



Centro
de Arbitraje
Ilustre Colegio de Abogados de Lima

CASO 06-2021

MEDIFARMA VS. ESSALUD

LAUDO ARBITRAL

DEMANDANTE: **MEDIFARMA S.A.** (en adelante, el Contratista)

DEMANDADO: **ESSALUD**
(en adelante, la Entidad)

TIPO DE ARBITRAJE: Institucional y de Derecho

TRIBUNAL ARBITRAL: Carmen Andrea Santa Cruz Álvarez
(Árbitro Único)

SECRETARÍA ARBITRAL: Gloria María Palacios Honorio

RESOLUCIÓN N° 11-2022-CEAR-CAL

En la ciudad de Lima, con fecha 24 de noviembre de 2022, en el Centro de Arbitraje del Ilustre Colegio de Abogados de Lima, sito en Avenida Santa Cruz n.º 255, Miraflores, Provincia y Departamento de Lima, , la Árbitro Único, luego de haber realizado las actuaciones arbitrales de conformidad con la Ley, el Reglamento del Centro de Arbitraje CEAR CAL (en adelante EL CENTRO) y las normas pactadas en la Resolución N°01-2022-CEAR-CAL, escuchados los argumentos sometidos a su consideración y deliberando en torno a las pretensiones y puntos controvertidos fijados en este arbitraje, dicta este LAUDO DE DERECHO.

I. TRAMITACIÓN DEL PROCESO ARBITRAL.-

1. EXISTENCIA DE UN CONVENIO ARBITRAL Y DESIGNACION DEL ÁRBITRO ÚNICO

Con fecha 29 de octubre del 2019, **MEDIFARMA S.A. (EN ADELANTE EL CONTRATISTA O EL DEMANDANTE)** y **ESSALUD (EN ADELANTE LA ENTIDAD O EL DEMANDADO)**, suscribieron el Contrato N° 4600052912 para la contratación del suministro de productos farmacéuticos para los establecimientos de salud de las Redes Asistenciales de ESSALUD por un período de 24 meses” **(EN ADELANTE EL CONTRATO)**.

Al surgir controversias entre las partes que suscribieron el contrato antes mencionado, la Entidad hizo uso de la cláusula arbitral contenida en la Cláusula Décima Séptima del Contrato denominada **SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS:**

«CLÁUSULA DÉCIMA SETIMA: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

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 la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento.

Facultativamente, cualquiera de las partes tiene el derecho a solicitar una conciliación dentro del plazo de caducidad correspondiente, según lo señalado en el artículo 224 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 45.21 del artículo 45 de la Ley de Contrataciones del Estado.»

2. INICIO DEL PROCESO ARBITRAL

Mediante Resolución N.º 01-2022-CEAR-CAL, de fecha 22 de abril de 2022, se dispuso el inicio de las actuaciones arbitrales al siguiente día de dicho Resolución. Además, se fijó el proyecto de reglas del presente arbitraje. Asimismo, se otorgó a las partes un plazo de cinco (5) días hábiles, a efectos de que manifiesten lo conveniente a su derecho.

En dicha resolución, se establecieron las reglas de las actuaciones arbitrales del presente proceso, y dejó constancia de que, las partes se encuentran sujetas al Reglamento, a las Reglas que se establecen en la presente

Resolución y a las decisiones del Árbitro Único y del Centro de Arbitraje del Colegio de Abogados de Lima.

Asimismo, mediante la Resolución N.º 03-2022-CEAR-CAL, de fecha 16 de mayo de 2022, se dispuso declarar firme las reglas propuestas por el Árbitro Único en la Resolución N° 01-2022-CEAR-CAL de fecha 22 de abril de 2022.

La Secretaría Arbitral encargado del presente proceso es la Secretaría Arbitral del Centro, Dra. Gloria María Palacios Honorio.

3. DETERMINACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS Y ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS

Mediante la Resolución N°08-2022-CEAR-CAL de fecha 18 de julio de 2022 se fijaron los Puntos Controvertidos del presente arbitraje y se admitieron los medios probatorios:

PUNTOS CONTROVERTIDOS

Primero: Determinar si corresponde o no, que la Árbitro Único deje sin efecto la aplicación de la penalidad por mora por supuesto retraso injustificado en la ejecución de la prestación respecto del Contrato N° 4600052912 respecto a las órdenes de compra números: 4503580365, 4503580383, 4503580366, 4503580364, 4503580368, 4503580386, 4503580376, 4503580381, 4503580380, 4503580378, 4503580367, 4503580370, 4503580374, 4503580384, 4503580377, 4503580369, 4503580382, 503580375, 4503563525, 4503563521, 4503614715, 4503563653, 4503563728, 4503563731, 4503563725 y 4503563726.

Segundo: Determinar si corresponde o no, que la Árbitro Único deje sin efecto la Carta Notarial No 566-GABE-CEABE- ESSALUD-2020, que resuelve parcialmente, el Contrato No 4600052912, por acumulación

máxima de penalidad por mora, respecto a las órdenes de compra señaladas anteriormente.

Tercero: Determinar a quien y en que proporción corresponde asumir los gastos arbitrales, costas y costos del presente arbitraje.

En la Resolución N°08-2022-CEAR-CAL el Árbitro Único dejó constancia que los puntos controvertidos constituyen una pauta de referencia, y se reserva el derecho de modificarlos, ampliarlos y/o analizarlos en el orden que considere más conveniente para los fines de resolver la controversia. Igualmente, el Árbitro Único estableció que, si al pronunciarse sobre algún punto controvertido, careciese de objeto pronunciarse sobre otro u otros, con los que este guarde vinculación, podrá emitir su decisión expresando las razones de dicha omisión.

PROCEDENCIA DE MEDIOS PROBATORIOS OFRECIDOS POR LAS PARTES

En el quinto considerando de la Resolución N°08-2022-CEAR-CAL se tuvieron por admitidos los siguientes medios probatorios:

Por parte del Contratista:

Los medios probatorios ofrecidos por MEDIFARMA en su escrito de demanda, identificados en el ítem III medios probatorios A-1 al A-5, adjuntados en calidad de anexos IV del 3 al 7.

Por parte de la Entidad:

Los medios probatorios ofrecidos por ESSALUD en su escrito de subsanación de contestación de la demanda, de fecha 6 de julio de 2022; del 1 al 7, acompañados como anexos del A-1 al A-7.

4. AUDIENCIA DE ILUSTRACIÓN DE HECHOS

El 5 de agosto de 2022 se realizó la Audiencia de Ilustración de Hechos y Sustentación de Posiciones con la asistencia del Contratista.

5. ALEGATOS FINALES Y CIERRE DE LA ETAPA PROBATORIA

Mediante el Acta de Audiencia de Ilustración de Hechos y Sustentación de Posiciones de fecha 5 de agosto de 2022, se declaró declara la conclusión de la etapa probatoria; otorgando a las partes un plazo de diez (10) días hábiles a efectos que presenten sus alegatos respectivos.

Dentro del plazo otorgado, en la Audiencia de Ilustración de Hechos y Sustentación de Posiciones, ambas partes presentaron sus alegatos escritos.

Mediante la Resolución N°09-2022-CEAR-CAL de fecha 22 de agosto de 2022 se tuvieron presente los alegatos presentados por ambas partes, y se pusieron en conocimiento de la parte contraria.

5. PLAZO PARA LAUDAR

Mediante la Resolución N°09-2022-CEAR-CAL se declaró que los actuados arbitrales se encuentran expeditos para laudar, fijándose como plazo para la emisión del laudo arbitral de treinta (30) días hábiles, indicando que dicho plazo que podría ser ampliado por treinta (30) días hábiles adicionales.

Mediante la Resolución N°10-2022-CEAR-CAL de fecha 10 de octubre de 2022 se prorrogó el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles adicionales, indicándose que es vencería indefectiblemente el 24 de noviembre de 2022.

