

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

Expediente : N° 016-2008/CONSUCODE
Demandante : ALBIS S.A.
Demandado : Hospital Municipal Los Olivos
Arbitro Único : Dr. Edwin Giraldo Machado

RESOLUCIÓN N° 21

Lima, 01 de octubre de 2009

I. CONVENIO ARBITRAL

Con fecha 15 de junio de 2007, el HOSPITAL MUNICIPAL LOS OLIVOS (en adelante El Hospital, la Entidad o la demandada) y ALBIS S. A. (en adelante ALBIS, El Contratista o la demandante) suscribieron el Contrato de Adquisición de Medicamento Anestésico (Adjudicación Directa Selectiva por Subasta Inversa N° 001-2007-HMLO/CEP-SI).

En la Cláusula Décimo Primera Segunda del contrato, se estipuló que las controversias que surjan sobre la ejecución o interpretación del contrato, se resolverán, de conformidad con los artículos 272° al 292° del Reglamento aprobado por D.S. N° 084-2004-PCM. (en adelante el Reglamento)

Con fecha 24 de abril del 2008, se instaló el Arbitro Único designado por el OSCE (Ex Consucode) con la presencia de los representantes legales del HOSPITAL y de ALBIS, quienes procedieron a suscribir, según convocatoria debidamente notificada a ambas partes, el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral, en las oficinas de la sede arbitral, ubicado en el OSCE (Ex Consucode).

En este mismo acto, el Arbitro Único procedió a ratificar su aceptación al cargo de árbitro e insistió de que no estaba sujeto a incompatibilidad alguna ni a hechos o circunstancias que le obligara a inhibirse, al no haber mantenido ni mantener relación alguna con las partes ni con sus respectivos abogados. Asimismo, las partes declararon su conformidad



con la designación del Arbitro Único efectuada por el OSCE (Ex Consucode) se indicó que el Tribunal Arbitral quedaba facultado para suplir, a su discreción, cualquier deficiencia o vacío existente en la legislación o en "EL CONTRATO", mediante los principios generales del derecho.

Cabe aclarar que ninguna de las partes, con posterioridad al Acta de Instalación del Tribunal Arbitral, ha impugnado o reclamado el contenido de la misma.

II. DE LA DEMANDA DE ALBIS S.A.

Con fecha 12 de mayo de 2008, ALBIS S.A. interpuso demanda arbitral contra el Hospital Municipal Los Olivos en virtud a las controversias surgidas en torno a la resolución del contrato de adquisición de medicamento anestésico, el mismo que fue celebrado en virtud del otorgamiento de la Buena Pro al demandante efectuada en el proceso de selección: "Adjudicación Directa por Subasta Inversa N° 001-2007-HMLO/CEP-SI".

Dicha demanda contiene las siguientes pretensiones:

II.1 Pretensiones Principales:

- a. Que, se determine cuáles son las características técnicas del producto materia de su oferta técnica (Sobre de Habilitación).
- b. Que, se determine si la Entidad ha reclamado o cuestionado alguna característica técnica objetiva del producto entregado en concordancia con su oferta técnica.
- c. Se establezca que ALBIS S.A. determinó controversia y sometió a conciliación la discrepancia surgida de la Carta Notarial N° 011-2007-HMLO/DG de 11.10.2007, entregada el 12.10.2007, antes de la notificación de la Resolución Contractual con Carta Notarial N° 79377-2007 de 07.11.2007.
- d. Que, se deje sin efecto la Resolución Directoral N° 146-2007-HMLO de 31 de Octubre del 2007, que Resuelve el Contrato de



Adquisición de Medicamento Anestésico, de fecha 15.06.2007, suscrito entre el HOSPITAL MUNICIPAL LOS OLIVOS y ALBIS S.A., por el monto total de S/. 101,000.00 Nuevos Soles.

II.2 Pretensiones Accesorias:

- a. Que, se disponga reprogramar el cumplimiento de las prestaciones dejadas de cumplir por ALBIS S.A., por las acciones integrales a que se refiere la pretensión principal.
- b. Que, la reprogramación a que se contrae la pretensión precedente deberá comprender la entrega de los productos farmacéuticos dejados de entregar como consecuencia de la Resolución Contractual, los mismos que se encuentran en nuestros almacenes desde entonces; en su caso, el tiempo transcurrido debe correr a responsabilidad de la Entidad. Señala asimismo que el Lote N° 07064470 se encuentra almacenado y listo para despacho para la segunda entrega.
- c. Que, la Entidad pague a ALBIS S.A., por concepto de daños y perjuicios la suma de S/. 200,000.00 Nuevos Soles.
- d. Que, la Entidad cumpla con reintegrar los gastos financieros que ha ocasionado la renovación de la Garantía de Fiel Cumplimiento desde la fecha en que debió culminar el contrato hasta la fecha en que se emita el Laudo Arbitral.

II.3 De los fundamentos de hecho de la demanda de ALBIS.

Que ALBIS sostiene como fundamento de sus pretensiones lo siguiente:

1. Que, el Hospital Municipal de los Olivos convocó a una Adjudicación Directa Selectiva por Subasta Inversa N° 001-2007-HMLO/CEP, a cuyo proceso de selección concurrió ALBIS S.A. (en adelante ALBIS) conjuntamente con ABBOTT LABORATORIOS S.A. (en adelante ABBOTT) resultando ALBIS adjudicataria de la Buena Pro por razón de ofrecer un menor precio.
2. Que, dicha decisión del Comité Especial relacionada a la adjudicación de la Buena Pro fue impugnada por ABBOTT, y que en dicho contexto la



DIGEMID presentó el informe N° 208-2007-DIGEMID-DAS-ERPF/MINSA al Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, dejando fuera de toda duda la naturaleza técnica del producto ofertado y en consecuencia su absoluta compatibilidad con la Ficha Técnica correspondiente.

3. Que, como consecuencia del resultado del Proceso de Selección, el Hospital Municipal de Los Olivos, representado por su Director General, el Dr. Jorge Arturo Flores del Pozo, suscribió con fecha 15 de junio del 2007 el Contrato de Adquisición de Medicamento Anestésico respectivo, para la adquisición de 200 frascos de SEVOFLUORANO 100% - 250 ml.
4. Que, de acuerdo con el Artículo 36° del T.U.O de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado el contrato ha de celebrarse por escrito y se ajustará a la pro forma incluida en las bases, con las modificaciones aprobadas por la Entidad durante el proceso de selección.
5. Que, dentro del contexto de la Ley, la pro forma del Contrato únicamente podrá ser modificada por los eventos ocurridos durante el proceso de selección, tales como las ocurridas durante la etapa de Consultas y Observaciones. Cualquier otra modificación no deberá incidir en las características técnicas, precio, objeto, plazo, calidad y condiciones ofrecidas en el proceso de selección.
6. Que, el cumplimiento de la prestación a cargo del demandante debía efectuarse en cuatro entregas durante los meses de Junio, Agosto, Octubre y Noviembre del año 2007, entregando en cada oportunidad 50 frascos del medicamento antes señalado.
7. Que, para la primera entrega el demandante cumplió con la entrega de 50 frascos del medicamento SEVOCRIS (SEVOFLUORANO).
8. Que, dicha entrega fue recepcionada de manera conforme por la Entidad, sin observación alguna, por lo que la Entidad cumplió con el pago de la contraprestación pactada por un monto de S/. 25,250.00 Nuevos Soles.
9. Que, mediante la Carta Notarial N° 7906-2007 de 11.10.2007 (N° 011-2007-HMLO/DG) aproximadamente 120 días después de la primera entrega la Entidad cursa a ALBIS la indicada comunicación señalando lo siguiente:



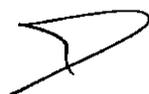
- a. Que ALBIS S.A., no habría cumplido en su totalidad con lo pactado en el contrato, por no haber entregado una serie de documentación "de trascendental importancia" para garantizar la calidad del producto materia del proceso de selección.
 - b. Se requiere a ALBIS la entrega del Certificado emitido por un organismo competente y debidamente acreditado de acuerdo a lo exigido en la ficha técnica del producto, aprobado por CONSUCODE, correspondiente al primer lote entregado mediante la O/C N° 07/001-0000555 de fecha 19.06.2007. Se agrega que dicha exigencia se encuentra en el Título VII Numeral 11 página 12 de las Bases.
 - c. Solicitud de Descargos.- Se solicita que ALBIS absuelva lo siguiente:

"Existe una serie de informes médicos en los que se concluye su incumplimiento con la cláusula séptima del Contrato de Adquisición de medicamento Anestésico que señala que "El contratista garantiza la calidad del medicamento, específicamente que el mismo no produzca efectos colaterales adversos en el paciente, el mismo que deberá ser sustentado por el profesional medico especialista. De no cumplirse será causal de resolución".

"En la presentación de la caja el producto dice 100% sevoflurano, el cual no guarda relación con el certificado de análisis presentado en su propuesta técnica, que se evidencia en 99.992% sevoflurano y 0.027% propinoglicol".
 - d. Se otorga a ALBIS el plazo de 05 días para el cumplimiento de lo solicitado bajo apercibimiento de resolver el Contrato.
10. Que, con respecto a lo expresado por la Entidad mediante la Carta Notarial N° 7906-2007 de 11.10.2007 (N° 011-2007-HMLO/DG) ALBIS, mediante Carta Notarial N° 21833 del 15.10.2007 expresa lo siguiente:
- a. Respecto a la presentación del certificado durante la entrega del producto: Que, la Ficha Técnica señala expresamente que los Controles Previos o Posteriores serán determinados por cada Entidad en la pro forma del contrato en función a la envergadura de la adquisición y de la periodicidad establecida por la propia Entidad.
- 

Que además la misma Ficha Técnica agrega que la Certificación del Control de Calidad podrá ser exigida por la Entidad en las siguientes oportunidades a su elección:

- (i) Con ocasión de la entrega del medicamento, en caso ésta sea única.
 - (ii) Con ocasión de la primera entrega del medicamento o en las diversas entregas en caso de suministro. La periodicidad de los controles de calidad será determinada por cada Entidad en la pro forma del contrato en función de la envergadura de la adquisición, pudiendo ser estos controles previos o posteriores.
- b. Respecto a la certificación después de la entrega conforme y contraprestación: ALBIS señala que habiéndose recepcionado conforme la prestación, resulta irracional e incongruente el Control de Calidad Previo del Producto toda vez que para ello se requiere que dicha actuación técnica se lleve a cabo antes de su entrega en el lugar de destino final; precisa que inclusive dice la Ficha, que las unidades utilizadas para fines de control de calidad no forman parte del total de unidades a entregar y que en todo caso, procedería el Control de Calidad posterior a solicitud de la Entidad, añadiendo que ello es expresamente señalado por la ficha técnica.
- c. Respecto al compromiso de realizar los controles previos en las siguientes entregas: ALBIS señala que ante la imposibilidad material de llevar a cabo el Control Previo de los productos ya entregados y recepcionados de manera conforme por la Entidad (control de calidad que ALBIS S.A. no estaba obligada a gestionar ni a realizar, sino que correspondía a la Entidad), se comprometieron a realizar dicho Control Previo durante las siguientes entregas.
- d. Respecto sobre los efectos colaterales adversos: ALBIS señala que no se pronunciaron al respecto por cuanto dicho aspecto está regulado por normas expresas en el ámbito del Control y Vigilancia de productos farmacéuticos, por lo tanto, no correspondía a ALBIS asumir la posición de juez y parte. Señala además que es un imposible jurídico absolver cuestionamientos sobre reacciones



adversas ya que ellas dependen aleatoriamente de muchos factores, tales como edad, naturaleza fisiológica, enfermedades etc. etc., que es aplicable a la administración de cualquier medicamento.

