.

Por lo anterior, se le remite adjunto las mismas órdenes de compra, en original, que devolvieran a EsSalud con la carta de la referencia, a fin de que sean atendidas por su representada.

Atentamente,


JUAN MANUEL GARCÍA GUEVARA
DIRECCIÓN CENTRAL DE COMPRAS ESSALUD
JUNTA DIRECTIVA DE ALBIS S.A.C.
Nit N° 178-2017-ESSALUD
Folios: dieciséis (16)

2.125. Que, se advierte que en la mencionada Carta Notarial se hace referencia a las Bases Integradas, las mismas que indican lo siguiente:



11).

1.2. Documentación obligatoria por cada ítem

- Copia simple de la Resolución Directoral del Registro Sanitario o Certificado de Registro Sanitario vigente.

Para el caso de los productos farmacéuticos cuyos Registros Sanitarios o Certificados de Registro Sanitarios figuren como vencidos y que se encuentren dentro del alcance de la normativa especificada en la Ficha Técnica así como al Decreto Supremo N° 018-2013-SA y sus modificatorias, se deberá presentar la Declaración Jurada, emitida por el Titular del Registro Sanitario o el tenedor del Certificado del Registro Sanitario, según Anexo N° 10, adjuntando la copia del referido Registro vencido y la copia de la solicitud de Reinscripción ante DIGEMID según los plazos establecidos en la normatividad vigente.

- Copia simple del Certificado de Análisis o Protocolo de Análisis correspondiente al ítem ofertado, el mismo que deberá ser verificado con lo vigente autorizado.
- Copia simple del Rotulado de los envases inmediato, mediato y del inserto, cuando corresponda.
- Copia simple de la Certificación de Buenas Prácticas de Manufactura (BPM). Para el caso de la certificación de las BPM, tener en cuenta las precisiones establecidas en la correspondiente Ficha Técnica aprobada en el OSCE; precisando que sólo para productos farmacéuticos importados, el postor debe presentar Declaración Jurada de presentación de solicitud de certificación de BPM (Anexo N° 09).

2.126. Que, el Árbitro Único advierte que mediante Carta Notarial, de fecha 26 de julio de 2017, Albis indica a Essalud su impedimento para cumplir con la entrega del producto por las observaciones de DIGEMID, indicando que intentó cumplir con el mismo mediante otro importador en el Perú; sin embargo, es importante mencionar que en el expediente no existen documentos que acrediten de manera fehaciente las acciones que menciona Albis haber tomado, a efectos de impedir el incumplimiento en el que incurrió; asimismo, cabe resaltar que es Albis la obligada a demostrar su diligencia durante todo el desarrollo del contrato y no corresponde a Essalud indagar en torno a la información indicada por

EE



Árbitro Único:
Mario Castillo Freyre

Albis, como se observa a continuación:

Alma, 26 de julio de 2017.

PERÚ, 26 JUL. 2017

Señores:
SEGURO SOCIAL DE SALUD - CEABE.
Jr. Domingo Cueto N° 120 - Jesus Maria.

Carta Notarial N° 1186244

**Atención: Sr. Juan Manuel Garcia Guevara - Gerente Central
- Ceabe - Essalud.**

Asunto.- Carta Notarial N° 011 - CEABE-ESSALUD-2017.

Presente.-

De nuestra consideración:

Sirva la presente para hacerles llegar nuestro cordial saludo y al mismo tiempo manifestarle que con respecto al asunto de la referencia, le estamos devolviendo las órdenes de compra N° 4502782550 al 4502782562 que correspondían a la entrega de abril de 2017 (trece ordenes de compra), esto debido a que mi representada no puede atender el requerimiento del material Flumazenil 0.1 mg/ml x 5ml, esto debido a que con fecha 26 de enero de 2017 enviamos la carta N° 20170126-B1-VI, en la cual le explicábamos que a esa fecha la Digemid no le ha expedido a nuestra representada NUTRI CARE Peru SAC el respectivo BPM al fabricante argentino Gobbi Novag, situación que sigue sin variación, mientras Gobbi Novag tiene vigente su comercialización en Argentina y otros países de sudamerica DIGEMID no le otorga las BPM necesarias para la importación del producto.

Independientemente de ello, hemos tratado de cumplir nuestro compromiso y cubrir el requerimiento con producto de otro importador en Perú, sin embargo a la fecha los laboratorios que tienen vigente el Registro Sanitario de la sustancia, siguen sin importar el producto, situación que puede ser comprobada por su institución, simplemente comunicándose con ellos.

2.127. Que, conforme lo establece la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, previo a una resolución debe existir un requerimiento, a efectos de otorgar un plazo prudente a la parte incumpliente de subsanar la falta. En ese sentido, Essalud comunica mediante Carta Notarial n.º 24-CEABE-ESSALUD-2017, de fecha 11 de agosto de 2017, el plazo para

Al



Árbitro Único:
Mario Castillo Freyre

que subsane la entrega del producto Fumazenil, bajo apercibimiento de resolver el contrato, como se puede observar a continuación:

~~CARTELÉ NOTARIAL N° 04~~

-CEABE-ESSALUD-2017.