II. ALEGACIONES DE LAS PARTES

➤ LA DEMANDA

Con fecha 30 de mayo de 2022, **MEDIFARMA S.A.** presentó su demanda contra **ESSALUD**, formulando las siguientes pretensiones, en base a los fundamentos de hecho y de derecho que se indican en la demanda:

PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que el Árbitro Único deje sin efecto la penalidad por mora por supuesto retraso injustificado en la ejecución de la prestación del Contrato N° 4600052912, respecto a las órdenes de compra N°s 4503580365, 4503580383, 4503580366, 4503580364, 4503580368, 4503580386, 4503580376, 4503580381, 4503580380, 4503580378, 4503580367, 4503580370, 4503580374, 4503580384, 4503580377, 4503580369, 4503580382, 503580375, 4503563525, 4503563521, 4503614715, 4503563653, 4503563728, 4503563731, 4503563725 y 4503563726.

PRETENSIÓN ACCESORIA A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que, el Árbitro Único deje sin efecto la Carta Notarial N° 566-GABE-CEABE-ESSALUD-2020, que resuelve parcialmente el Contrato N° 4600052912, por acumulación máxima de penalidad por mora, respecto a las órdenes de compra señaladas anteriormente.

SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que, los gastos arbitrales que se originen del presente proceso arbitral sean cubiertos por la Entidad, en su totalidad.

➤ CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Con la Resolución N° 04-2022-CEAR-CAL del 6 de junio de 2022, el Árbitro Único admitió la demanda arbitral, corriéndose traslado de esta a la ENTIDAD, a fin de que, dentro de un plazo de diez (10) días hábiles, la conteste y, de considerarlo pertinente, formule reconvención.

Con fecha 30 de junio de 2022, la ENTIDAD contestó la demanda, en base a los fundamentos de hecho y de derecho que se indican en dicho escrito.

Mediante la Resolución N° 05-2022-CEAR-CAL del 1ero de julio de 2022, se declaró inadmisible la contestación de la demanda, y otorgó a ESSALUD un plazo de tres (03) días hábiles a efectos que cumpliera con subsanarla.

Mediante la Resolución N° 07-2022-CEAR-CAL del 7 de julio de 2022, se tuvo por subsanada la contestación de la demanda, se tuvo presente, se puso en conocimiento del contratista, se tuvieron por ofrecidos los medios probatorios que se indican en la contestación de demanda y se otorgó a las partes un plazo de cinco (5) días hábiles, para que presentaran su propuesta de puntos controvertidos.

III. MARCO LEGAL APLICABLE PARA RESOLVER LA CONTROVERSIA

La legislación aplicable para resolver la controversia sometida al presente proceso arbitral es la legislación peruana y el presente arbitraje se resolverá por el fondo de acuerdo a lo establecido por el numeral 45.3) del artículo 45

de la Ley de Contrataciones del Estado aprobada por el DL N°1444 (en adelante la Ley), debiendo mantener obligatoriamente el siguiente orden de prelación en la aplicación del derecho: 1) la Constitución Política del Perú, 2) la Ley de Contrataciones del Estado, 3) el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado aprobado por el D.S N° 344-2018-EF (en adelante el Reglamento), 4) las normas de derecho público y 5) las de derecho privado.

IV. ANÁLISIS DE LAS PRETENSIONES DE LAS PARTES Y DE LA CUESTIÓN CONTROVERTIDA

Y CONSIDERANDO:

A. CUESTIONES PRELIMINARES.

Previo a analizar la materia controvertida, corresponde señalar lo siguiente: (i) Que, este Tribunal Arbitral Unipersonal se constituyó de conformidad al Reglamento Procesal del Centro de Arbitraje del Colegio de Abogados de Lima; y la Ley de Arbitraje, aprobada mediante el Decreto Legislativo N° 1071 aplicable de manera supletoria; (ii) Que, EL CONTRATISTA, presentó su demanda dentro de los plazos dispuestos y ejerció plenamente su derecho de defensa; (iii) Que, LA ENTIDAD, fue debidamente emplazada con la demanda y tuvo la oportunidad de ejercer plenamente su derecho de defensa; (iv) Que, las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, y (v) Que, el Tribunal Arbitral Unipersonal procede a laudar dentro del plazo establecido analizando los puntos controvertidos en el orden que considere más conveniente a los fines de resolver la controversia y no necesariamente en el orden previamente establecido en la Resolución N°08-2022-CEAR-CAL de fecha 18 de julio de 2022.

ANÁLISIS CONJUNTO DEL PRIMER Y SEGUNDO PUNTOS CONTROVERTIDOS:

PRIMER CONTROVERTIDO:

Determinar si corresponde o no, que la Árbitro Único deje sin efecto la aplicación de la penalidad por mora por supuesto retraso injustificado en la ejecución de la prestación respecto del Contrato N° 4600052912 respecto a las órdenes de compra números: 4503580365, 4503580383, 4503580366, 4503580364, 4503580368, 4503580386, 4503580376, 4503580381, 4503580380, 4503580378, 4503580367, 4503580370, 4503580374, 4503580384, 4503580377, 4503580369, 4503580382, 503580375, 4503563525, 4503563521, 4503614715, 4503563653, 4503563728, 4503563731, 4503563725 y 4503563726.

SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO:

Determinar si corresponde o no, que la Árbitro Único deje sin efecto la Carta Notarial No 566-GABE-CEABE- ESSALUD-2020, que resuelve parcialmente, el Contrato No 4600052912, por acumulación máxima de penalidad por mora, respecto a las órdenes de compra señaladas anteriormente.

Posición del Contratista

- 3.1. Con respecto al primer punto controvertido, el Contratista afirma que participó en la SIE N° 36-2019-ESSALUD/CEABE-1. A su vez agrega que con fecha 29.10.2019, MEDIFARMA S.A. y SEGURO SOCIAL DE SALUD-ESSALUD, suscribieron el Contrato N° 4600052912.

- 3.2. A mayor abundamiento las Bases Administrativas establecen el Cronograma y Plazo de entrega (página 226), y señalan lo siguiente: “CRONOGRAMA Y PLAZOS DE ENTREGA:

“(...) Los plazos de entrega y las cantidades a suministrar serán aquellas consignadas en las órdenes de compra que serán notificadas con una anticipación mínima de quince (15) días calendario. (...) El cronograma referencial de entregas para productos farmacéuticos es el siguiente: a) Primera entrega: Debe realizar como máximo a los sesenta (60) días calendarios contados a partir del día siguiente de la firma del contrato. El último día de dicho plazo se convierte en la fecha límite de entrega, la cual estará señalada en las respectivas órdenes de compra. (...) b) Siguientes Entregas: A partir de la segunda entrega, debe realizarse como máximo a los quince (15) días calendario contados a partir del día siguiente de notificada la orden de compra. El último día de dicho plazo se convierte en la fecha límite de entrega, la cual estará señalada en las respectivas órdenes de compra. (...)” (lo resaltado es nuestro) Adviértase;

Las Bases expresamente establecen que las cantidades a entregar por parte del contratista “serán aquellas consignadas en las órdenes de compra”.

- 3.3. Asimismo, las Bases establecen los lugares de entrega (página 227) y señalan que las órdenes de compra, no solo indican las cantidades del producto a suministrar, sino que también establecen los lugares de entrega. Por otro lado, las Bases señalan, en la página 21, que, para efectuar el pago, la Entidad debía contar con diversos documentos, entre ellos la Orden de Compra. Por lo tanto, sin la Orden de Compra, la Entidad no podía cumplir con su obligación contractual esencial: el pago.