11. Con respecto al procedimiento conciliatorio promovido por ALBIS manifiestan que con fecha 02.11.2007 ALBIS S.A. determinó controversia y solicitó se inicie el proceso conciliatorio, lo que manifiestan se deriva de dos hechos:
 - a. Carta de Albis de 09.10.2007.- Con dicha comunicación ALBIS solicitó a la Entidad que girara las O/C relacionadas con las entregas subsiguientes a la primera entrega. Hecho que alegan constituye el incumplimiento obvio a obligaciones esenciales.
 - b. Carta N° 7906-2007 de 12.10.2007.- Con dicha comunicación El Hospital Municipal Los Olivos solicita incongruentemente, después de más 120 días de recepcionado el producto farmacéutico el Certificado de Calidad y además solicita descargos sobre supuestos inconvenientes del producto en su administración.

12. Que, el demandante alega que ningún funcionario del Hospital Municipal Los Olivos se apersonó al proceso conciliatorio regularmente iniciado. Por dicho motivo consideran que la Entidad no debió haber remitido la Carta Notarial de 31.10.2007 (entregada a Albis S.A. el 07.11.2007), mediante la cual la Entidad decide resolver el contrato.

13. Respecto de la resolución contractual: Con la Resolución Directoral N° 146-2007-HMLO de 31.10.2007 (Entregada a ALBIS el 07.11.2007) el Hospital Municipal "Los Olivos", resuelve el contrato de Adquisición de medicamento anestésico suscrito entre el Hospital Municipal Los Olivos y la Empresa ALBIS S.A., de 15.06.2007, a tenor de los argumentos expuestos en dicha Resolución Directoral:
 - a. Inicio del trámite de resolución.- Con el Informe N° 270-2007/HMLO/ADM/CCA de 13 de setiembre de 2007 que opina sobre inicio el trámite para la resolución del Contrato firmado con ALBIS S.A., debido a los Informes de los Médicos anestesiólogos



donde detallan los inconvenientes surgidos por el producto, y a que la empresa ALBIS S.A. no ha cumplido con la entrega del protocolo de análisis.

- b. Informe N° 360-2007-HMLO/ADM.- Sugiere la Resolución Contractual, no sin antes notificar a la empresa ALBIS S.A. de los inconvenientes detallados en el Informe N° 270-2007.
- c. Carta de ALBIS S.A., de 09.10.2007 exigiendo se gire las O/C para las subsiguientes entregas, bajo apercibimiento de Resolver el Contrato.
- d. Carta Notarial de 11.10.2007 dirigida a ALBIS S.A.- Se solicita la Certificación del Primer Lote entregado mediante O/C N° 07/001-000555 de 19.6.2007 (GUIA DE REMISION N° 002-008540 DE 23.6.2007). Asimismo, con la misma carta se solicita los descargos a los informes de los médicos anestesiólogos y personal administrativo.
- e. Carta de ALBIS S.A. de 14.10.2007.- En donde se indica que no existe posibilidad de cumplir de hecho o de derecho con lo requerido por el Hospital y que sin perjuicio de ello se compromete a presentar los Certificados de Calidad de las entregas subsiguientes asegurando con ello su obligación de entregar los productos con la calidad requerida y ofertada. Agrega el considerando: "Cabe precisar que dicha Carta no emite pronunciamiento alguno respecto al hecho de que existen informes médicos donde se detallan los inconvenientes causados por el producto.
- f. Informe N° 040-2007-HMLO-ICS.- Este considerando hace alusión a éste Informe como definitivo y esencial ya que señala: "Se opina por Resolver el Contrato de Adquisición de Medicamento Anestésico Suscrito entre el Hospital Municipal Los Olivos y la Empresa ALBIS S.A., de fecha 15.06.2007, en aplicación de la cláusula séptima del mismo, y bajo la causal de incumplimiento de las obligaciones contractuales".
- g. Que la Resolución del Contrato se sustenta en la Cláusula Séptima del Contrato, toda vez que de acuerdo con el considerando siete (7) de la Resolución Directoral, habría quedado absuelto el



cuestionamiento relativo a la entrega del Certificado de Calidad. En este sentido, los considerandos 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14 Y 15 inciden precisamente en la cláusula séptima del contrato, por ende, en los Informes de los Médicos y personal administrativo a que se hace alusión en los primeros considerandos.

14. Que, con fecha 08.11.2007, luego de recepcionada la Resolución del contrato, se inicio un nuevo procedimiento conciliatorio, al que nuevamente no asistió la Entidad. El demandante alega que en ambos casos (en que la Entidad no asistió al procedimiento conciliatorio) se infringió la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento, también se infringió el Artículo 30° del Reglamento de la Modalidad de Selección Por Subasta Inversa.
15. Como fundamento legal ALBIS sostiene que en ningún caso el demandante ha incumplido injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo.
16. Añade que resulta de aplicación supletoria al presente caso el Código Civil a efecto de determinar la naturaleza jurídica del incumplimiento injustificado, a efectos de lo cual señala que el artículo 1314 del C.C. establece que: "quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso".
17. Que, en ese contexto para que exista incumplimiento injustificado se requiere que:
 - (i) la conducta contractual esté precedida de un comportamiento contrario al deber de culpa; y
 - (ii) de una acción antijurídica.
18. Que, de acuerdo con el artículo 201 del Reglamento el contrato está conformado por (i) el documento que lo contiene, (ii) las Bases Integradas, (iii) la Oferta Ganadora y (iv) los documentos derivados del proceso de selección que establezcan obligaciones para las partes y que hayan sido expresamente señalados en el contrato.



19. Que, la proforma del contrato a celebrarse contiene las cláusulas exigidas por Ley y en ese sentido la pro forma del contrato incorporada a las Bases, regulaba en su cláusula séptima las obligaciones del contratista, según los documentos que obran en autos.
20. Que, el contrato debe celebrarse por escrito y ajustarse la pro forma incluida en las Bases con las modificaciones aprobadas por la Entidad durante el proceso de selección, por lo que la pro forma no puede ser modificada salvo por aquellos eventos producidos durante el evento de selección.
21. Que la cláusula séptima del contrato ha sido indebidamente modificada, lo que se evidencia toda vez que la misma no guarda absoluta compatibilidad con la cláusula séptima de la pro forma del contrato incorporado en las Bases.
22. Que, en consecuencia, al infringir dicha cláusula lo establecido por el artículo 36 de la Ley, la misma es nula de pleno derecho en todo aquello que se oponga a la pro forma respectiva. Además alegan que ello está también establecido en el artículo 201 del reglamento, el que restringe el contenido del contrato al documento que lo contiene (pro forma); bases integradas; oferta ganadora y otros documentos que generan derechos y obligaciones (artículo 50 de la Ley).
23. En ese sentido, el demandante expresa que los productos entregados son absolutamente compatibles con la Ficha Técnica.
24. Que, resulta absolutamente incongruente y tendencioso, al margen de la ilegalidad, señalar como condición del producto que el mismo: "...no produzca efectos colaterales adversos en el paciente, el mismo que deberá ser sustentado por el profesional médico especialista. De no cumplirse lo indicado será causal de resolución del presente contrato".
25. Que, la inclusión de dicha cláusula presupone una condición imposible de cumplir puesto que ningún laboratorio puede garantizar que un producto médico farmacológico no produzca efectos colaterales adversos al paciente, pues ello depende de la interacción medicamentosa que el mismo tenga con otros productos, así como la naturaleza orgánica del paciente y otros factores endógenos y exógenos (como por ejemplo la dosis, método de dosificación, preparación del paciente, entre otros).



26. Que, resulta incongruente el hecho de haber agregado a la cláusula referida que los efectos colaterales "...deberá ser sustentado por el médico profesional especialista", y que dicha incongruencia estriba en suponer que los especialistas monitoreen cada aplicación para sustentar los efectos colaterales en cada paciente; o que, después de producido el hecho, sin tener a la vista la historia clínica, sustenten dicho evento.
27. Que, la misma Entidad determinó la necesidad y definió las características del SEVOFLUORANO, que no es sino el principio activo idéntico de las dos propuestas de las empresas que participaron en el proceso de selección, en tal sentido el demandante cuestiona la decisión de la entidad de elegir el SEVOFLUORANO, anestésico inhalatorio y no otros como por ejemplo el PROPORFOL.
28. Que, la extraña condición técnica de la cláusula séptima del contrato no tiene razón técnica ni práctica de aplicación, puesto que ¿cómo tendría que sustentar el especialista que el producto no producirá efectos colaterales adversos? Que, en ese sentido el inserto que acompaña a cada unidad del medicamento, inserto que es aprobado por la DIGEMID al certificar el registro sanitario, siempre considera, dependiendo de los diversos pacientes o interacciones con otros medicamentos reacciones adversas o efectos adversos y que, en todo caso la Entidad tendría que demostrar que ningún analgésico tiene riesgo de reacciones adversas, lo que, alegan, es un imposible material.
29. Que, el demandante sostiene que el Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado ante la exigencia de una Entidad a los postores, a fin de que éstos presenten una declaración jurada de que el producto no consigna reportes sobre reacciones adversas que hayan ocasionado suspensión del tratamiento en algún paciente dentro de alguna institución de salud del Perú, consideró: "que tal exigencia resulta restrictiva a la libre competencia, porque para comercializar un medicamento se debe contar con la autorización de DIGEMID como autoridad sanitaria", y agregó: "También hay que tener en cuenta que un paciente puede tener reacciones adversas a varios componentes de medicamentos como por ejemplo a la penicilina, y además el medicamento contiene la posología y las reacciones adversas para pacientes con ciertas enfermedades, por



lo que resulta innecesario solicitar tal declaración jurada en las bases, mas aún cuando las propias bases solicitan el registro sanitario". (Resolución N° 1525/2007.TC-S2).