Señores:
ALBIS S.A. 11 AGO 2017
Ca. Victor Alzamora 147, Urb Santa Catalina,
La Victoria.-



Asunto : Requiere el cumplimiento de obligaciones bajo apercibimiento de resolver el contrato e iniciar acciones legales.

Referencia : Contrato 4600047118, ítem 203.
Licitación Pública por Subasta Inversa presencial 015-2015-DARES/MINSA

De nuestra especial consideración:

Al amparo de lo previsto en el artículo 169 del Reglamento de la Ley de contrataciones del Estado, le otorgamos el plazo improrrogable de 4 días para que cumpla con entregar a ESSALUD el producto: Flumazenil 0.5MG/5ML (0.1 MG/ML), cuyas cantidades figuran en las órdenes de compra giradas a vuestro favor y se señalan como ANEXO 01, bajo apercibimiento de resolver de manera parcial el contrato de la referencia en caso no cumpla con dicha obligación.

Sobre el particular, conforme se aprecia de la cláusula 9.4 del referido contrato, constituye una obligación a su cargo, la entrega de la resolución Directoral del registro Sanitario o Certificado de registro Sanitario vigente de los productos adquiridos. Esta obligación a su cargo, no solo se desprende del contrato, sino que constituye una obligación de las bases del proceso por lo que, vuestra empresa debió de realizar las gestiones que correspondan para la obtención del referido certificado o abstenerse de participar en el proceso en caso no pudieran cumplir con dicha obligación y, no alegar como causal de su incumplimiento los supuestos de caso fortuito o fuerza mayor.

2.128. Que, conforme se ha esgrimido en la posición del Árbitro Único respecto de la Primera Pretensión Principal, no se está frente a un evento extraordinario, ni imprevisible e irresistible, toda vez que en el ámbito en el que se desarrolla el contratista y las obligaciones que contiene el contrato, aun más teniendo en cuenta la experiencia del contratista como distribuidor —conocimiento que le permite prever cualquier contingencia

EE

Árbitro Único:
Mario Castillo Freyre

que se presente en el desarrollo de la distribución de medicamentos— y con el conocimiento de los requisitos obligatorios para la distribución del medicamento Flumazenil, no es posible indicar que las observaciones de DIGEMID sean extraordinarias o imprevisibles. Bajo dicha lógica tampoco ha de suponerse que se actuó de manera diligente cuando el contratista no acredita las acciones realizadas para evitar dicho incumplimiento.

2.129. Que, en ese sentido Essalud, mediante Carta Notarial n.º 32-CEABE-ESSALUD-2018, y conforme el procedimiento que establece tanto la Ley de Contrataciones con el Estado, así como su Reglamento, comunica a Albis la resolución del Contrato n.º 4600047118, bajo la siguiente causal:

En tal sentido, de conformidad con lo señalado por la Oficina de Asesoría Legal del CEABE en el Informe N° 28-OAL-CEABE-ESSALUD-2018, se le comunica la decisión de RESOLVER EL CONTRATO N° 4600047118, derivado de la Buena Pro en el ítem 203 de la Licitación Pública por Subasta Inversa Pública N° 15-2015-DARES /MINSA, suscrito con su Representada para el suministro del ítem: 'Flumazenil 100ug/mL (0.1mg/mL) - Inyectable 5mL', por causal de incumplimiento injustificado de obligaciones, decisión que se sustenta y se encuentra motivada en los documentos de la referencia que se adjuntan a la presente Carta.

2.130. Que, en consecuencia, corresponde desestimar la Segunda Pretensión de la demanda

DETERMINAR A QUIÉN Y EN QUÉ PROPORCIÓN CORRESPONDE ASUMIR LOS COSTOS ARBITRALES.

Posición de Albis

2.131. Que, en la medida en que Albis ha demostrado que se vio obligado a

MR



Árbitro Único:
Mario Castillo Freyre

recurrir al presente proceso arbitral como consecuencia de la conducta de Essalud, al desconocer la resolución parcial del Contrato por caso fortuito o fuerza mayor y haber declarado, por el contrario, en su Carta Notarial n.º 32-CEABE-2018, notificada con fecha 10 de mayo de 2018, que Albis habría incumplido de manera injustificada el Contrato; corresponde a Essalud asumir el íntegro de los gastos arbitrales constituidos por los honorarios del Árbitro Único, los gastos arbitrales por conceptos administrativos más costas y costos del proceso.

Posición de Essalud

2.132. Que, conforme lo establece el artículo 73 del Decreto Legislativo n.º 1071 —La Ley que regula el Arbitraje—, Albis debe ser quien asuma los gastos del proceso, debido a que sus pretensiones deberán ser declaradas infundadas, en atención a los fundamentos expuestos en la contestación de demanda de Essalud.