- 3.4. Por lo tanto, las Bases Estándar de Subasta Inversa Electrónica, que por la normativa de Contrataciones del Estado forman parte del contrato como reglas definitivas, señalan la importancia de las órdenes de compra dentro de la ejecución contractual, pues, en principio, determinan la cantidad de

final del producto a entregar, el lugar de entrega (que puede ser distinto a lo indicado en el cuadro de distribución mensual), el plazo para la entrega, y a la vez, constituyen un requisito para que la Entidad ejecute la contraprestación (pago).

- 3.5. Las órdenes de compra N°s 4503580365, 4503580383, 4503580366, 4503580364, 4503580368, 4503580386, 4503580376, 4503580381, 4503580380, 4503580378, 4503580367, 4503580370, 4503580374, 4503580384, 4503580377, 4503580369, 4503580382, 503580375, 4503563525, 4503563521, 4503614715, 4503563728, 4503563731, 4503563725 y 4503563726, nunca fueron notificadas por la Entidad ni recepcionada por MEDIFARMA S.A.
- 3.6. Asimismo, respecto a la orden de compra N° 4503563653, esta fue anulada por el CEABE, conforme consta en el correo de fecha 07.05.2020, según el siguiente detalle: Como hemos señalado anteriormente, para que se efectúe la entrega de los productos, MEDIFARMA S.A., debía contar con las órdenes de compra, donde se debían establecer las cantidades de los productos a entregar, el plazo y las direcciones donde se realizarían las entregas.
- 3.7. MEDIFARMA S.A., al no haber sido notificada con las órdenes de compra señaladas anteriormente, se encontraba imposibilitada de entregar los productos a ESSALUD. Por lo tanto, no correspondía la aplicación de penalidades por mora, ya que los retrasos son por causas imputables directamente a ESSALUD.
- 3.8. MEDIFARMA S.A., al no haber sido notificada con las señaladas órdenes de compra, se encontraba imposibilitada en entregar los productos a la Entidad. Por lo tanto, no correspondía la aplicación de penalidades por

mora, ya que son retrasos son por causas imputables a ESSALUD. Respecto a la O/C 4503563653, nuestra representada no se encontraba en la obligación de entregar el producto, por cuanto como hemos señalado anteriormente, esta fue anulada por la Entidad.

3.9. Con relación al segundo punto controvertido, el Contratista señala:

De la Carta de Apercibimiento de Resolución Contractual. Con Carta Notarial N° 261-GABE-CEABE-ESSALUD-2020, notificada el 10.08.2020, mediante la cual ESSALUD, nos otorga el plazo de un día calendario, a fin de que cumplamos con entregar los productos farmacéuticos a que se refieren las órdenes de compra señaladas anteriormente, bajo apercibimiento de resolver total y/o parcialmente el contrato.

Carta de Absolución al Apercibimiento: Mediante Carta N° 560-2020-AVIMIF, de fecha 19.08.2020, MEDIFARMA S.A., absuelve la carta de apercibimiento, señalando que las órdenes de compra no le han sido notificadas.

Carta de Resolución de Contrato: Mediante la Carta Notarial N° 566-GABE-CEABE-ESSALUD-2020, notificada el día 07.12.2020, la Entidad nos comunica la acumulación máxima de penalidad por mora, por supuesto retraso injustificado en la entrega de los productos farmacéuticos de las órdenes de compra N° 4503580365, 4503580383, 4503580366, 4503580364, 4503580368, 4503580386, 4503580376, 4503580381, 4503580380, 4503580378, 4503580367, 4503580370, 4503580374, 4503580384, 4503580377, 4503580369, 4503580382, 503580375, 4503563525, 4503563521, 4503614715, 4503563728, 4503563731, 4503563725 y 4503563726, 4503580365, 4503580383, 4503580366, 4503580364,

4503580368, 4503580386, 4503580376, 4503580381, 4503580380, 4503580378, 4503580367, 4503580370, 4503580374, 4503580384, 4503580377, 4503580369, 4503580382, 503580375, 4503563525, 4503563521, 4503614715, 4503563728, 4503563731, 4503563725 y 4503563726, por el monto ascendente a S/ 175,882.87 (Ciento setenta y cinco mil ochocientos ochenta y dos 87/100 soles)

Observaciones a la Resolución del Contrato: La Resolución de Contrato N° 4600052912, fue comunicada por la Entidad mediante la Carta Notarial N° 566-GABE-CEABE-ESSALUD-2020, a la que acompaña el Informe N° 3266-SGAAyEC-GABE-CEABE-ESSALUD-2020 de fecha 03.12.2020. Es necesario volver a recalcar que la emisión y notificación de las órdenes de compra era una de las condiciones previas que debía cumplir la Entidad para dinamizar la ejecución del contrato. En este caso, nunca se notificaron las órdenes de compra señaladas, por lo tanto, todo supuesto que justifica una resolución contractual, en estas condiciones, es inválido e ineficaz. En este caso la prestación resultaba imposible por culpa de la Entidad.

Defecto en la Resolución del Contrato: Como anteriormente hemos señalado, las órdenes de compra nunca fueron notificadas a MEDIFARMA S.A., a excepción de la orden de compra N° 4503563653 (la cual fue anulada por el CEABE); por lo tanto, no se cumplen los supuestos de incumplimiento que ampara y justifica la resolución contractual. Respecto a lo señalado, la carta notarial adolece de los siguientes vicios, además de los que ya han sido señalados: La normativa de contrataciones del Estado establece la aplicación automática de una “penalidad por mora” al Contratista que, injustificadamente, se retrasa en la ejecución de las prestaciones, objeto del contrato. Dentro de dicho supuesto, se advierte que un elemento importante para determinar la aplicación de penalidades por mora consiste en calificar si dicho retraso resulta o no imputable al

Contratista; es decir, si es justificado o no. Al respecto, el artículo 162 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado establece lo siguiente: “...se considera justificado el retraso y en consecuencia no se aplica penalidad, cuando el contratista acredite, de modo objetivamente sustentado, que el mayor tiempo transcurrido no le resulta imputable.”. En este caso la prestación resultaba imposible por culpa de la Entidad –

Motivación insuficiente: Asimismo, la resolución del Contrato está motivada por una norma que no es aplicable al caso en controversia. La Entidad se ampara en el artículo 136 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, pero el referido artículo del Reglamento (DS 344-2018-EF, aplicable al caso), se refiere a la “Obligación de Contratar”. El Tribunal Constitucional señala que la motivación insuficiente, esta referida básicamente al mínimo de motivación exigible atendiendo a las razones de hecho o de derecho indispensables para asumir que la decisión está debidamente motivada.

En tal sentido, se puede apreciar, que la resolución del contrato efectuada por ESSALUD adolece de motivación suficiente, para proceder a efectuar una resolución contractual.

Posición de la Entidad

- 3.10. Mediante su Primera Pretensión Principal y accesoria, MEDIFARMA solicita que se deje sin efecto la aplicación de penalidad por mora y que se deje sin efecto la Carta Notarial N° 566-GABE-CEABE-ESSALUD-2020, por la que se resuelve parcialmente el Contrato; en ese sentido, pasaremos a desarrollar los hechos que acaecieron en la ejecución del presente Contrato.
- 3.11. Con fecha 20 de agosto de 2019, la Central de Abastecimiento de Bienes Estratégicos, convocó la Subasta Inversa Electrónica N° 46-2019-

ESSALUD/CEABE-1, para la "CONTRATACIÓN DEL SUMINISTRO DE PRODUCTOS FARMACÉUTICOS PARA LOS ESTABLECIMIENTOS DE SALUD DE LAS REDES ASISTENCIALES DE ESSALUD, POR UN PERÍODO DE VEINTICUATRO (24) MESES".