30. Que, respecto a los términos empleados al modificar la cláusula séptima del contrato los efectos colaterales adversos tienen naturaleza distinta a las reacciones adversas. Que, en tal sentido, un Evento Adverso (efecto Adverso) constituye cualquier ocurrencia adversa en un paciente o sujeto de una investigación clínica a quien se le administró un producto farmacéutico y que no necesariamente tiene una relación causal con este tratamiento y, por lo tanto, haber incorporado un párrafo sobre efectos colaterales adversos en la cláusula séptima del contrato, además de contravenir el artículo 36 de la Ley, es absolutamente incoherente con la naturaleza de los efectos colaterales y mucho mas con las reacciones adversas, pues nuestra empresa no participa en la administración a determinados pacientes de los productos que entregamos ni tenemos la potestad de prescribir otros medicamentos cuya asociación con el SEVOFLUORANO está descrita en la literatura médica y farmacológica respectiva.
31. En último término y a modo de conclusiones finales ALBIS S.A. expone los siguientes argumentos:
32. Que, ALBIS S.A., no ha incumplido injustificadamente ninguna obligación contractual establecida en el Contrato derivado de la Adjudicación Directa por Subasta Inversa N° 001-2007-HMLO/CEP-SI de 15.06.2007. Que, en tal sentido, ALBIS S.A. se obligó a entregar 200 Frascos de Sevofluorano 100% - 250 ml, de acuerdo con las condiciones establecidas en las Bases y Ficha Técnica, así como en su Propuesta presentada; siendo que la primera entrega a que se refiere la cláusula quinta del contrato fue efectuada conforme a las especificaciones técnicas respectivas, obrantes en cada uno de los documentos señalados, sin ninguna observación por parte de la Entidad.
33. Que, la Entidad recepción de manera conforme la prestación a cargo de ALBIS y efectuó el pago por la misma y que en consecuencia no puede cuestionarse la entrega de los bienes ni su calidad o especificación técnica, después de 120 días de internados en los almacenes de la



- Entidad (bienes consumibles); menos si después de haber formalizado juratoriamente el devengado se ha cumplido con el pago de los mismos.
34. Que, actuaron de manera diligente ya que según alegan: efectuaron la primera entrega de la prestación en la oportunidad pactada, exigieron la emisión de orden de compra para las entregas sucesivas, sustentaron las razones relativas a la primera exigencia de Certificados Previos de Calidad después de 120 días de entregados la prestación; por último, ante la exigencia del imposible jurídico, técnico y material de sustentar los defectos colaterales adversos promovieron la conciliación para solucionar la hipótesis de una controversia generada por la Entidad, sin embargo los funcionarios de esta, nunca concurren a las Audiencias.
35. Que, con respecto a la garantía de que no se produzcan efectos colaterales adversos en el paciente, el mismo que deberá ser sustentado por el profesional médico especialista, señalan que precisaron la diferencia entre Reacciones Adversas y Efectos Adversos y que en ninguno de los casos puede imputarse responsabilidad a ALBIS; toda vez que no existe un solo medicamento en el mundo que no pueda eventualmente causar reacciones adversas.
36. Que, dentro de ese contexto la cláusula que implícitamente le impone a ALBIS S.A. el monitoreo de la terapia farmacológica del SEVOFLUORANO constituye una aberración técnica y práctica, siendo que no es posible, salvo que el demandante estuviese presente en la administración del medicamento y con conocimiento de los elementos exógenos o interactuantes para sustentar el efecto colateral adverso. Es por ello que alegan no le dieron ninguna relevancia al tema cuando se le incluyó en el contrato, puesto que pasaba por una condición ilegal, impráctica e inoperante, que insisten no estaba en la pro forma del contrato, y que por tanto no constituye condición contractual.
37. Que, la Entidad, en cualquiera de los dos casos (Reacciones Adversas o Efectos Adversos) debió someter el caso al Sistema Peruano de Farmacología; hecho que no efectuó por carecer de fundamento terapéutico adverso.
38. Que, la Ficha Técnica estableció dos tipos de control de calidad: Controles previos o posteriores. La periodicidad y oportunidad de los



mismos deben estar fijados en la pro forma del contrato; es decir, qué entrega está sometida a control de calidad previo y cuales a la posterior, periodicidad que no fue fijada en la pro forma del contrato. Por lo tanto, cuando se cumple con la primera entrega la misma fue recepcionada conforme por la Entidad pues no exigió el control previo caso contrario no la hubiera recepcionado.

39. Que, la consideración previa no amerita mayor comentario toda vez que la misma resolución contractual abandona dicho requerimiento para centrarse en la cláusula séptima del contrato.

II.4 De los medios probatorios de la demanda de ALBIS.

Que, **ALBIS S.A.** ofreció los siguientes medios probatorios:

1. Copia simple de los siguientes documentos:

- a) Copia simple de la Ficha Técnica Aprobada del SEVOFLUORANO 100% 250 ml SOLUCION.
- b) Copia Simple de las Bases Integradas del Proceso de Selección.
- c) Copia Simple de la PROFORMA DEL CONTRATO incorporada a las Bases Integradas.
- d) Copia Simple del Contrato suscrito por la Entidad y ALBIS S.A. a fin que sea comparada con la pro forma del Contrato.
- e) Copia Simple de la O/C N° 07/0001-0000555 de 19.6.2007 girada por el Hospital Municipal "LOS OLIVOS".
- f) Copia Simple de la Guía de Remisión N° 002-0085400 de 20.06.2007, recepcionada por la Entidad el 23.06.2007. Consta la Entrega de 50 Frascos de SEVOCRIS.
- g) Copia de la Factura N° 001-1527797 recepcionada por la Entidad el 26.6.2007.
- h) Copia de la Carta Notarial N° 79206-2007 de 11.10.2007 remitida por la Entidad a ALBIS S.A. apercibiendo con resolver el contrato.
- i) Copia Simple de la Carta Notarial N° 21833 DE 15.10.2007 remitida por ALBIS S.A., a la Entidad absolviendo el cuestionamiento de la carta precedente.



- j) Copia Simple de las Acta de Audiencias de Conciliación (2) promovidas por ALBIS S.A., donde consta la inasistencia de la Entidad; así, como la fecha anterior a la resolución contractual.
- k) Copia Simple de la Resolución Directoral N° 146-2007-HMLO de 31.10.2007
- l) Copia Simple del Envase Primario y Secundario del SEVOFLUORANO entregado a la Entidad.
- m) Copia Simple del Inserto del producto SEVOCRIS que se adjunto al producto entregado a la Entidad.
- n) Copia simple del Inserto del Producto Sevorane ofertado por ABBOTT LABORATORIOS donde se apreciara la advertencia sobre "Eventos Adversos"; "Dosis"; "Sobredosis"; "Contraindicaciones"; "Advertencias"; "Interacciones medicamentosas"; "Reacciones Adversas"; "Precauciones".
- o) Copia Simple del Registro Sanitario del Producto entregado por ALBIS S.A. a la Entidad.
- p) Copia Simple de parte de los documentos presentados en el sobre de Habitación:

- (1) Declaración Jurada del postor señalando que los bienes ofertados cumplen con las especificaciones señaladas en la Ficha Técnica, así como con el Anexo al Contrato Condiciones Básicas de Cumplimiento Contractual que forman parte integrante de las Bases, según modelo referencial del Formato N° 07 de las Bases.
- (2) Copia simple vigente de Certificación, emitido por Organismo competente y debidamente acreditado, de acuerdo a lo exigido en la Ficha Técnica Aprobada por CONSUCODE.
- (3) Copia del Registro Sanitario

2. La exhibición que deberá hacer el Director del Hospital Municipal Los Olivos, Dr. Carlos Alberto Gamarra Aguirre de los documentos donde constan "El Registro del Compromiso; y la Formalización del Devengado",



dentro de cuyo contexto, con el carácter de declaración jurada, establecido por la Ley de la materia, ejecutó las etapas del pago.

3. La exhibición que deberá efectuar el Director Médico del Hospital Municipal Los Olivos, Dr. Carlos Alberto Gamarra Aguirre de los insertos adjuntados por ALBIS S.A. en cada frasco de SEVOCRIS entregado en el cumplimiento de la primera prestación parcial (50 Frascos Junio 2007).
4. El testimonio del Dr. Wilman Medina Osco.
5. El testimonio del Dr. Miguel Arnaldo Cano.
6. El testimonio de la Sra. Enfermera Margarita Cohachín Lostaunau.
7. El testimonio del Dr. Enrique Chong Ramos.
8. El testimonio de la Dra. Dora María Román Miguel.
9. El testimonio de Américo Salceso Ccasani.
10. El testimonio del Dr. Carlos Alberto Gamarra Aguirre.
11. La exhibición que deberá efectuar el Director Médico del Hospital Municipal Los Olivos, Dr. Carlos Alberto Gamarra Aguirre de los documentos que sustentan la determinación de las necesidades y la definición de las características del producto SEVOFLUORANO.
12. La exhibición que deberá efectuar el Director Médico del Hospital Municipal Los Olivos, Dr. Carlos Alberto Gamarra Aguirre, de los documentos emitidos por el Área de Almacén y el servicio de farmacia, relativos a la verificación de conformidad de la primera entrega parcial efectuada por ALBIS S.A.
13. El informe que deberá formular el Director Médico del Hospital Municipal Los Olivos, Dr. Carlos Alberto Gamarra Aguirre indicando qué profesional médico del o de las áreas usuarias determinó la necesidad del SEVOFLUORANO y qué médicos profesionales definieron sus características de modo que se adecuara la convocatoria a la Ficha Técnica aprobada por el CONSUCODE.
14. La exhibición que deberá efectuar el Director Médico del Hospital Municipal Los Olivos, Dr. Carlos Alberto Gamarra Aguirre, de los documentos de gestión donde se sustenta, de acuerdo con el artículo 12 de la Ley, las indagaciones aleatorias de las posibilidades que ofrece el mercado que sirvieron de base para definir las características del anestésico que requirió la Entidad en el proceso de selección.



15. La exhibición que deberá efectuar el Director Médico del Hospital Municipal Los Olivos, Dr. Carlos Alberto Gamarra Aguirre, de los reportes sobre reacciones adversas o eventos adversos efectuados respecto del SEVOFLUORANO, de acuerdo con el Sistema Peruano de Farmacovigilancia.

III. DE LA CONTESTACIÓN DE DEMANDA DEL HOSPITAL MUNICIPAL LOS OLIVOS

Mediante escrito presentado con fecha 04 de agosto de 2008 ingresado en término oportuno, el Hospital Municipal Los Olivos cumplió con contestar la demanda interpuesta por ALBIS S.A., contradiciéndola y sustentando su posición con los siguientes argumentos:

III.1 Fundamentos de hecho de la contestación de demanda

1. Que, efectivamente el Hospital Municipal Los Olivos con fecha 16 de marzo de 2007 convocó a Proceso de selección de Adjudicación Directa Selectiva por Subasta Inversa Presencial N° 001-2007-HMLO/CEP-SI, "Adquisición de Medicamento Anestésico" a cuyo proceso concurrieron la empresa ALBIS S.A. (en adelante ALBIS) y la empresa ABBOTT LABORATORIOS S.A. (en adelante ABBOTT), siendo que como resultado del Proceso de selección el Comité Especial adjudicó la Buena Pro a la empresa ALBIS.
2. Que ante el otorgamiento de la Buena Pro a la empresa ALBIS, la empresa ABBOTT interpone recurso de Revisión ante el Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado contra el HMLO, concluyendo dicho proceso con la Resolución N° 558-2007-TC-1 mediante la cual el referido Tribunal resuelve: declarar infundado el recurso de revisión interpuesto por la empresa ABBOTT contra el otorgamiento de la Buena Pro a la empresa ALBIS.
3. Que, no obstante ello, sobre los resuelto por el referido Tribunal resulta falso lo señalado por la empresa ALBIS en cuanto a que la autoridad competente, tanto en la solución de la controversia ante el Tribunal, como en la vigilancia de los productos farmacéuticos se pronunciaron de manera definitiva sobre la idoneidad de la propuesta técnica, a razón de que, de acuerdo al numeral 9 de la Resolución N° 558-2007-TC-1 el Tribunal



de Contrataciones y Adquisiciones del Estado consideró que no le correspondía a dicha instancia calificar o evaluar las circunstancias, condiciones o requisitos en virtud de los cuales se otorgó el registro sanitario a un determinado producto y que asimismo no le correspondía emitir pronunciamiento sobre los niveles de pureza de un producto o aquellos referidos a la incorporación de algún estabilizante, conservante, etc., a un producto registrado ante DIGEMID.