Posición del Árbitro Único

2.133. Que, en cuanto a los costos del arbitraje, el artículo 70 del Decreto Legislativo n.º 1071, dispone que el Árbitro Único tendrá en cuenta, a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes. A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, el Árbitro Único podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

2.134. Que los costos incluyen (i) los honorarios y gastos del Árbitro Único; (ii) los honorarios y gastos del secretario; (iii) los gastos administrativos de la Secretaría Arbitral; (iv) los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el Árbitro Único; (v) los gastos razonables

Qel



incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje; y los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales.

2.135. Que la Cláusula Vigésima del Contrato (solución de controversias) no regula el tema de los costos arbitrales.

2.136. Que, en ese sentido, atendiendo a la inexistencia de pacto entre las partes (en torno a la distribución de los costos arbitrales) y considerando el resultado o sentido de este laudo, y en razón a que el Árbitro Único estima el comportamiento procesal de las partes, a efectos de regular el pago de tales conceptos, es razonable:

- (i) Que cada una de las partes asuma los honorarios por concepto de defensa legal en los que hubiera incurrido o se hubiera comprometido a pagar.
- (ii) Que cada una de las partes asuma el 50% de los honorarios del Árbitro Único y de la secretaría arbitral.

2.137. Que, a efectos del pago de los honorarios de los árbitros y de la secretaría arbitral, se debe tener presente la siguiente liquidación:

Liquidación por instalación

Honorarios del Árbitro Único: S/ 6,478.00 netos

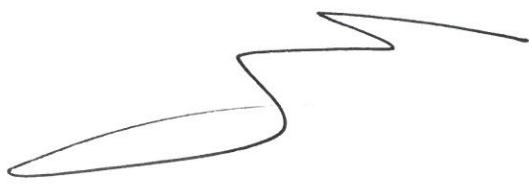
Honorarios de la Secretaría Arbitral: S/ 2,941.00 netos

Albis S.A.C. asumió el 100%

DE LA PRUEBA ACTUADA Y DE LOS ARGUMENTOS EXPUESTOS

El Árbitro Único deja constancia de que ha analizado todos los argumentos de defensa expuesto por las partes. Asimismo, deja constancia de que ha examinado

Mario Castillo Freyre



las pruebas presentadas de acuerdo a las reglas de la sana crítica y al principio de libre valoración de la prueba, recogido en el Decreto Legislativo n.º 1071, que regula el Arbitraje. Finalmente, deja constancia de que el sentido de su decisión es el resultado de ese análisis y de su convicción sobre la controversia.

En consecuencia, y conforme al estado del proceso, el Árbitro Único **LAUDA**:

PRIMERO: Declarar **INFUNDADA** la Primera Pretensión de la demanda interpuesta por Albis S.A.C. y, en consecuencia, se declara improcedente la resolución parcial del Contrato, en relación al ítem n.º 203, para el suministro del producto Flumazenil, sin responsabilidad de Albis S.A.C. por causa de caso fortuito o fuerza mayor.

SEGUNDO: Declarar **INFUNDADA** la Segunda Pretensión de la demanda interpuesta por Albis S.A.C. y, en consecuencia, declarar válida la resolución de contrato por incumplimiento injustificado de obligaciones, contenida en la Carta Notarial n.º 32-CEABE-ESSALUD-2018, notificada el 10 de mayo de 2018 por el Seguro Social de Salud – Essalud.

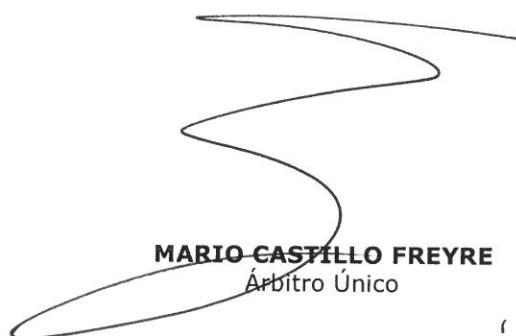
TERCERO: En torno a los costos arbitrales, el Árbitro Único ordena que:

- (i) Que cada una de las partes asuma los honorarios por concepto de defensa legal en los que hubiera incurrido o se hubiera comprometido a pagar.
- (ii) Que cada una asuma el 50% de los honorarios del Tribunal Arbitral y de la secretaría arbitral. En consecuencia, corresponde que el Seguro Social de Salud - Essalud devuelva el 50 % de los honorarios arbitrales, es decir, la suma neta de S/ 3,239.00 por concepto de honorarios del Árbitro Único y la suma neta de S/ 1,470.50 por concepto de honorarios de la Secretaría Arbitral.

Arbitraje Ad hoc seguido por Albis S.A.C. y el Seguro Social de Salud (ESSALUD)

Árbitro Único:

Mario Castillo Freyre



MARIO CASTILLO FREYRE
Árbitro Único



GISSELLE MORENO CAVALLINI
Secretaria Arbitral