- 3.12. Con fecha 29 de octubre de 2019, la ENTIDAD y MEDIFARMA, suscriben el Contrato N° 4600052912 por el monto total ascendente a SI 50, 457,120.00 (Cincuenta Millones Cuatrocientos Cincuenta y Siete Mil Ciento Veinte con 00/100 Soles).
- 3.13. Con fecha 11 de marzo del 2020, la Organización Mundial de la Salud (OMS) calificó el brote de la COVID-19 como una pandemia al haberse extendido en más de cien países del mundo de manera simultánea, por ello, mediante Decreto Supremo N° 0082020-SA, se declara la emergencia sanitaria a nivel nacional por el plazo de noventa (90) días calendario y se dictaron medidas para la prevención y control para evitar la propagación de la COVID-19, la misma que fue prorrogada por los Decretos Supremos N° 020-2020- SA, N° 027- 2020-SA, N° 031-2020-SA, N° 009-2021-SA , N°025- 2021-SA, N° 003-2022- SA.
- 3.14. En ese contexto, con correo electrónico de fecha 24 de abril de 2022, la Entidad efectuó el giro regular de las órdenes de compra y posterior notificación de las órdenes de compra correspondientes a la ejecución de diversos contratos, entre ellos el Contrato N° 4600052912 (entrega mayo de 2020).
- 3.15. Mediante su Primera Pretensión Principal y accesoria, MEDIFARMA solicita que se deje sin efecto la aplicación de penalidad por mora y que se deje sin efecto la Carta Notarial N° 566-GABE-CEABE-ESSALUD-2020, por la que se resuelve parcialmente el Contrato; en ese sentido, pasaremos a desarrollar los hechos que acaecieron en la ejecución del presente Contrato.
- 3.16. Con fecha 20 de agosto de 2019, la Central de Abastecimiento de Bienes Estratégicos, convocó la Subasta Inversa Electrónica N° 46-2019-

ESSALUD/CEABE-1, para la "CONTRATACIÓN DEL SUMINISTRO DE PRODUCTOS FARMACÉUTICOS PARA LOS ESTABLECIMIENTOS DE SALUD DE LAS REDES ASISTENCIALES DE ESSALUD, POR UN PERÍODO DE VEINTICUATRO (24) MESES".

- 3.17. Con fecha 29 de octubre de 2019, la ENTIDAD y MEDIFARMA, suscriben el Contrato N° 4600052912 por el monto total ascendente a SI 50, 457,120.00 (Cincuenta Millones Cuatrocientos Cincuenta y Siete Mil Ciento Veinte con 00/100 Soles).
- 3.18. Con fecha 11 de marzo del 2020, la Organización Mundial de la Salud (OMS) calificó el brote de la COVID-19 como una pandemia al haberse extendido en más de cien países del mundo de manera simultánea, por ello, mediante Decreto Supremo N° 0082020-SA, se declara la emergencia sanitaria a nivel nacional por el plazo de noventa (90) días calendario y se dictaron medidas para la prevención y control para evitar la propagación de la COVID-19, la misma que fue prorrogada por los Decretos Supremos N° 020-2020- SA, N° 027- 2020-SA, N° 031-2020-SA, N° 009-2021-SA , N°025- 2021-SA, N° 003-2022- SA.
- 3.19. En ese contexto, con correo electrónico de fecha 24 de abril de 2022, la Entidad efectuó el giro regular de las órdenes de compra y posterior notificación de las órdenes de compra correspondientes a la ejecución de diversos contratos, entre ellos el Contrato N° 4600052912 (entrega mayo de 2020)
- 3.20. En ese orden de ideas, con fecha 11 de mayo de 2020, ESSALUD efectuó el giro regular y posterior notificación de las órdenes de compra correspondientes a la ejecución de diversos contratos, entre ellos el Contrato N° 4600052912 (entrega junio de 2020), adjuntas mediante archivos en PDF con numeración correlativa del 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32 y 33, advirtiéndose de la verificación del Sistema SAP/R3 - ZMMP219 "Reporte de seguimiento de la entrega" el ingreso efectivo de los productos farmacéuticos relativos a dicha notificación, a excepción del adjunto 32 el

cual contiene las órdenes de compra correspondientes al mes de junio de 2022.

- 3.21. Asimismo, con Carta Notarial N° 261-GABE-CEABEESSALUD-2020, de fecha 07 de agosto de 202, la Gerencia Adquisiciones de Bienes Estratégicos, bajo los alcances normativos del artículo 165º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado otorga un plazo de un (01) día calendario, a efectos que la 4 empresa MEDIFARMA, cumpla con la entrega el citado producto farmacéutico BAJO APERCIBIMIENTO DE RESOLVER TOTAL O PARCIALMENTE, las Órdenes de Compra N° 4503580365, 4503580383, 4503580366, 4503580364, 4503580368, 4503580386, 4503580376, 4503580381, 4503580380, 4503580378, 4503580367, 4503580370, 4503580374, 4503580384, 4503580377, 4503580369, 4503580382, 4503580375, 4503563525, 4503563521, 4503614715, 4503503653, 4503563728, 4503563731, 4503563725 y 4503563726; sin perjuicio de aplicar las penalidades que correspondan.
- 3.22. Finalmente y, ante el incumplimiento de obligaciones por parte de MEDIFARMA, se hizo efectivo el apercibimiento, así pues, con Carta Notarial N° 566-GABE-CEABE-ESSALUD-2020, de fecha 04 de diciembre de 2020, ESSALUD en el marco del artículo 136º1 del RLCE comunicó la Resolución Parcial del Contrato N° 4600052912 respecto de las Órdenes de Compra antes referidas.
- 3.23. Ahora bien, sobre la resolución del Contrato efectuada por ESSALUD mediante Carta Notarial N° 566-GABE-CEABE-ESSALUD-2020, por incumplimiento de obligaciones y acumulación máxima de penalidad por mora debemos indicar lo siguiente:

En relación al procedimiento de la Resolución efectuada por ESSALUD:

La resolución efectuada por ESSALUD tiene sustento legal en el artículo 135 del RLCE, por el cual se establecen las causales de resolución.

Además, el artículo 165 del cuerpo normativo antes referido, establece el

procedimiento que debe seguirse a efectos que la Entidad resuelva el Contrato.

Conforme se advierte, el procedimiento de resolución de contrato, establecido en la normativa de contrataciones es de carácter taxativo, y establece que la comunicación de resolución contractual debe ser efectuada vía conducto notarial y requerir previamente el cumplimiento al contratista, tal como ESSALUD procedió, ya que como indicamos, a través de la Carta Notarial N° 261-GABE-CEABE-ESSALUD2020, se requirió el cumplimiento de obligaciones por parte de MEDIFARMA, bajo apercibimiento de resolver el Contrato, lo cual se hizo efectivo con la Carta Notarial N° 56- GABE-CEABE-ESSALUD-2020, cumpliendo cabalmente con el RLCE.

- 3.24. Siendo ello así, de la revisión de la Carta Notarial N° 566-GABE-CEABE-ESSALUD-2020, que comunica la RESOLUCIÓN PARCIAL DEL CONTRATO, se aprecia que la misma cuenta con certificación de la NOTARIA GUTIERREZ PRADEL. Hecho que no ha sido cuestionado por MEDIFARMA en su Demanda. 3.1.14. Siendo ello así, EL PROCEDIMIENTO DE RESOLUCIÓN DE CONTRATO SE REALIZÓ DE CONFORMIDAD CON LO PREVISTO EN LOS ARTÍCULOS 164 Y 165 DEL REGLAMENTO DE LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO.