4. Que, asimismo, resulta falsa la afirmación de que mediante el informe N° 208-2007-DIGEMID-DAS-ERPF/MINSA se deja fuera de toda duda la naturaleza técnica del producto ofertado y como consecuencia su absoluta compatibilidad con la Ficha Técnica correspondiente, en vista lo expresado en el numeral 12 de la resolución N° 558-2007-TC-S1 del Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado en el extremo en el que se expresa sobre el informe N° 208-2007-DIGEMID-DAS-ERPF/MINSA, informe en el cual se establece la evolución del registro del medicamento SEVOCRIS a nivel de la DIGEMID, considerando que obra reproducido en el numeral cuarto de la contestación a la demanda.
5. Que, en atención a lo establecido por el artículo 36 de la Ley, si bien el contrato a suscribirse dentro del marco de un proceso de selección debe necesariamente ajustarse a lo establecido en la pro forma, ello no implica que exista impedimento alguno en tanto la realización de modificaciones previas a la firma del documento obligacional, señalando que a tal efecto la Ley establece como límite que dichas modificaciones no varíen las características técnicas, el precio, objeto, plazo, calidad y condiciones ofrecidas en el proceso de selección, ya que ir contra ello sería violentar el proceso de selección.
6. Que, en razón de lo señalado se observa la falsedad de lo referido por la empresa ALBIS sobre la nulidad de pleno derecho de la cláusula séptima del contrato, ya que si bien el contrato debe ajustarse a lo establecido en la pro forma, no existe impedimento alguno en cuanto a la realización de modificaciones previas a la firma del contrato, salvo que sean aquellas que por Ley no pueden ser modificadas.
7. Que, sobre la obligatoriedad al cumplimiento del contrato, según lo expresado por el artículo 201 del reglamento de la Ley de Contrataciones



y Adquisiciones del Estado el mismo es obligatorio para las partes y se regula por las normas de dicho título, por lo que lo expresado en el texto mismo del contrato, así como las Bases del proyecto y la oferta ganadora son de obligatorio cumplimiento de las partes.

8. Que, en tal sentido la cláusula séptima del contrato señala las obligaciones del contratista, por lo que el HMLO únicamente se ha limitado a exigir el cumplimiento de lo pactado, a razón de que sobre la primera entrega del medicamento anestésico SEVOFLUORANO 100% 250 ml la empresa ALBIS no llegó a cumplir con la remisión total de los requisitos exigidos por la ficha técnica aprobada por CONSUCODE, así mismo tampoco se dio cumplimiento a la exigencia sobre la calidad del medicamento, la misma que se encuentra expresamente señalada dentro de las obligaciones del contratista.
9. Que, el HMLO remitió carta notarial a la empresa donde exige se de cumplimiento a lo establecido en el texto del contrato en lo relacionado a las obligaciones del contratista y, que si bien la comunicación fue cursada en octubre, ello se debió a que la Entidad, siguiendo el principio de buena fe, esperando que la empresa ALBIS de oficio de cumplimiento a sus obligaciones, demoró en requerir dicho cumplimiento.
10. Que, ante el surgimiento de ocurrencias médicas relacionadas con el medicamento materia del contrato donde se veía vulnerada o se ponía en peligro la salud de los pacientes es que no se realizó el requerimiento de la segunda entrega, sino que por el contrario se exigió se garantice la calidad del producto, primer lote entregado, al ser sobre dicho lote que surgieron las referidas ocurrencias.
11. Que, ante la exigencia de garantizar la calidad del primer lote, la empresa manifestó que le resultaba imposible realizar las pruebas sobre dicho lote, comprometiéndose a asumir dicho requisito de ahí en adelante. Sin embargo al respecto el HMLO alega que tal imposibilidad no resulta cierta toda vez que si bien la prueba previa a la entrega no era posible, ya que la entrega había sido efectuada, si era posible que se realice la prueba posterior a la entrega, con mayor razón ante las ocurrencias médicas.



12. Que, el HMLO optó por la resolución del contrato privilegiando el derecho a la salud, a la vida, de sus pacientes, considerando lo delicado de las situaciones médicas en las que se aplica el medicamento anestésico.
13. Que, de cuestionar la actuación de parte del HMLO en el marco de la resolución contractual efectuada, ésta debe centrarse en el objeto mismo del contrato, vale decir la naturaleza del medicamento, su aplicabilidad así como el derecho a la salud que tienen todas las personas y en este caso particular los pacientes del establecimiento.
14. Que, en cuanto a la resolución de controversias se establece en el contrato: "Las controversias que surjan sobre la ejecución o interpretación del contrato se resolverán de conformidad con los Arts. 272 al 292 del Reglamento aprobado por D.S. 084-2004-PCM", siendo que el Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, D.S. 084-2004-PCM, en los artículos referidos brinda a la Conciliación y el Arbitraje como los mecanismos posibles para realizar la solución de controversias y que no existe limitación alguna en tanto optar por una u otra, sino la posibilidad de optar por alguna de ellas. En tal sentido y en mérito a dicha posibilidad el HMLO optó por el arbitraje como mecanismo de solución de controversias, por lo que resulta sin sentido cuestionar dicha opción.

III.2 De los medios probatorios de la contestación de demanda

Que, el HOSPITAL ofreció los siguientes medios probatorios:

1. Copia simple de las Bases Integradas del Proceso de Adjudicación Directa Selectiva por Subasta Inversa N° 001-2007-HMLO/CEP-SI Selección Informe N° 236-CE-HMLO-2007.
2. Ficha técnica aprobada por CONSUCODE del SEVOFLUORANO 100% 250 ml solución.
3. Copia simple del contrato suscrito entre la Entidad y la empresa.
4. Copia simple de la Orden de compra N° 07/0000555.
5. Copia simple de la factura N° 001-1527797, con los documentos anexos respectivamente remitidos.
6. Copia simple de la Carta Notarial N° 79206-2007 remitida por el Hospital Municipal los Olivos.



7. Copia simple de la Carta Notarial N° 21725 remitida por la empresa ALBIS S.A.
8. Copia simple de la Carta Notarial N° 21833 remitida por la empresa ALBIS S.A.
9. Copia simple de la Carta Notarial N° 79377-2007 remitida por el Hospital Municipal los Olivos.

IV. DEL TRÁMITE DEL PROCESO ARBITRAL

1. Con fecha 24 de abril de 2008 se llevó a cabo la Audiencia de Instalación de Árbitro Único con asistencia de ambas partes, en la que el Árbitro Único, doctor Edwin Augusto Giraldo Machado declara aceptar la designación y ambas partes manifiestan su conformidad con la designación realizada.
2. La demanda presentada por ALBIS fue declarada inadmisibles mediante Resolución N° 02 por no haber adjuntado los pliegos interrogatorios correspondientes.
3. Mediante resolución N° 03, ante la subsanación presentada por ALBIS se admitió a trámite la demanda y se corrió traslado de la misma al HOSPITAL a fin de que proceda a su contestación.
4. El HOSPITAL contestó su demanda dentro del plazo establecido, la cual fue admitida a trámite mediante resolución N° 05.
5. Con fecha 27 de octubre de 2008 se llevó a cabo la Audiencia de Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios. En dicha Audiencia, ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo conciliatorio entre las partes, el Arbitro Único procedió a fijar los Puntos Controvertidos teniendo presente la propuesta de puntos controvertidos presentado por ambas partes, quedando establecido los siguientes:
 1. Determinar si corresponde establecer cuales son las características técnicas del producto materia de la oferta técnica de ALBIS S.A.
 2. Determinar si la Entidad ha reclamado o cuestionado alguna característica técnica objetiva del producto entregado en concordancia con la oferta técnica de ALBIS S.A.



3. Determinar si se debe establecer que ALBIS S.A. sometió a conciliación la discrepancia surgida de la Carta Notarial N° 011-2007-HMLO/DG de fecha 11.10.2007, entregada el 12.10.2007, antes de la notificación de la resolución contractual con carta notarial N° 79377-2007 de 07.11.2007.
 4. Determinar si corresponde o no, dejar sin efecto la Resolución Directoral N° 146-2007-HMLO de fecha 31 de octubre de 2007 que resuelve el Contrato de Adquisición de Medicamento Anestésico suscrito entre las partes por el monto de S/. 101,000.00 Nuevos Soles, teniendo en cuenta el cumplimiento de las obligaciones contractuales y legales de ALBIS S.A. y si el HOSPITAL MUNICIPAL LOS OLIVOS procedió correctamente al resolver dicho contrato.
 5. Determinar si corresponde que se disponga la reprogramación del cumplimiento de las prestaciones dejadas de cumplir por ALBIS S.A.
 6. En caso se declare fundada la pretensión contenida en el punto precedente, determinar si corresponde establecer que la reprogramación debe comprender la entrega de los productos farmacéuticos dejados de entregar como consecuencia de la Resolución Contractual, los mismos que se encontrarían en los almacenes de ALBIS S.A. desde la resolución del contrato y corresponderían al Lote N° 07064470 almacenado y listo para despacho para la segunda entrega. Asimismo, determinar si el tiempo transcurrido debe correr a responsabilidad de la Entidad.
 7. Determinar si corresponde o no ordenar al HOSPITAL MUNICIPAL LOS OLIVOS el pago de una indemnización por daños y perjuicios por la suma de S/. 200,000.00 Nuevos Soles.
 8. Determinar si corresponde o no que la Entidad reintegre a ALBIS S.A. los gastos financieros ocasionados por la renovación de la Garantía de Fiel Cumplimiento desde la fecha en que debió culminar el contrato hasta la fecha en que se emita el laudo arbitral.
6. Asimismo, en dicha Audiencia se admitieron los medios probatorios ofrecidos por las partes en el orden indicado en el siguiente numeral.

De la parte demandante – ALBIS S.A.:

7. Se admiten los medios probatorios ofrecidos por ALBIS S.A. en su escrito de demanda, contenidos en el acápite "6. MEDIOS PROBATORIOS", divididos de la siguiente manera:



1. Los documentos indicados en el acápite 6 de la demanda; menos los indicados en el literal p.1 y p.2, los cuales, se ha advertido que no han sido adjuntados a la demanda. Al respecto, el Tribunal Arbitral decide otorgar a ALBIS S.A. un plazo de cinco (05) días hábiles de notificado con la presente acta, a fin de que cumpla con presentar dicho medio probatorio bajo apercibimiento de tenerlo por no presentado.
2. La exhibición consistente en que EL HOSPITAL MUNICIPAL LOS OLIVOS, presente los siguientes documentos:
 - a) Documentos donde conste "El Registro de Compromiso; y la Formalización del Devengado", dentro de cuyo contexto ejecutó las etapas del pago a ALBIS S.A.
 - b) Los insertos adjuntados por ALBIS S.A. en cada frasco de SEVOCRIS entregado en el cumplimiento de la primera prestación parcial (50 frascos en junio de 2007).
 - c) Documentos que sustenten la determinación de las necesidades y la definición de las características del producto Sevoflurano.
 - d) Documentos emitidos por el Área de Almacén y el Servicio de Farmacia, relativos a la verificación de la conformidad de la primera entrega parcial efectuada por ALBIS S.A.
 - e) Informe indicando que profesional médico del o de las Áreas usuarias determinó la necesidad del SEVOFLUORANO y que médicos profesionales definieron sus características en atención a la ficha técnica aprobada por CONSUCODE.
 - f) Documentos de gestión donde se sustente las indagaciones de las posibilidades que ofrece el mercado que sirvieron de base para definir las características del anestésico que requirió la Entidad en el proceso de selección.
 - g) Reportes sobre reacciones adversas o eventos adversos efectuados respecto de SEVOFLUORANO, de acuerdo con el Sistema Peruano de Farmacovigilancia.
3. Las declaraciones testimoniales de las personas indicadas en la Resolución N° 03, esto es, Dora María Román Miguel, Miguel Arnaldo Cano Cazaneuve, Wilman Medina Osco Y Enrique Chong Ramos.



De la parte demandada – HOSPITAL MUNICIPAL LOS OLIVOS:

8. Se admiten los medios probatorios ofrecidos por EL HOSPITAL MUNICIPAL LOS OLIVOS en su escrito de contestación demanda, contenidos en el acápite "III. MEDIOS PROBATORIOS" y que van del literal a) al literal i).

Pruebas de Oficio

9. Acto seguido, el Arbitro Único, en uso de sus facultades, como prueba de oficio, requirió a las partes para que presenten los siguientes documentos:

9.1 DE ALBIS S.A.

- a) Con la carta notarial N° 79206-2007 de fecha 11.10.2007 presentada como medio probatorio 6.1.h) la demandante ha adjuntado copia de ocho (08) informes médicos, los cuales no han sido expresamente ofrecidos como medios probatorios. Al respecto, el Arbitro Único, en uso de sus facultades, requiere a ALBIS S.A. para que en el plazo de diez (10) días de notificada con la presente Acta, presente copia legible de dichos documentos, los cuales serán incorporados al proceso como prueba de oficio.
- b) Copia del Informe DIGEMID N° 208-2007-DIGEMID-DAS-ERPF/MINSA.
- c) Resolución N° 558-2007-TC-S1 emitida por el Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

9.2 DEL HOSPITAL MUNICIPAL LOS OLIVOS

- a) Propuesta Técnica presentada por ALBIS S.A. y que forma parte del Expediente de Contratación del proceso de selección: Adjudicación Directa Selectiva por Subasta Inversa N° 001-2007-HMLO/CEP.
- b) Informe N° 270-2007/HMLO/ADM/CCA, Informe N° 360-2007-HMLO/ADM, Informe N° 040-2007-HMLO-ICS, Informe N° 381-2007-HMLO/ADM de la Oficina de Administración y Finanzas; y el Proveído N° 980-DG de la Dirección General del Hospital Municipal Los Olivos, documentos a los cuales se hace



referencia en los vistos de la Resolución Directoral N° 146-2007-HMLO de fecha 31 de octubre de 2007.

9.3 DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE MEDICAMENTOS, INSUMOS Y DROGAS (DIGEMID)

a) El Informe DIGEMID N° 280-2007-DIGEMID-DAS-ERPF/MINSA.

10. Asimismo, en dicha Audiencia se programó la declaración de testigos para el 28 de octubre de 2008.
11. El 28 de octubre de 2008 se suspendió la Audiencia de Declaración de Testigos y se reprogramó para el 26 de noviembre de 2008.
12. Mediante escrito presentado el 14 de noviembre, el HOSPITAL presentó los documentos requeridos en la Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos, los cuales fueron puestos en conocimiento de ALBIS mediante resolución N° 10.
13. Mediante escrito presentado el 05 de diciembre de 2008, ALBIS se pronunció sobre los escritos presentados por El HOSPITAL, planteando tacha contra el Informe N° 355-2008-HMLO/ADM.
14. Con fecha 10 de diciembre de 2008, se suspendió nuevamente la Audiencia reprogramada de declaración de testigos.
15. Con fecha 23 de diciembre de 2008 se llevó a cabo la Audiencia de Declaración de Testigos, con la declaración testimonial de los señores Enrique Chong Ramos y Miguel Arnaldo Cano Cazenueve.
16. Mediante Resolución N° 12, se dispuso que la tacha presentada por ALBIS contra el Informe N° 355-2008-HMLO sería resuelto en el laudo. Asimismo, se requirió al HOPITAL para que presente los documentos pendientes que fueron requeridos en la Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios.
17. Que, mediante Resolución N° 13 se requirió a ALBIS a fin de que se pronuncie si se desistiría de la declaración testimonial de los Srs. Wilman Medina Osco y Dora María Román Miguel bajo apercibimiento de prescindirse de dicho medio probatorio.
18. Mediante Resolución N° 14, se requirió a DIGEMID a fin de que presente copia del Informe DIGEMID N° 208-2007-DIGEMID-DAS-ERPF/MINSA,



instándose a las partes a fin de que coadyuven en la presentación de dicho documento bajo apercibimiento de prescindirse de dicho medio probatorio.

19. Mediante escrito presentado por el HOSPITAL el 02 de marzo de 2009, absolvió el requerimiento efectuado mediante Resolución N° 12.
20. Mediante escrito presentado el 03 de marzo de 2009, ALBIS se desistió de la declaración testimonial de los Srs. Wilman Medina Osco y Dora María Román Miguel.
21. Que, mediante Resolución N° 17 se consolidó la admisión y rechazo de los medios probatorios ofrecidos por las partes y requeridos por el Arbitro Único. Asimismo, en dicha Resolución se tuvo por cerrada la etapa probatoria y se concedió a las partes el plazo de cinco días para que presenten sus alegatos.
22. Con fecha 22 de julio de 2009 se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales.
23. Mediante Resolución N° 19 se fijó el plazo para laudar en veinte (20) días hábiles, el mismo que podría ser ampliado por quince (15) días adicionales de ser el caso.
24. Que, mediante Resolución N° 20 se prorrogó el plazo para laudar en quince días adicionales.

En consecuencia, el Árbitro Único procede a dictar el laudo arbitral dentro del plazo establecido en las resoluciones antes citadas.

V. CONSIDERANDO:

V.1 CUESTIONES PRELIMINARES

Antes de entrar a analizar la materia controvertida, corresponde confirmar lo siguiente: (i) que el Árbitro Único fue designado conforme a Ley y que dicha designación fue aceptada y ratificada por ambas partes; (ii) que en momento alguno se impugnó o reclamó contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación de Árbitro Único; (iii) que la empresa ALBIS S.A. presentó su demanda dentro del plazo dispuesto; (iv) que el Hospital Municipal Los Olivos fue debidamente emplazado con la demanda y ejerció plenamente su derecho de defensa; (v) que las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y



actuar todos sus medios probatorios, así como ejercieron la facultad de presentar alegatos e, inclusive, de informar oralmente; y, (vi) que, éste Árbitro Único ha procedido a laudar dentro del plazo establecido.

V.2 DECLARACION PREVIA

El Arbitro Único declara haber revisado todos y cada uno de los medios probatorios presentados por las partes, analizándolos y adjudicándoles el mérito que les corresponde aun cuando en el Laudo no se haga mención expresa a alguno de ellos o el valor probatorio asignado.

En consecuencia habiéndose cumplido con los presupuestos procesales y no existiendo vicio alguno al respecto que afecte la validez del proceso, el cual se ha desarrollado cumpliendo todas sus etapas, el Tribunal emite el Laudo correspondiente conforme a los siguientes términos:

V.3 MATERIA CONTROVERTIDA

De acuerdo con lo establecido en la Audiencia de Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos de fecha 27 de octubre de 2008, en el presente caso corresponde al Árbitro Único determinar lo siguiente en base a las pretensiones promovidas por la parte demandante, toda vez que como ya se estableció la parte demandada no planteó reconvencción o excepción alguna.

V.4 Sobre la tacha planteada por ALBIS

De manera previa a analizar los puntos controvertidos, corresponde emitir pronunciamiento sobre la tacha planteada por ALBIS contra el Informe N° 355-2008-HMLO/ADM de fecha 30 de octubre de 2008, respecto del cual, mediante Resolución N° 12 quedo establecido que sería resuelta en el laudo.

ALBIS señala que dicho Informe N° 355-2008-HMLO/ADM de fecha 30 de octubre de 2008 es falso en cuanto concluye que no se generó ninguna orden de compra a favor de ALBIS y por ende no existe la formalización



del registro del compromiso ni devengado de pago alguno, no obstante, la Entidad ha presentado documentos que acreditan el pago por la suma de S/. 25,250.00 Nuevos Soles.

Al respecto se debe tener presente que la tacha procede por la nulidad o falsedad de un documento y tiene como resultado que dicho documento no será considerado como medio probatorio.

En el presente caso, el Arbitro Único no aprecia que el documento sea falso, sino que su contenido según lo señala ALBIS es contradictorio con los demás documentos que obran en autos. En tal sentido, la falsedad del documento, sea por suplantación de firmas o por contenido distinto al que le corresponde, es un supuesto diferente al que se imputa al Informe N° 355-2008-HMLO/ADM, en tanto que lo que imputa ALBIS es que su contenido es distinto a la realidad, pero la determinación de ello se desprenderá de la confrontación que efectúe el Arbitro Único del contenido del mismo con los demás medios probatorios obrantes en autos, por lo que, se declara improcedente la tacha interpuesta por ALBIS.

En este extremo es preciso señalar que el Arbitro Único a confrontado los medios probatorios ofrecidos por las partes de manera conjunta, asignando a cada uno el valor que le corresponde conforme al marco legal aplicable y los hechos expuestos por las partes, por lo que su idoneidad estará manifiesta en el análisis que se efectúa sobre cada punto controvertido.

A continuación se procede a analizar los puntos controvertidos materia del presente proceso arbitral.

V.5 Primer Punto Controvertido
Determinar si corresponde establecer cuales son las características técnicas del producto materia de la oferta técnica de ALBIS S.A.

ALBIS solicita que el Arbitro Único determine las características técnicas del producto materia de su oferta técnica.



Sobre esta pretensión, obra en autos la propuesta técnica presentada por ALBIS (presentada por el HOSPITAL mediante escrito de fecha 11 de noviembre de 2008), en el proceso de selección, de cuya revisión se puede apreciar que las características técnicas del producto presentado por ALBIS están claramente señaladas conforme se aprecia en el Certificado de Análisis efectuado por el laboratorio CRISTALIA.

En tal sentido, no corresponde que el Arbitro Único establezca las características que ya se han presentado, por lo que se declara NO HA LUGAR la pretensión contenida en este punto controvertido.

V.6 Segundo Punto Controvertido

Determinar si la Entidad ha reclamado o cuestionado alguna característica técnica objetiva del producto entregado en concordancia con la oferta técnica de ALBIS S.A.

Sobre este punto controvertido se tiene presente que la resolución del Contrato efectuada por la Entidad se sustenta en la falta de presentación del Certificado de Calidad sobre el primer lote entregado, no existiendo una imputación directa en la Resolución Directoral Nº 146-2007-HMLO de fecha 31 de octubre de 2007 sobre estas características técnicas.

Lo que si se observa es que existen Informes Internos (el Informe Nº 360-2007-HMLO/ADM entre otros, en donde se señala que la caja del producto dice 100% sevofluorano, pero ello no guarda relación con el certificado de análisis presentado en su propuesta técnica en donde se indica 99.992% sevofluorano y 0.027% propinoglicol.

No obstante, no se aprecia en autos que haya existido un apercibimiento al contratista sobre este punto o sobre la característica técnica del producto.

En tal sentido, es factible determinar, en base a las pruebas presentadas por las partes, que el HOSPITAL no reclamo o cuestiono directamente alguna de las características técnicas del producto entregado por ALBIS



conforme su propuesta técnica., por lo que se debe declarar que fundada

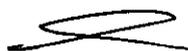
V.7 Tercer Punto Controvertido

Determinar si se debe establecer que ALBIS S.A. sometió a conciliación la discrepancia surgida de la Carta Notarial N° 011-2007-HMLO/DG de fecha 11.10.2007, entregada el 12.10.2007, antes de la notificación de la resolución contractual con carta notarial N° 79377-2007 de 07.11.2007.