En relación al sustento técnico de la Resolución efectuada por ESSALUD:

- 3.25. En primer lugar, debe indicarse que, una vez perfeccionado un contrato, el contratista se obliga a ejecutar las prestaciones pactadas a favor de la Entidad de conformidad con las disposiciones contractuales; por su parte, la Entidad se compromete a pagar al contratista la contraprestación correspondiente, en la forma y oportunidad establecidas en el contrato.
- 3.26. Así, el cumplimiento recíproco y oportuno de las prestaciones pactadas por las partes es la situación esperada en el ámbito de la contratación estatal; sin embargo, dicha situación no siempre se verifica durante la ejecución del

contrato, pues alguna de las partes podría incumplir tardíamente sus obligaciones.

- 3.27. A mayor abundamiento, García de Enterría precisa que la resolución “(...) es una forma de extinción anticipada del contrato actuada facultativamente por una de las partes, cuya función consiste en salvaguardar su interés contractual como defensa frente al riesgo de que quede frustrado por la conducta de la otra parte”. (énfasis nuestro). En Curso de Derecho Administrativo I, reimpresión 2001, Madrid: Civitas, 2001, Pág. 750 .
- 3.28. Ante tal eventualidad, la normativa de contrataciones del Estado ha previsto la posibilidad de resolver el contrato, cuando existe y persiste un incumplimiento injustificado de obligaciones o se ha acumulado el monto máximo de 6 penalidad por mora u otras penalidades, en este caso, a causa del incumplimiento injustificado de obligaciones MEDIFARMA acumuló el monto máximo de penalidad.
- 3.29. En ese sentido, mediante las Órdenes de Compra emitidas por ESSALUD, a través de la carta notarial de apercibimiento N° 261 se requirió a MEDIFARMA la entrega de los bienes requeridos mediante el Contrato N° 4600052912.
- 3.30. Siendo ello así, mediante la Carta Notarial N° 566- GABE-CEABE-ESSALUD-2020, ESSALUD resolvió parcialmente el Contrato, por incumplimiento de obligaciones y acumulación máxima de penalidad por mora, en relación a las Órdenes de Compra referidas. Ahora bien, MEDIFARMA señala como principal argumento, el hecho que las Órdenes de Compra no le fueron notificadas, situación que negamos rotundamente; ya que a través de correos electrónicos de fecha 24 de abril de 2020 y de fecha 11 de mayo de 2020, la Entidad efectuó la notificación electrónica de las órdenes de compra correspondientes a las entregas del mes de mayo de 2020 y junio de 2020, conforme se puede apreciar de la verificación del Anexo A.1 y A.3 adjuntos a la contestación de demanda; de igual forma, del contenido del correo electrónico de fecha 11 de mayo de 2020 se puede verificar que se adjuntaron archivos en PDF, con numeración correlativa del

24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32 y 33, incluyéndose el archivo 32, correspondiente a las órdenes de compra materia del presente análisis, entre otras.

- 3.31. Sumado a ello, de la verificación del Sistema SAP/R3 - ZMMP219 "Reporte de seguimiento de la entrega (anexo A.2) se puede apreciar que el ingreso respecto de los productos farmacéuticos relativos a la notificación de fecha 11 de mayo fueron atendidos, a excepción del adjunto 32, correspondiente Ítem 92: LATANOPROST 0.005% SOLUCION OFTALMICA 2.5 ML, de lo cual se desprende que MEDIFARMA no puede alegar que nunca le fueron notificadas las órdenes de compra si, finalmente cumplió con atender los otros productos farmacéuticos relativos al correo de fecha 11 de mayo; es decir, sus propios actos manifiestan que efectivamente si recibieron el correo del 11 de mayo y si tomaron conocimiento de todas las órdenes de compra ahí contenidas, incluyendo el adjunto 32.
- 3.32. De esta manera, se solicita se declare INFUNDADAS la Primera Pretensión Principal y la Pretensión Accesoria a la Primera Pretensión Principal de la Demanda.

Posición del Árbitro Único

- 3.33. Que, conforme es de verse del escrito de demanda, se advierte que el primer punto controvertido versa respecto a que se deje sin efecto la aplicación de la penalidad por mora por supuesto retraso injustificado en la ejecución de la prestación respecto del Contrato respecto a las órdenes de compra números: 4503580365, 4503580383, 4503580366, 4503580364, 4503580368, 4503580386, 4503580376, 4503580381, 4503580380, 4503580378, 4503580367, 4503580370, 4503580374, 4503580384, 4503580377, 4503580369, 4503580382, 503580375, 4503563525, 4503563521, 4503614715, 4503563653, 4503563728, 4503563731, 4503563725 y 4503563726.
- 3.34. Que, fluye de autos el **CONTRATO** en cuya cláusula quinta se indica que el plazo del contrato corresponde al establecido en el numeral 11

“Cronograma y plazos de entrega” previsto en el capítulo III de la sección específica de las bases.

- 3.35. En este sentido, para resolver el primer punto controvertido corresponde analizar si correspondía aplicar la penalidad por mora respecto a las órdenes de compra números: 4503580365, 4503580383, 4503580366, 4503580364, 4503580368, 4503580386, 4503580376, 4503580381, 4503580380, 4503580378, 4503580367, 4503580370, 4503580374, 4503580384, 4503580377, 4503580369, 4503580382, 503580375, 4503563525, 4503563521, 4503614715, 4503563653, 4503563728, 4503563731, 4503563725 y 4503563726.
- 3.36. En el ámbito de las penalidades existe una extensión del plazo original con demora injustificada y, si la demora resulta justificada, no caben penalidades. Así, en forma preliminar, se puede afirmar que no basta la sola demora para que se configure la mora, pues en los hechos puede ocurrir que el proveedor demuestre la existencia de retrasos justificados que lo eximan de la aplicación de penalidades., genera que en forma automática se aplique penalidades a un proveedor en un caso concreto o no.
- 3.37. Para tales efectos, el artículo 161º del Reglamento, establece lo siguiente:

“Artículo 161. Penalidades

161.1. El contrato establece las penalidades aplicables al contratista ante el incumplimiento injustificado de sus obligaciones contractuales a partir de la información brindada por el área usuaria, las mismas que son objetivas, razonables y congruentes con el objeto de la convocatoria.

161.2. La Entidad prevé en los documentos del procedimiento de selección la aplicación de la penalidad por mora; asimismo, puede prever otras penalidades. Estos dos (2) tipos de penalidades pueden alcanzar cada una un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente, o de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse...”

A su vez, el artículo 162 del Reglamento establece lo siguiente:

“Artículo 162. Penalidad por mora en la ejecución de la prestación

162.1. 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 (...)

162.5. El retraso se justifica a través de la solicitud de ampliación de plazo debidamente aprobado. Adicionalmente, se considera justificado el retraso y en consecuencia no se aplica penalidad, cuando el contratista acredite, de modo objetivamente sustentado, que el mayor tiempo transcurrido no le resulta imputable. En ese último caso, la calificación del retraso como justificado por parte de la Entidad no da lugar al pago de gastos generales ni costos directos de ningún tipo.”

3.38. Es así que conforme a tal articulado, se exige la concurrencia de dos requisitos necesarios para la aplicación de la penalidad por mora: i) Que exista retraso en el cumplimiento del plazo del contrato y; ii) Que, adicionalmente, el retraso sea uno injustificado, imputable al Contratista.

3.39. ¿Cuándo puede incurrirse en demora?:

Cuando el proveedor no solicitó la ampliación de plazo por el diferimiento del plazo de cumplimiento de la prestación o,

Cuando el proveedor sí solicitó la ampliación de plazo por el diferimiento del plazo de cumplimiento de la prestación, pero la solicitud de ampliación de plazo es denegada.

En ambos casos, sin duda HAY DEMORA.

- 3.40. Sin embargo, el artículo 162º del REGLAMENTO exige no sólo la presencia de demora sino también el análisis de si esa demora es injustificada o no.