En la pretensión contenida en este punto controvertido, ALBIS solicita que el Arbitro Único establezca que sometió a conciliación la carta notarial N° Notarial N° 011-2007-HMLO/DG de fecha 11.10.2007, entregada el 12.10.2007, antes de la notificación de la resolución del contrato, por lo que, considera que la Entidad no debió haber resuelto el contrato estando en trámite el procedimiento de conciliación, por lo que, este acto (resolución de contrato) no cumple con la forma exigida por ley, puesto que las imputaciones contenidas en la carta notarial N° 011-2007-HMLO/DG deberían de solucionarse dentro de la conciliación iniciada.

Sobre este extremo, el HOSPITAL señala que en cuanto a la resolución de controversias durante la ejecución del contrato, este establece que estas se resolverán conforme los artículos 272º al 292º del Reglamento. Añade que este Reglamento no establece limitación alguna para optar por la conciliación o el arbitraje y que es en mérito a esta facultad que optaron por el arbitraje y no por la conciliación como el mecanismo para solucionar la controversia, careciendo de sentido cuestionar dicha opción en tanto que escapa al objeto del presente proceso arbitral. Asimismo, afirma que de considerarse la opción de la conciliación se debe hacer un análisis de que el HOSPITAL es un organismo público de la Municipalidad de Los Olivos, por lo que, no se presentó a ninguna de las citaciones a conciliar.

Sobre este extremo el Arbitro Único aprecia que ALBIS considera que al haber iniciado el procedimiento de conciliación frente a los requerimientos de la Entidad contenidos en la carta notificada el 12 de octubre de 2007, el HOSPITAL debió someterse a dicho procedimiento conciliatorio y no proceder a resolver el contrato. Al no asistir el HOSPITAL a



las Audiencias de Conciliación, y por el contrario resolver el contrato, habría quebrantado el procedimiento conciliatorio por lo que, en concordancia con el artículo 226° del Reglamento se debería declarar fundada su demanda, al no haberse seguido el procedimiento establecido en dicha norma¹.

Al respecto, se debe tener presente que conforme el artículo 53° inc. 2 de la Ley, las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato se resolverán mediante conciliación y/o arbitraje, según el acuerdo de las partes. De esta norma, queda claro que la conciliación es un mecanismo válido para afrontar las controversias que se puedan generar entre las partes.

Ahora bien el hecho que ALBIS haya presentado su solicitud de conciliación contra el requerimiento efectuado por el HOSPITAL no suspende el plazo concedido por dicha Entidad para que cumpla el apercibimiento, pues al respecto no hay norma expresa en la Ley o en el Reglamento en ese sentido, debiendo tenerse en cuenta además que la aplicación de estos mecanismos de solución de controversias están sujetos al principio de legalidad, el cual ampara la tesis de que en el ámbito administrativo, sólo se puede hacer aquello que por ley así se ha establecido.

Por otro lado, la referencia al artículo 226° presentada por ALBIS esta referido al procedimiento de resolución de contrato el cual no se había dado al momento en que presenta su solicitud de conciliación. Cabe señalar además que es el artículo 227° del Reglamento el que establece que procede la conciliación y/o arbitraje tras la resolución del contrato, supuesto distinto al que presenta ALBIS como pretensión.

¹ La referencia al artículo 226° del Reglamento ha sido presentado por ALBIS en su escrito de fecha 26 de junio de 2009.



Sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, se debe estar a lo que se ha establecido como punto controvertido con el consenso de las partes, por lo que, lo cierto es que ALBIS sometió a conciliación el requerimiento efectuado por el HOSPITAL mediante carta notarial de fecha 12 de octubre de 2007, por lo que, ello debe quedar establecido en el presente laudo arbitral, pero no para los efectos que pretende la demandante conforme lo ha planteado en sus escritos a lo largo del presente proceso arbitral conforme se ha desarrollado en el presente punto controvertido.

En razón de lo antes expuesto queda establecido que ALBIS sometió a conciliación la discrepancia surgida de la Carta Notarial N° 011-2007-HMLO/DG de fecha 11.10.2007, entregada el 12.10.2007, antes de la notificación de la resolución contractual con carta notarial N° 79377-2007 de 07.11.2007, debiendo tenerse en cuenta los fundamentos del presente extremo del laudo arbitral.

V.8 Cuarto Punto Controvertido

Determinar si corresponde o no, dejar sin efecto la Resolución Directoral N° 146-2007-HMLO de fecha 31 de octubre de 2007 que resuelve el Contrato de Adquisición de Medicamento Anestésico suscrito entre las partes por el monto de S/. 101,000.00 Nuevos Soles, teniendo en cuenta el cumplimiento de las obligaciones contractuales y legales de ALBIS S.A. y si el HOSPITAL MUNICIPAL LOS OLIVOS procedió correctamente al resolver dicho contrato.

La resolución del contrato efectuada por el HOSPITAL se sustenta en el incumplimiento de la cláusula séptima del contrato, cláusula sobre la cual las partes han presentado sus argumentos respecto de su validez y/o eficacia. En tal sentido, el Arbitro Único aprecia que las posiciones de las partes sobre la nulidad o validez de la resolución del contrato requieren que se efectúe el análisis de las posiciones de ambas partes sobre los alcances de esta cláusula séptima del Contrato.

1. Posición de la demandante

Respecto a este punto controvertido, ALBIS sostiene que la Resolución Directoral en comento, es nula en tanto que la pro forma del contrato



incluida en las bases contenía las cláusulas exigidas por Ley y regulaba las obligaciones del contratista, según los documentos que obran en autos.

Añade que el Contrato debía ajustarse la pro forma incluida en las Bases con las modificaciones aprobadas por la Entidad durante el proceso de selección, por lo que la pro forma no puede ser modificada salvo por aquellos eventos producidos durante el evento de selección.

En base a ello, afirma que la dicha cláusula séptima fue indebidamente modificada, lo que se evidencia toda vez que la misma no guarda absoluta compatibilidad con la cláusula séptima de la pro forma del contrato incorporado en las Bases.

En consecuencia, añade, que al infringir dicha cláusula lo establecido por el artículo 36 de la Ley, la misma es nula de pleno derecho en todo aquello que se oponga a la pro forma respectiva. Además alegan que ello está también establecido en el artículo 201 del reglamento, el que restringe el contenido del contrato al documento que lo contiene (pro forma); bases integradas; oferta ganadora y otros documentos que generan derechos y obligaciones (artículo 50 de la Ley).

En base a lo anterior, afirma que los productos entregados son absolutamente compatibles con la Ficha Técnica y que resulta incongruente, tendencioso y al margen de la ilegalidad, señalar como condición del producto que el mismo: *"...no produzca efectos colaterales adversos en el paciente, el mismo que deberá ser sustentado por el profesional médico especialista. De no cumplirse lo indicado será causal de resolución del presente contrato"*.

Sobre esto último, afirma que dicha cláusula presupone una condición imposible de cumplir puesto que ningún laboratorio puede garantizar que un producto médico farmacológico no produzca efectos colaterales adversos al paciente, pues ello depende de la interacción medicamentosa que el mismo tenga con otro productos, así como la



naturaleza orgánica del paciente y otros factores endógenos y exógenos (como por ejemplo la dosis, método de dosificación, preparación del paciente, entre otros).

Sostiene además que dicha incongruencia estriba en suponer que los especialistas monitoreen cada aplicación para sustentar los efectos colaterales en cada paciente; o que, después de producido el hecho, sin tener a la vista la historia clínica, sustenten dicho evento.

Estos son los argumentos que a criterio del Arbitro Único son las mas saltantes, dejando en claro que se meritúa también los demás argumentos presentados por la accionante sobre este extremo.

2. Posición de la demandada

Sobre este extremo, la demandada señala que en atención a lo establecido por el artículo 36 de la Ley, si bien el contrato a suscribirse dentro del marco de un proceso de selección debe necesariamente ajustarse a lo establecido en la pro forma, ello no implica que exista impedimento alguno en tanto la realización de modificaciones previas a la firma del documento obligacional, señalando que a tal efecto la Ley establece como límite que dichas modificaciones no varíen las características técnicas, el precio, objeto, plazo, calidad y condiciones ofrecidas en el proceso de selección, ya que ir contra ello sería violentar el proceso de selección.

Añade que es falso lo señalado por ALBIS sobre la nulidad de pleno derecho de la cláusula séptima del contrato, ya que si bien el contrato debe ajustarse a lo establecido en la pro forma, no existe impedimento alguno en cuanto a la realización de modificaciones previas a la firma del contrato, salvo que sean aquellas que por Ley no pueden ser modificadas.

Asimismo, sostiene que según lo expresado por el artículo 201 del Reglamento el contrato es obligatorio para las partes y se regula por las normas de dicho título, por lo que lo expresado en el texto mismo del



contrato, así como las Bases del proyecto y la oferta ganadora son de obligatorio cumplimiento de las partes, por lo que, solo se ha limitado a exigir el cumplimiento de lo pactado, a razón de que sobre la primera entrega del medicamento anestésico SEVOFLUORANO 100% 250 ml la empresa ALBIS no llegó a cumplir con la remisión total de los requisitos exigidos por la ficha técnica aprobada por CONSUCODE, así mismo tampoco se dio cumplimiento a la exigencia sobre la calidad del medicamento, la misma que se encuentra expresamente señalada dentro de las obligaciones del contratista. Añade además que, opto por la resolución del contrato privilegiando el derecho a la salud, a la vida, de sus pacientes, considerando lo delicado de las situaciones médicas en las que se aplica el medicamento anestésico.

Adicionalmente, sostiene que de cuestionarse la actuación de parte del HMLO en el marco de la resolución contractual efectuada, ésta debe centrarse en el objeto mismo del contrato, vale decir la naturaleza del medicamento, su aplicabilidad así como el derecho a la salud que tienen todas las personas y en este caso particular los pacientes del establecimiento.

Estos son los argumentos que a criterio del Arbitro Único son las mas saltantes de los presentados por la demandada respecto a este punto, dejando en claro que se meritúa también los demás argumentos presentados por el Hospital Los Olivos sobre este extremo.

3. Posición del Arbitro Único

Planteadas las posiciones de las partes sobre este extremo, es preciso dejar en claro que la determinación de la validez y/o nulidad de la cláusula séptima del contrato esta contenida en la determinación del presente punto controvertido y ambas partes han presentado en reiterados escritos sus posiciones al respecto, por lo que el primer aspecto a analizar es respecto de la validez y/o eficacia de dicha cláusula séptima.



Dicho esto, conviene citar expresamente el contenido de la cláusula séptima en la pro forma del contrato y contrastarlo con el contenido de la cláusula séptima fijado en el contrato.

La cláusula séptima de la **pro forma** del contrato estableció:
"CLAUSULA SÉPTIMA: OBLIGACIONES DE "EL CONTRATISTA"

Son obligaciones de "EL CONTRATISTA":

- Responder en forma total por la ejecución del presente contrato.
- Cumplir fielmente lo establecido en sus Propuestas Técnica y Económica.
- Entregar los bienes, materia del presente contrato en las condiciones exigidas por las Bases.
- Cumplir con el abastecimiento oportuno y con la finalidad de no interrumpir el desarrollo administrativo... en el plazo máximo indicado en su propuesta".

La cláusula séptima del **Contrato** estipulo:

CLÁUSULA SÉPTIMA: OBLIGACIONES DE "EL CONTRATISTA".

Son obligaciones del "EL CONTRATISTA":

- El contratista garantiza la calidad del medicamento, especificaciones que el mismo no produzca efectos colaterales adversos en el paciente, el mismo que deberá ser sustentado por el profesional médico especialista. De no cumplirse lo indicado será causal de resolución del presente contrato.
- Responder en forma total por al ejecución del presente contrato.
- Cumplir fielmente lo establecido en sus Propuestas Técnicas y Económica.
- Entregar los bienes, materia del presente contrato en las condiciones exigidas por las Bases.

Como se puede apreciar, la cláusula séptima del contrato, ha introducido una obligación adicional que no estaba contemplada en la pro forma del contrato y que según la demandada, resulta conforme con el artículo 36º de la Ley.

Al respecto, el artículo 36º de la Ley establece:

"El contrato deberá celebrarse por escrito y se ajustará a la pro forma incluida en las Bases con las modificaciones aprobadas por la Entidad durante el proceso de selección. El Reglamento señala los casos en que el contrato puede formalizarse con una orden de compra o servicio, a la misma que no se le aplicará lo dispuesto en el artículo 41º de la presente Ley.



El contrato entra en vigencia cuando se cumplan con las condiciones establecidas para dicho efecto en las Bases y podrá incorporar otras modificaciones siempre que no impliquen variación alguna en las características técnicas, precio; objeto; plazo; calidad y condiciones ofrecidas en el proceso de selección.

Corresponde determinar entonces si el párrafo añadido en la cláusula séptima del contrato transgrede el artículo 36° de la Ley.

Lo primero que debe quedar en claro es que conforme el citado artículo 36°, es una facultad legítima de toda Entidad incorporar modificaciones a la pro forma del contrato previo a la firma del mismo, por lo que, el solo hecho de modificar la cláusula séptima de la pro forma del contrato, no acarrea la nulidad de la misma, pues es algo permitido por la ley de contrataciones.

Lo que si esta vedado es que esa modificación que se incorpore al contrato implique variación de alguna de las características técnicas, precio, objeto, plazo, calidad y condiciones ofrecidas en el proceso de selección.

Al respecto, el OSCE (ex CONSUCODE) en la Opinión N° 049-2008/DOP ha establecido respecto del artículo 36° en comentario:

"El mencionado dispositivo parte por admitir la posibilidad de que un contrato del Estado sea modificado, siempre que ello no implique variar los aspectos sustanciales del mismo. Ello tiene por finalidad proteger los intereses de todos los actores involucrados en el sistema quienes verían afectados sus expectativas si se permitiera la variación discrecional de aquellas condiciones de participación que, en unos casos, pudieron generar la decisión de un proveedor de no participar en el proceso de selección o que, en otros casos, pudieron motivar que las propuestas de los proveedores sean desestimadas por incumplimiento de las condiciones del proceso.

En ese sentido, si bien la normativa de contrataciones públicas permite la incorporación de modificaciones al contenido del contrato, éstas no pueden versar sobre los aspectos fundamentales que motivaron la selección del postor adjudicado tales como el objeto, plazo, características técnicas, precio, entre otras, en cumplimiento de los principios de transparencia, libre competencia y trato justo e igualitario de postores.

De otro modo, la variación de los aspectos sustanciales del contrato podría evidenciar una prerrogativa injustificada para el



contratista o una definición deficiente del requerimiento de la Entidad, lo cual se pretendería subsanar en una oportunidad que no corresponde."

En tal sentido, lo que se debe verificar es si esta modificación de la cláusula sétima, se encuentra dentro de los supuestos prohibidos por el artículo 36° antes citado.

Dicha cláusula modificada establece que es obligación de ALBIS que el bien objeto del contrato no produzca efectos colaterales adversos en el paciente, el mismo que deberá ser sustentado por el profesional médico especialista.

Sobre este punto, ALBIS sostiene que ningún laboratorio puede garantizar que el producto no produzca efectos colaterales adversos en el paciente, pues ello depende de la interacción medicamentosa por reacción entre un principio activo y cualquier otro agente químico endógeno o exógeno, y que la misma no tiene una razón técnica y práctica de aplicación. Se pregunta, ¿Cómo tendría que sustentar el especialista que el producto no producirá efectos colaterales adversos. Añade que el mismo inserto del producto siempre considera, dependiendo de los diversos pacientes o interacciones con otros medicamentos reacciones adversas o efectos adversos.

Entonces lo que debemos preguntarnos es si la obligación añadida (de que el bien objeto del contrato no produzca efectos colaterales adversos) implica variación de alguna de las características técnicas, precio, objeto, plazo calidad y condiciones ofrecidas en el proceso de selección.

Este párrafo establece una obligación adicional, que es garantizar que no se den efectos colaterales adversos en el paciente para lo cual, sería necesario que el contratista implemente algún mecanismo que permita verificar que no se produzcan estos efectos colaterales. Cabe preguntarse



entonces si esta medida, ¿Podrá estar considerada dentro de las variaciones contenidas en el artículo 36° de la Ley?

Este Arbitro Único considera que si, pues para desarrollar algún mecanismo que permita brindar dicha garantía, el contratista tendría que por lo menos efectuar una inversión adicional para desarrollar esta medida, sea por ejemplo, la contratación de un personal que este presente durante la aplicación del medicamento objeto del contrato, o llevar un control de las dosis que se aplican a los pacientes.

Indudablemente, ello encarece el servicio y distorsiona el objeto de la convocatoria al proceso de selección que era adquirir medicamento anestésico conforme esta establecido en la cláusula tercera del mismo.

En el presente caso, este Arbitro Único, observa que la modificación de la cláusula séptima del contrato, implica una variación del objeto del contrato y el precio, en tanto que en virtud de la misma, dejaría de ser solo un contrato de adquisición de medicamentos sino además de supervisión de la aplicación del medicamento y encarecería el costo del mismo en tanto que implicaría que el contratista implemente un mecanismo adicional para brindar la garantía en cuestión, cuyo costo no estuvo considerado en las bases del proceso ni en la propuesta del contratista, conforme se desprende además de los argumentos y documentos presentados por las partes en el presente proceso arbitral.

En tal sentido, para efectos de la resolución del presente punto controvertido, se tiene que dicha modificación de la cláusula séptima de la pro forma del contrato contraviene el artículo 36° de la Ley.

Efectuado este primer punto de análisis es preciso remitirnos nuevamente a la Resolución Directoral N° N° 146-2007-HMLO de fecha 31 de octubre de 2007, a efectos de complementar el análisis sobre la validez de la resolución del contrato.



En esta Resolución Directoral se hace referencia al Informe N° 270-2007/HMLO/ADM/CCA, el Informe N° 360-2007-HMOLO/ADM, el Informe N° 040-2007-HMLO-ICS, el Informe N° 381-2007-HMLO/ADM de la Oficina de Administración y Finanzas y el Proveído N° 980-DG de la Dirección General, en base a los cuales se concluye que la empresa ALBIS incumplió con la cláusula séptima antes citada.

Al respecto, se ha establecido ya en el presente laudo arbitral que el extremo de la cláusula séptima en que se sustenta la resolución de contrato quebranta el artículo 36° de la Ley, no obstante, ello no enerva el análisis del contenido de los documentos antes señalados a efectos de determinar el cumplimiento o no de las obligaciones del contratista pues, si bien el supuesto contractual en que se sustentó el incumplimiento imputado por la Entidad quebranta el artículo 36° de la Ley, ello no elimina de la realidad las imputaciones efectuadas por el HOSPITAL, en particular las efectuadas mediante carta notarial N° 011-2007.HMLO/DG de fecha 11 de octubre de 2007 y estando además a lo establecido en el artículo 41°, inc. C) de la Ley, el cual establece que:

"En caso de incumplimiento por parte del contratista de alguna de sus obligaciones, que haya sido previamente observada por la Entidad, y no haya sido materia de subsanación, esta última podrá resolver el contrato, en forma total o parcial..."

En tal sentido, las imputaciones contenidas en la carta N° 011-2007.HMLO/DG de fecha 11 de octubre de 2007, son respecto a que el contratista no cumplió en su totalidad con lo pactado en el contrato, pues no entregó una serie de documentación de trascendental importancia para garantizar la calidad del producto materia del proceso, por lo que requiere que presente:

- La certificación del primer lote entregado mediante orden de compra N° 07/001-0000555, el mismo que debe ser emitido por un organismo competente y debidamente acreditado de acuerdo a lo exigido por la Ficha Técnica del producto, aprobada por el CONSUCODE.



Asimismo, pone en conocimiento del contratista a fin de que "de considerarlo emita su descargo respectivo respecto de los siguientes hechos":

- Existe una serie de informes médicos en los que se concluye el incumplimiento de la cláusula séptima del Contrato.
- En la presentación de la caja del producto dice 100% sevoflurano, el cual no guarda relación con el certificado de análisis presentado en su propuesta técnica que se evidencia en 99.992 % sevoflurano y 0.027% propinoglicol.

Respecto a estas imputaciones, es preciso tener presente que la Entidad no exige al contratista que se pronuncie sobre los Informes Médicos y la observación respecto de la contradicción entre la información de la caja del producto y la propuesta técnica del contratista, pues expresamente señala que respecto de esos hechos, el contratista "de considerarlo", emita su descargo, es decir, este requerimiento es:

- Opcional para el contratista
- El requerir al contratista que emita sus descargos no significa que subsane algún incumplimiento, sino que se pronuncie sobre esas dos imputaciones, por tanto a partir de estas, no se puede configurar una causal de resolución de contrato, en tanto que no ha sido planteada conforme al artículo 226º del Reglamento el cual señala que "si alguna de las partes falta al cumplimiento de sus obligaciones, la parte perjudicada deberá requerirla mediante carta notarial para que las satisfaga en un plazo no mayor a cinco días bajo apercibimiento de resolver el contrato."
- De la lectura de ese extremo de la carta notarial, no se aprecia que la imputación haya sido planteada conforme a este artículo 226º, por tanto para este Arbitro Único, las referencias a los Informes Médicos y la contradicción sobre la información del porcentaje de sevoflurano, no han sido planteadas al contratista como apercibimientos previos a la resolución del contrato.



Sin perjuicio de ello, es preciso dejar expresado que se ha meritado el contenido de los Informes Médicos presentados por la Entidad como sustento de los posibles defectos del producto, teniendo en especial consideración las declaraciones efectuadas en la Audiencia de Declaración de Testigos de fecha 23 de diciembre de 2008, en donde se señaló que frente a reacciones adversas se debe llenar los formatos de reporte de sospechas de reacciones adversas para su registro ante la DIGEMID. Asimismo, se tiene presente que la demandada mediante escrito presentado el 03 de enero de 2008 ha señalado que no presentó los reportes exigidos por el Sistema Peruano de Farmacovigilancia, "a razón de que los mismos en la fecha de la ocurrencia de los hechos aún no habían sido incorporados para su aplicabilidad,".

En base a ello no se llega a generar convicción sobre las imputaciones efectuadas por la Entidad sobre la calidad del producto, teniendo en cuenta además que conforme ha sostenido dicha parte en el proceso arbitral, esta de por medio la salud pública, lo cual implica que ante reacciones adversas, se debió seguir rigurosamente el procedimiento establecido para el reporte de los mismos. Además, se aprecia también que la demandada no ha demostrado ni tampoco señalado que ante las dudas sobre la calidad del producto, suspendió su uso o procedió a la devolución del lote.