La conjunción de ambos requisitos (retraso y ausencia de justificación en el retraso) guarda coherencia y razonabilidad con el establecimiento de la penalidad por mora, que busca desalentar conductas del Contratista que motiven una dilación del contrato, más allá del límite expresamente contemplado en el contrato o en sus sucesivas ampliaciones de plazo; siendo que no toda demora genera mora.

- 3.41. De ello, queda claro que no puede penalizarse a un proveedor por retrasos inexistentes o, por retrasos que aún siendo ciertos y verificables, no sean imputables al Contratista, sino que obedecen a hechos de la Entidad o de terceros.
- 3.42. De lo contrario, se perdería el elemento constitutivo que define la naturaleza de tal consecuencia pecuniaria, que no es otra que sancionar un atraso que el Contratista estuvo en aptitud de evitar, bajo su propia esfera de dominio.
- 3.43. Llegados a este punto, estamos en condiciones de distinguir las siguientes figuras para el presente caso: “retraso injustificado” y “retraso justificado”.
- (i) En el “retraso injustificado”: Este es el ámbito propio de la aplicación de penalidades porque existe el atraso (primer elemento constitutivo de la penalidad por mora) y tal atraso es imputable al Contratista también denominado atraso injustificado (segundo elemento constitutivo de la penalidad por mora).
- (ii) En el “retraso justificado”: Este es el ámbito de exclusión de penalidades porque si bien existe el atraso (primer elemento constitutivo de la penalidad por mora), el atraso no es imputable al Contratista y al existir un atraso justificado no se configura el segundo elemento constitutivo de la penalidad por mora.

Con lo que queda claro que si el atraso no le es imputable al Contratista, no será pertinente aplicársele penalidad por dicho concepto.

- 3.44. En adición a lo expuesto, en la figura del atraso justificado, el atraso existe, pero como la demora no es imputable al Contratista, tampoco se le podrá imponer penalidad por mora por ese concepto.
- 3.45. En conclusión, el artículo 162º del REGLAMENTO, establece de manera clara y precisa que sólo se podrá aplicar penalidad por mora en caso exista un retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, caso contrario, de existir un retraso justificado, no resultará aplicable la penalidad por mora, por lo que, corresponde analizar el caso concreto conforme al marco teórico expuesto.
- 3.46. Analizando el caso concreto, tal cual es referido por las partes, en los hechos, no se produjo la entrega de los bienes indicados en las órdenes de compra números: 4503580365, 4503580383, 4503580366, 4503580364, 4503580368, 4503580386, 4503580376, 4503580381, 4503580380, 4503580378, 4503580367, 4503580370, 4503580374, 4503580384, 4503580377, 4503580369, 4503580382, 503580375, 4503563525, 4503563521, 4503614715, 4503563653, 4503563728, 4503563731, 4503563725 y 4503563726.

En torno a ello, la Entidad considera que existe un incumplimiento injustificado de obligaciones contractuales que es imputable al Contratista y que por tanto está sujeta a penalidades, habiendo acumulado el monto máximo de penalidad.

Por su parte, el Contratista alega que no le fueron notificadas las órdenes de compra acotadas y que por consiguiente se encontraba imposibilitada de entregar los bienes a la Entidad, por lo cual no correspondía que se le apliquen penalidades por mora, ya que los retrasos son por causas imputables directamente a ESSALUD.

- 3.47. Estando a lo expuesto, es materia controvertida determinar si existió un retraso en la entrega de los bienes, y si este retraso fue justificado o injustificado por parte del Contratista y en función a ello analizar si le corresponde o no penalidad a la parte demandante en relación a las órdenes de compra números: 4503580365, 4503580383, 4503580366, 4503580364, 4503580368, 4503580386, 4503580376, 4503580381, 4503580380, 4503580378, 4503580367, 4503580370, 4503580374, 4503580384, 4503580377, 4503580369, 4503580382, 503580375, 4503563525, 4503563521, 4503614715, 4503563653, 4503563728, 4503563731, 4503563725 y 4503563726.
- 3.48. Así las cosas, el Árbitro Único deberá determinar si falta de entrega de los bienes en las órdenes de compra acotadas configura un retraso justificado o injustificado por parte del Contratista.
- 3.49. Conforme a los argumentos expuestos por las partes y los medios de prueba que obran en este proceso arbitral, se suscitaron los siguientes eventos:
- (i) Luego de la suscripción del CONTRATO, con fecha 11 de marzo del 2020, la Organización Mundial de la Salud (OMS) calificó el brote de la COVID-19 como una pandemia al haberse extendido en más de cien países del mundo de manera simultánea, por ello, mediante Decreto Supremo N° 0082020-SA, se declara la emergencia sanitaria a nivel nacional por el plazo de noventa (90) días calendario y se dictaron medidas para la prevención y control para evitar la propagación de la COVID-19, la misma que fue prorrogada por los Decretos Supremos N° 020-2020- SA, N° 027- 2020-SA, N° 031-2020-SA, N° 009-2021-SA , N°025- 2021-SA, N° 003-2022- SA.
- (ii) A través de correos electrónicos de fecha 24 de abril de 2020 y de fecha 11 de mayo de 2020, la Entidad efectuó la notificación electrónica al correo: **rvaldivia@medifarma.com.pe** de las órdenes de compra correspondientes a las entregas del mes de mayo de 2020 y junio de 2020, conforme se puede apreciar de la verificación del Anexo A.1 y A.3 adjuntos a la contestación de demanda.

(iii) Mediante el correo electrónico de fecha 07.05.2020 la Entidad indica que la orden de compra N° 4503563653, fue anulada por no contar con espacio suficiente para el almacenamiento.

(iv) Con Carta Notarial N° 261-GABE-CEABE-ESSALUD-2020, notificada el 10.08.2020, la Entidad le otorgó al Contratista el plazo de un día calendario, a fin de que cumpla con entregar los productos farmacéuticos a que se refieren las siguientes órdenes de compra, bajo apercibimiento de resolver total y/o parcialmente el contrato:

Órdenes de Compra N° 4503580365, 4503580383, 4503580366, 4503580364, 4503580368, 4503580386, 4503580376, 4503580381, 4503580380, 4503580378, 4503580367, 4503580370, 4503580374, 4503580384, 4503580377, 4503580369, 4503580382, 4503580375, 4503563525, 4503563521, 4503614715, 4503563653, 4503563728, 4503563731, 4503563725 y 4503563726.

(v) Mediante Carta N° 560-2020-AVI-MIF, de fecha 19.08.2020, MEDIFARMA S.A., absuelve la carta de apercibimiento, señalando que las siguientes órdenes de compra no le han sido notificadas, por lo que indica que no se llegó a perfeccionar el contrato con la ENTIDAD, por tal motivo solicita que el apercibimiento de resolución de contrato se deje sin efecto en ese extremo: Órdenes de Compra N° 4503580365, 4503580383, 4503580366, 4503580364, 4503580368, 4503580386, 4503580376, 4503580381, 4503580380, 4503580378, 4503580367, 4503580370, 4503580374, 4503580384, 4503580377, 4503580369, 4503580382, 4503580375, 4503563525, 4503563521, 4503563728, 4503563731, 4503563725 y 4503563726.

(vi) Mediante la Carta Notarial N° 566-GABE-CEABE-ESSALUD-2020, notificada el día 07.12.2020, la Entidad comunica al Contratista la resolución parcial del CONTRATO (en el extremo referido a la ordenes de obra indicadas en el presente párrafo) debido a la acumulación máxima de penalidad por mora, por supuesto incumplimiento en la entrega de los productos farmacéuticos de las órdenes de compra N° 4503580365, 4503580383, 4503580366, 4503580364, 4503580368, 4503580386, 4503580376, 4503580381, 4503580380, 4503580378, 4503580367, 4503580370, 4503580374, 4503580384, 4503580377, 4503580369, 4503580382, 503580375, 4503563525, 4503563521, 4503614715, 4503563728, 4503563731, 4503563725, 4503563726, y 4503563653.

(v) Verificación del Sistema SAP/R3 - ZMMP219 "Reporte de seguimiento de la entrega" del 14.6.22 (anexo A.2 de la contestación de demanda) según el cual se puede apreciar que el ingreso respecto de los productos farmacéuticos relativos a la notificación de fecha 11 de mayo fueron atendidos, a excepción del adjunto 32, correspondiente Ítem 92: LATANOPROST 0.005% SOLUCION OFTALMICA 2.5 ML.

- 3.50. Que así resumidos los hechos, se verifica del Reporte de seguimiento de la entrega" del 14.6.22 que algunas de las ordenes de compra que se indican en dicho reporte fueron adjuntadas al correo de fecha 11 de mayo de 2020 (anexo A1 de contestación de demanda), por ejemplo tal es el caso de orden de compra N°4503580341.

A su vez, según el "Reporte de seguimiento de la entrega" del 14.6.22, la orden de compra N°4503580341 fue atendida en su totalidad.

- 3.51. Sin embargo, el Contratista sostiene que no les fueron notificadas las ordenes de compra que fueron materia de la resolución del contrato, a pesar que las ordenes de compra N° 4503580365, 4503580383, 4503580366, 4503580364, 4503580368, 4503580386, 4503580376, 4503580381, 4503580380, 4503580378, 4503580367, 4503580370, 4503580374, 4503580384, 4503580377, 4503580369, 4503580382, 503580375, 4503563525, 4503563521, 4503614715, 4503563728, 4503563731, 4503563725, 4503563726, y 4503563653.

4503580384, 4503580377, 4503580369, 4503580382, 4503580375 se encuentran adjuntas al correo electrónico de fecha 11 de mayo de 2020 (anexo A1 de contestación de demanda)

- 3.52. De acuerdo con la Primera Disposición Complementaria Final del Reglamento: “En lo no previsto en la Ley y el Reglamento, son de aplicación supletoria las normas de derecho público y, solo en ausencia de estas, las de derecho privado”.

En tal sentido, es aplicable al presente caso el Artículo 1362 del Código Civil que establece: “Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.”.

- 3.53. Por consiguiente, en aplicación del Artículo 1362 del Código Civil y de la Teoría de los actos propios, los actos o conductas de las partes posteriores a la celebración del acto jurídico o del contrato no deben ser contrarias entre ellas mismas, caso contrario se estaría lesionando el principio de buena fe y consecuentemente se configuraría la figura jurídica de la Doctrina de los Actos Propios que constituye una regla de derecho que se deriva del principio de la buena fe, el cual sanciona como inadmisible toda pretensión lícita pero objetivamente contradictoria con respecto al propio comportamiento anterior efectuado por la misma persona.
- 3.54. Los elementos configurativos, o sea, las condiciones fundamentales para la aplicación de la doctrina de los actos propios, podemos sintetizarla de la siguiente manera: 1) Una situación jurídica preexistente. 2) Una conducta del sujeto, jurídicamente relevante y plenamente eficaz, que suscite en la otra parte una expectativa seria de comportamiento futuro. 3) Una pretensión contradictoria con esa conducta atribuible al mismo sujeto.

Esto significa que para que se configure esta doctrina es necesario que exista una conducta previa y una pretensión posterior emanadas de la misma persona y que se hayan producido ambas frente a la misma contraparte y dentro del marco de la misma relación o situación jurídica¹.

¹ César Aníbal Fernández Fernández.- “La teoría de los actos propios y aplicación en la legislación peruana”, pág 54. En:

- 3.55. En el presente caso, el árbitro único verifica que en cuanto al correo electrónico de fecha 11 de mayo de 2020 se produjo una situación jurídica preexistente referida a que por ejemplo la orden de compra N°4503580341 se encuentra adjunta al citado correo.

La conducta posterior jurídicamente relevante y plenamente eficaz, realizada por el Contratista fue atender en su totalidad la orden de compra N°4503580341 conforme se verifica del “Reporte de seguimiento de la entrega” del 14.6.22. Esta conducta generó en la Entidad expectativa de que las Órdenes de Compra N° 4503580365, 4503580383, 4503580366, 4503580364, 4503580368, 4503580386, 4503580376, 4503580381, 4503580380, 4503580378, 4503580367, 4503580370, 4503580374, 4503580384, 4503580377, 4503580369, 4503580382, 4503580375, adjuntas al correo electrónico de fecha 11 de mayo de 2020 fueran atendidas en su totalidad.

Sin embargo, el Contratista no cumplió con atender las órdenes de compra citadas en el párrafo precedente aduciendo que no le fueron notificadas. Esta conducta es contradictoria con el hecho que el Contratista si atendió por ejemplo la orden de compra N°4503580341 que se encuentra adjunta al correo electrónico de fecha 11 de mayo de 2020, correo que también tiene como documentos adjuntos las Órdenes de Compra N° 4503580365, 4503580383, 4503580366, 4503580364, 4503580368, 4503580386, 4503580376, 4503580381, 4503580380, 4503580378, 4503580367, 4503580370, 4503580374, 4503580384, 4503580377, 4503580369, 4503580382, 4503580375, que según el Contratista nunca recibió.

- 3.56. Por lo cual, en aplicación del Artículo 1362 del Código Civil y la Doctrina de los actos propios, no genera convicción en el Árbitro Único el hecho que el Contratista afirme que no le fueron notificadas las Órdenes de Compra N° 4503580365, 4503580383, 4503580366, 4503580364, 4503580368, 4503580386, 4503580376, 4503580381, 4503580380,

4503580378, 4503580367, 4503580370, 4503580374, 4503580384, 4503580377, 4503580369, 4503580382, 4503580375 y por consiguiente que no se llegó a perfeccionar el contrato con la ENTIDAD.

Por consiguiente, debido a que el Contratista no atendió las citadas órdenes de compra, en atención al artículo 162 del REGLAMENTO se produjo un retraso injustificado atribuible al Contratista con respecto a las órdenes de compra indicadas en el párrafo precedente, correspondiendo la aplicación de penalidades con relación a las órdenes de compra indicadas en el párrafo precedente.

- 3.57. Por otro lado, las órdenes de compra N°4503563525, 4503563521, 4503563728, 4503563731, 4503563725, 4503563726, y 4503563653, se encuentran adjuntas al correo electrónico de fecha 24 de abril de 2020, el cual fue remitido por la Entidad a la dirección electrónica rvaldivia@medifarma.com.pe, al igual que el correo electrónico de fecha 11 de mayo de 2020.

Sin embargo, el Contratista manifiesta que estas órdenes de compra tampoco le fueron notificadas por la Entidad.

- 3.58. En este sentido, siendo que los correos electrónicos de fecha 24 de abril de 2020 y 11 de mayo de 2020 fueron remitidos a la dirección electrónica rvaldivia@medifarma.com.pe, y que el Contratista atendió por ejemplo la orden de compra N°4503580341 que se encuentra adjunta al correo electrónico de fecha 11 de mayo de 2020, en aplicación del Artículo 1362 del Código Civil, que regula la buena fe contractual, el Árbitro Único considera que las órdenes de compra N°4503563525, 4503563521, 4503563728, 4503563731, 4503563725, 4503563726, y 4503563653, se encuentran adjuntas al correo electrónico de fecha 24 de abril de 2020, si le fueron notificadas al Contratista; sin embargo, dicha parte no cumplió con atender las mencionadas órdenes de compra.

Por consiguiente, en atención al artículo 162 del REGLAMENTO, se produjo un retraso injustificado por parte del Contratista con respecto a las

órdenes de compra N°4503563525, 4503563521, 4503563728, 4503563731, 4503563725, 4503563726, y 4503563653, correspondiendo la aplicación de penalidades con relación a las citadas órdenes de compra.