En cuanto a las observaciones sobre la contradicción de la información contenida en la presentación de la caja del producto con el certificado de análisis presentado en su propuesta técnica, obra en autos la Resolución del Tribunal de Contrataciones N° 558-2007-TC-S1 en donde se discutió que el producto ofertado no es 100% puro pues además del sevofluorano contiene propilenglicol, este Arbitro Único se remite a los fundamentos seis, nueve, diez y catorce de dicha resolución, a partir de los cuales se tiene claro que al momento de la suscripción del contrato, la Entidad conocía de esta diferencia.



Efectuada esta precisión, la imputación concreta contenida en la carta notarial en comento es respecto de la certificación del primer lote entregado mediante orden de compra N° 07/001-0000555, el mismo que debe ser emitido por un organismo competente y debidamente acreditado de acuerdo a lo exigido por la Ficha Técnica del producto, aprobada por el CONSUCODE.

Al respecto, obra en autos la carta remitida por ALBIS el 15 de octubre de 2007 en donde esta parte sostiene que la prestación se recepciona conforme el 26 de junio de 2007 y que los funcionarios de la Entidad verificaron la cantidad y el cumplimiento de las condiciones contractuales de conformidad con el artículo 233° del Reglamento, por lo que no existe posibilidad de cumplir con el requerimiento del Hospital, comprometiéndose a presentar la certificación de calidad de los lotes que serán materia de las siguientes entregas.

Se tiene presente que la Entidad en su contestación de demanda ha señalado que si bien la prueba previa a la entrega no era posible, ya que la entrega había sido efectuada, si era posible que se realice la prueba posterior a la entrega más aún ante las ocurrencias médicas.

Al respecto este Arbitro Único ha apreciado que la Ficha Técnica establece que el control posterior es una facultad de la Entidad quien elegirá el laboratorio del control de calidad, no obstante, no obra en autos, documento alguno que evidencie que se ha procedido conforme este procedimiento, por lo que, no se puede tener convicción sobre el cuestionamiento a la calidad del producto, si es que la Entidad no ha dispuesto que se haga el control de calidad posterior conforme es su facultad.

Ahora bien, el artículo 225° del Reglamento establece que la Entidad podrá resolver el contrato, de conformidad con el artículo 41° inc. C) de la Ley cuando el contratista:



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

En virtud de esta norma, teniendo en cuenta el descargo presentado por ALBIS mediante carta notarial de fecha 19 de octubre de 2008, los argumentos presentados por dicha parte en el presente proceso y en especial, lo señalado por la demandada en su contestación de demanda respecto a que la prueba previa no era posible pero si la prueba posterior, este Arbitro Único encuentra que no se ha configurado la causal de la norma antes citada, pues no estaríamos frente a un incumplimiento injustificado, pues al momento del requerimiento de la Entidad (del 11 de octubre de 2007) el lote había sido entregado el 26 de junio de 2007.

Por tanto, en virtud de estas consideraciones, el Arbitro Único considera que la resolución del contrato deviene en nula y por tanto se declara fundada la pretensión contenida en este punto controvertido.

V.5 Quinto Punto Controvertido

Determinar si corresponde que se disponga la reprogramación del cumplimiento de las prestaciones dejadas de cumplir por ALBIS S.A.

Al haberse declarado fundada la pretensión contenida en el punto controvertido anterior, se entiende que el contrato se encuentra vigente y se debe continuar con su ejecución, debiendo tener presente las partes que al tratarse de bienes que están dirigidos a cubrir la salud pública se deben extremar las medidas necesarias para el cumplimiento de las prestaciones contractuales conforme el contrato.

En razón de lo anterior, se debe disponer la reprogramación del cumplimiento de las prestaciones del contrato.

V.6 Sexto Punto Controvertido

En caso se declare fundada la pretensión contenida en el punto precedente, determinar si corresponde establecer que la reprogramación debe comprender la entrega de los productos farmacéuticos dejados de entregar como consecuencia de la Resolución Contractual, los mismos que se encontrarían en los almacenes de ALBIS S.A. desde la resolución del contrato y corresponderían al Lote N° 07064470 almacenado y listo



para despacho para la segunda entrega. Asimismo, determinar si el tiempo transcurrido debe correr a responsabilidad de la Entidad.

Respecto a este punto controvertido se debe tener presente que la consecuencia de la declaración de nulidad de la resolución del contrato es que este recupera su vigencia y por ende la vigencia de las obligaciones contractuales de las partes, correspondiendo en tal caso que se proceda a la reprogramación de las prestaciones contractuales.

Ahora bien, el accionante sostiene que esta reprogramación debe comprender la entrega de los productos farmacéuticos que se encuentran en los almacenes de ALBIS desde la resolución del contrato y corresponden al lote N° 07064470 almacenado y listo para despacho para la segunda entrega. No obstante, es preciso señalar que no obra en autos documento que acredite la pre existencia del lote antes indicado, por lo que, no es posible establecer que se debe proceder a la entrega específica de dicho lote, dejando en claro que se debe reprogramar las entregas pendientes.

Asimismo, respecto a la determinación de responsabilidad de la Entidad por el tiempo transcurrido, el accionante no ha sustentado durante el presente proceso la procedencia de dicho extremo de su pretensión, por lo que no se cuenta con base objetiva para emitir pronunciamiento sobre el mismo.

En base a estos fundamentos corresponde declarar fundada en parte la pretensión contenida en este punto controvertido.

V.7 Sétimo Punto Controvertido

Determinar si corresponde o no ordenar al HOSPITAL MUNICIPAL LOS OLIVOS el pago de una indemnización por daños y perjuicios por la suma de S/. 200,000.00 Nuevos Soles.

La accionante solicita que se declare que corresponde una indemnización a su favor por la suma de S/. 200,000.00 Nuevos Soles, por los daños y perjuicios causados.



Al respecto, el artículo 1321° del Código Civil establece que procede la indemnización por daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve. Asimismo, añade que corresponde el resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprendiendo el daño emergente y el lucro cesante.

Asimismo, el artículo 1330° establece la prueba del dolo o de la culpa inexcusable corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

Asimismo, el artículo 1331° establece que la prueba de los daños y perjuicios y su cuantía corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación.

En el presente caso, el accionante no cumplido con precisar en que consiste el daño que ha sufrido ni el factor de conexión con el monto que demanda como indemnización, no existiendo en autos documentos que cuantifiquen el valor de dicho daño. Además tampoco se ha acreditado la pre existencia de los elementos de la responsabilidad civil como son el nexo causal, la conducta antijurídica, el daño, el dolo y/o culpa y el factor de atribución, ni mucho menos se ha precisado si la indemnización demandada es por daño emergente o por lucro cesante.

En razón de estas consideraciones, se debe declarar la improcedencia de la pretensión de la demanda contenida en este punto controvertido.

V.8 Octavo Punto Controvertido

Determinar si corresponde o no que la Entidad reintegre a ALBIS S.A. los gastos financieros ocasionados por la renovación de la Garantía de Fiel Cumplimiento desde la fecha en que debió culminar el contrato hasta la fecha en que se emita el laudo arbitral.



Sostiene ALBIS que de no haber la demandada resuelto arbitrariamente el contrato no hubiera tenido que asumir el costo financiero del mantenimiento de las garantías.

Al respecto, este Arbitro Único considera que el mantener vigente las garantías es una obligación del contratista conforme lo establece el reglamento de la ley de contrataciones.

Asimismo, no existe norma legal que sustente el pedido del demandante, por lo que al ser una obligación del contratista el mantener vigente las garantías, y subsistiendo la incertidumbre sobre la procedencia de sus reclamos durante la tramitación del arbitraje, la obligación de la demandada de no ejecutar las cartas fianzas se mantiene, correspondiéndole a ALBIS la obligación de mantener vigentes estas garantías, lo cual implica el asumir el costo de su mantenimiento.

En consecuencia, este Arbitro Único considera que la pretensión contenida en este Punto Controvertido debe ser declarada IMPROCEDENTE.

V.9 Noveno Punto Controvertido

Determinar a quien corresponde el pago de los costos, costas y gastos arbitrales originados con la tramitación del presente expediente arbitral.

El artículo 52º de la LGA, dispone que los árbitros se pronunciarán en el laudo arbitral sobre los gastos del arbitraje, teniendo presente de ser el caso, lo pactado en el convenio arbitral. Los gastos incluyen, pero no se limitan, a las retribuciones de los árbitros, de los abogados de las partes y las retribuciones del secretario. Además, la norma legal establece que si el convenio arbitral no contiene pacto alguno sobre los gastos, los árbitros, se pronunciarán en el laudo arbitral sobre su condena o exoneración.

En el convenio arbitral contenido en la cláusula décimo primera, las partes no han establecido pacto alguno acerca de los costos y costas del proceso arbitral. Atendiendo a esta situación, corresponde al Arbitro



Único pronunciarse sobre este tema de manera discrecional y apelando a su debida prudencia.

Considerando el resultado de este arbitraje en el que en puridad no puede afirmarse que existe una "parte perdedora" ya que ambas partes tenían motivos suficientes y atendibles para litigar, habida cuenta que debían defender sus pretensiones en vía arbitral, y que, además, el Arbitro Único considera a efectos de regular el pago de tales conceptos la incertidumbre jurídica que existía entre ellas y que motivó el presente arbitraje, corresponde disponer que cada parte asuma directamente los costos que sufrió; esto es, que cada parte asume los gastos, costos y costas que incurrió y debió de incurrir como consecuencia del presente proceso, como son los honorarios del árbitro, del Centro de Arbitral, su defensa legal, etc.

Por las razones expuestas, de acuerdo con lo establecido por la Ley y el Reglamento, como por lo dispuesto en la LGA, este Tribunal Arbitral en DERECHO,

LAUDA:

PRIMERO: Se declara **IMPROCEDENTE** la tacha formulada por ALBIS contra el Informe N° 355-2008-HMLO/ADM de fecha 30 de octubre de 2008.

SEGUNDO: Se declara **NO HA LUGAR** la pretensión contenida en primer punto controvertido.

TERCERO: Se declara **FUNDADA** la pretensión contenida en el segundo punto controvertido.

CUARTO: Se declara **FUNDADA** la pretensión contenida en el tercer punto controvertido debiendo tenerse presente los considerandos de dicho extremo del laudo.



QUINTO: Se declara **FUNDADA** la pretensión contenida en el cuarto punto controvertido y en consecuencia nula la resolución de contrato dispuesta por el Hospital Municipal Los Olivos.

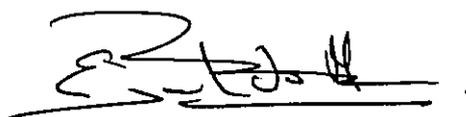
SEXTO: Se declara **FUNDADA** la pretensión contenida en el quinto punto controvertido y en consecuencia reprográmese el cumplimiento de las prestaciones dejadas de cumplir con ALBIS.

SETIMO: Se declara **FUNDADA EN PARTE** la pretensión contenida en el sexto punto controvertido.

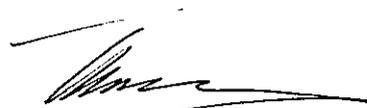
OCTAVO: Se declara **IMPROCEDENTE** la pretensión contenida en el séptimo punto controvertido.

NOVENO: Se declara **IMPROCEDENTE** la pretensión contenida en el octavo punto controvertido.

DECIMO: QUEDA ESTABLECIDO que cada parte asuma la parte que le corresponde de los gastos, costas y costos generados por el presente proceso.



Edwin Giraldo Machado
Árbitro Único



FRANZ KUNDMÜLLER CAMINITI
Dirección de Arbitraje Administrativo (e)