- 3.59. Por otro lado, respecto a la orden de compra N°4503614715, materia de la resolución de contrato, el Árbitro Único verifica no fue notificada al Contratista en los correos electrónicos de fecha 24 de abril de 2020 y 11 de mayo de 2020. Tampoco obra en los actuados algún documento con el cual se acredite que dicha orden de compra fue notificada al Contratista. Por lo tanto, sin dicha orden de compra no era posible que el Contratista cumpliera con el contrato en dicho extremo. Por lo tanto, en atención al artículo 162.5 del REGLAMENTO, se produjo un retraso justificado por parte del Contratista con respecto a la orden de compra N°4503614715, no correspondiendo la aplicación de penalidades con relación a la citada orden de compra.
- 3.60. Por otra parte, mediante el correo electrónico de fecha 07.05.2020 la Entidad indica que la orden de compra N° 4503563653, fue anulada por no contar con espacio suficiente para el almacenamiento. En tal sentido, el Contratista no se encontraba obligado a cumplir con la citada orden de compra, que le fue notificada en el correo electrónico del 24.4.2020. Sin embargo, dicha orden de compra fue materia de la resolución de contrato efectuada por la Entidad. Por lo tanto, en cuanto a la orden de compra N° 4503563653 no se configuró un incumplimiento injustificado por parte del Contratista que amerite la aplicación de penalidades con respecto a dicha orden de compra.
- 3.61. Por lo tanto, corresponde dejar sin efecto la aplicación de la penalidad por mora por supuesto retraso injustificado en la ejecución de la prestación respecto del Contrato N° 4600052912 con relación a las órdenes de compra números N°4503614715 y N° 4503563653. Por consiguiente, la primera pretensión principal de la demanda, contenida en el primer punto controvertido es FUNDADA EN PARTE.
- 3.62. Por otra parte, corresponde analizar la PRETENSIÓN ACCESORIA A LA

PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL referida a que, el Árbitro Único deje sin efecto la Carta Notarial N° 566-GABE-CEABE-ESSALUD-2020, que resuelve parcialmente el Contrato.

De acuerdo con la Primera Disposición Complementaria Final del Reglamento: “En lo no previsto en la Ley y el Reglamento, son de aplicación supletoria las normas de derecho público y, solo en ausencia de estas, las de derecho privado”.

En tal sentido, es aplicable al presente caso el artículo 87 del CPC que establece: “La acumulación objetiva originaria puede ser subordinada, alternativa o accesoria. Es subordinada cuando la pretensión queda sujeta a la eventualidad de que la propuesta como principal sea desestimada; es alternativa cuando el demandado elige cuál de las pretensiones va a cumplir; y es accesoria cuando habiendo varias pretensiones, al declararse fundada la principal, se amparan también las demás.”.

En consecuencia, aplicación del artículo 87 del CPC, la mencionada pretensión accesoria debe seguir la suerte de la principal.

Por lo tanto, corresponde dejar sin efecto la Carta Notarial N° 566-GABE-CEABE-ESSALUD-2020, que resuelve parcialmente el Contrato; solo en los extremos referidos a las órdenes de compra números N°4503614715 y N° 4503563653. Por consiguiente, corresponde declarar FUNDADA EN PARTE la PRETENSIÓN ACCESORIA A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL contenida en el segundo punto controvertido.

ANÁLISIS DEL TERCER PUNTO CONTROVERTIDO:

DETERMINAR A QUIEN Y EN QUE PROPORCIÓN CORRESPONDE ASUMIR LOS GASTOS ARBITRALES, COSTAS Y COSTOS DEL PRESENTE ARBITRAJE.

Posición del Árbitro Único

- 3.63. Que, en cuanto a los costos del arbitraje, el artículo 70 del Decreto Legislativo N.º 1071, dispone que el Tribunal Arbitral 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. Pero 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.
- 3.64. Que los costos incluyen (i) los honorarios y gastos del Tribunal Arbitral; (ii) los gastos administrativos; (iii) los gastos administrativos de la Secretaría Arbitral; (iv) los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral; (v) los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje; y los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales.
- 3.65. Que, la Cláusula Décima Séptima (solución de controversias) no regula el tema de los costos arbitrales.
- 3.66. 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 Tribunal Arbitral 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 en partes iguales los gastos por concepto de honorarios del Árbitro Único y de los gastos administrativos.
- 3.66. Que, a efectos del pago de los honorarios de los árbitros y de los gastos administrativos, se debe tener presente la siguiente liquidación:

Liquidación por instalación del Arbitro Único

Honorarios del Árbitro Único: S/.7,145.00 (incluye IGV)
Gastos Administrativos: S/.4,778.00 (incluye IGV)

El Contratista asumió el pago total de los gastos arbitrales generados en el presente proceso, habiendo cancelado el pago total de los honorarios arbitrales y gastos administrativos, en la suma de S/.11,923.00 Soles; en consecuencia, el Árbitro Único estima que la Entidad debe cancelar al contratista por concepto de costos y costas del proceso arbitral, la suma total de S/. 5,961.50 Soles.

DE LA PRUEBA ACTUADA Y DE LOS ARGUMENTOS EXPUESTOS

El Árbitro Único deja constancia de que ha analizado todos los argumentos de defensa expuestos por las partes. Asimismo, deja constancia de que se ha examinado 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. Además, se 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 **FUNDADA EN PARTE** la Pretensión Primera Principal de la demanda interpuesta por **MEDIFARMA S.A.**, contenida en el primer punto controvertido. En consecuencia, **DEJAR SIN EFECTO** la aplicación de la penalidad por mora por supuesto retraso injustificado en la ejecución de la prestación respecto del Contrato N° 4600052912 con relación a las órdenes de compra números N°4503614715 y N° 4503563653.

SEGUNDO: Declarar **FUNDADA EN PARTE** la Pretensión Accesoria a la primera pretensión principal de la demanda interpuesta por **MEDIFARMA S.A.**, contenida en el segundo punto controvertido. En consecuencia, **DEJAR SIN EFECTO** la Carta Notarial N° 566-GABE-CEABE-ESSALUD-2020, que resuelve parcialmente el Contrato; solo en los extremos referidos a las órdenes de compra números N°4503614715 y N° 4503563653..

TERCERO: Declarar **INFUNDADA** la Segunda Pretensión Principal de la demanda interpuesta por **MEDIFARMA S.A.** , en torno a los costos arbitrales; y, en consecuencia, el Árbitro Único ordena:

- (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 en partes iguales los honorarios del Árbitro Único y los gastos Administrativos.
- (iii) Que **ESSALUD** debe reintegrar a **MEDIFARMA S.A.** la suma de S/. 5,961.50 Soles, conforme a lo indicado en la parte considerativa referida al tercer punto controvertido.

CUARTO: Notifíquese el presente laudo arbitral a los domicilios procesales virtuales de las partes; y a través del Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE), en cumplimiento de lo establecido en el numeral 45.21 de la LEY.

En caso que exista limitaciones tecnológica u otras para la publicación del presente laudo en el SEACE, a solicitud simple del árbitro único, el secretario arbitral deberá requerir ante el Director del SEACE la publicación del presente laudo en el SEACE, para cuyo efecto cuenta desde este momento con la expresa autorización del árbitro único, siendo responsabilidad del Director del SEACE procurar el efectivo cumplimiento de dicho requerimiento, dentro del plazo de diez (10) días



Centro
de Arbitraje
Ilustre Colegio de Abogados de Lima

hábiles contado desde el día siguiente de su recepción, debiendo dar cuenta de ello a este Tribunal Unipersonal, en el mismo plazo.

FIRMADO: Carmen Andrea Santa Cruz Álvarez, Árbitro Único.

CARMEN ANDREA SANTA CRUZ ALVAREZ

Árbitro Único