

Lima, 20 de noviembre de 2018.

Señores:
CENTRO NACIONAL DE ABASTECIMIENTO DE RECURSOS ESTRATÉGICOS EN SALUD
Av. Arequipa Nº 810, 9º Piso
Cercado de Lima.-

Atención : **Procuraduría Pública del Ministerio de Salud**
Referencia : **Arbitraje:** Laboratorios AC Farma con el Centro Nacional de
Abastecimiento de Recursos Estratégicos en Salud.

Asunto : **Notifica la Resolución Nº 19 que contiene Laudo Arbitral**

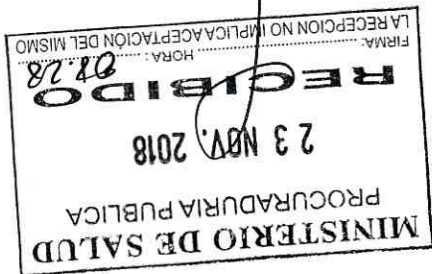
De mi consideración:

Tengo el agrado de dirigirme a ustedes en relación con el proceso arbitral de
la referencia para notificarles la Resolución Nº 19 del 20 de noviembre de 2018,
que contiene el Laudo Arbitral emitido por el Arbitro Único, Daniel Triveño Daza
(31 folios).

Lo que notifico a usted conforme lo previsto en el Acta de Instalación.

Atentamente,

C. ANTONELLA QUISPE VALENZUELA
Secretaria Arbitral
Arbitre Soluciones Arbitrales



leg. 1405-2018

LAUDO DE DERECHO

Laudo de Derecho que en la controversia surgida entre LABORATORIOS AC FARMA S.A. con el Centro Nacional de Abastecimiento de Recursos Estratégicos en Salud, dicta el Árbitro Único Daniel Triveño Daza.

Número de Expediente de Instalación: I607-2017

Demandante: Laboratorios AC Farma S.A. *(en lo sucesivo el Contratista o el demandante)*

Demandado: Centro Nacional de Abastecimiento de Recursos estratégicos en Salud *(en lo sucesivo la Entidad, la demandada)*.

Contrato: Contrato N° 003-2017-CENARES/MINSA para la adquisición de etinilestradiol + levonorgestrel 30ug + 150ug"

Monto del Contrato: S/ 1'950,000.00

Cuantía de la Controversia: S/ 119,039.59

Tipo y Número de Proceso de Selección: Subasta Inversa Electrónica 008-2016-CENARES/MINSA

Árbitro Único: Daniel Triveño Daza.

Secretaría Arbitral: Arbitre Soluciones Arbitrales S.R.L. – Abog. Antonella Quispe.

Monto de los honorarios del Árbitro Único: S/. 10,575.25

Monto de los honorarios de la Secretaría Arbitral: S/. 5,583.58

Fecha de emisión del laudo: 20 de noviembre del 2018

N° de Folios: 31

Pretensiones (controversias relacionadas a las siguientes materias):

☐ Nulidad, invalidez, inexistencia y/o ineficacia del contrato.

☐ Resolución del contrato.

☒ Ampliación del plazo contractual.

☐ Defectos o vicios ocultos.

☐ Formulación, aprobación o valorización de metrados.

☐ Recepción y conformidad.

☐ Liquidación y pago.

☐ Mayores gastos generales.

☐ Indemnización por daños y perjuicios.

☐ Enriquecimiento sin causa.

☐ Adicionales y reducciones.

☐ Adelantos.

☒ Penalidades

☐ Ejecución de garantías

☐ Otros: Pagos

Sede Arbitral

Av. del Ejército N° 250, Oficina 506 – Miraflores
Página 1 de 31

ÍNDICE

I. ANTECEDENTES	3
II. LO ACTUADO EN EL PROCESO ARBITRAL.....	4
III. COSTOS DEL PROCESO	8
IV. PRETENSIONES DEMANDADAS	8
V. DECLARACIONES PRELIMINARES	9
VI. DE LA DEMANDA Y CONTESTACIÓN:	9
VII. ANÁLISIS DE LA MATERIA CONTROVERTIDA:	13
VIII. LAUDO	30

Resolución N° 19

En Lima, a los 20 días del mes de noviembre de 2018, realizadas las actuaciones arbitrales de conformidad con la ley y las normas establecidas por las partes, escuchados los argumentos del demandante, y dentro del plazo para laudar, el Árbitro Único dicta el presente Laudo de Derecho.

I. ANTECEDENTES

- 1.1. El 11 de enero de 2017, las partes celebraron el Contrato N° 003-2017-CENARES/MINSA, para la adquisición de ETINILESTRADIOL + LEVONORGESTREL 30ug + 150ug".

- 1.2. La Cláusula Vigésima Primera del Contrato: Solución de Controversias dispone que:

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

Cualquiera de las partes tiene el derecho a iniciar el arbitraje a fin de resolver dichas controversias dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 122, 137, 140, 143, 146, 147 y 149 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado o, en su defecto, en el inciso 45.2 del artículo 45 de la Ley de Contrataciones del Estado. El arbitraje será de tipo AD HOC.

Facultativamente, cualquiera de las partes tiene el derecho a solicitar una conciliación dentro del plazo de caducidad correspondiente según lo señalado en el artículo 183 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado y el numeral 6.6 de la directiva N° 005-2016-OSCE/CD "Procedimiento de Selección de Subasta Inversa Electrónica", sin perjuicio de recurrir al arbitraje, en caso no se llegue a un acuerdo entre ambas partes o se llegue a un acuerdo parcial. Las controversias sobre nulidad del contrato solo pueden ser sometidas a arbitraje.

El laudo arbitral emitido es inapelable, definitivo y obligatorio para las partes desde el momento de su notificación, según lo previsto en el inciso 45.9 del artículo 45 de la Ley de Contrataciones del Estado".

- 1.3. Mediante Resolución N° 251-2017-OSCE/PRE de fecha 7 de julio de 2017, el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) designó al abogado Daniel Triveño Daza como Árbitro Único encargado de resolver las controversias del presente arbitraje. El 25 de agosto de 2017, en la sede institucional del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE, ubicado en Edificio el Regidor N° 108, Residencial San Felipe, distrito de Jesús María, el Árbitro Único, Daniel Triveño Daza, participó en la Audiencia de Instalación de Árbitro Único Ad Hoc, declarando que ha sido debidamente designado de acuerdo a ley y al convenio arbitral celebrado entre las partes, ratificando el árbitro la aceptación del

Sede Arbitral

Av. del Ejército N° 250, Oficina 506 – Miraflores
Página 3 de 31

encargo y, señalando que no existe circunstancia alguna que pueda afectar su independencia y que no tiene ninguna incompatibilidad o compromiso alguno con las partes; asimismo, se obligó a desempeñar con imparcialidad, probidad e independencia la labor encomendada; ante ello, las partes asistentes expresaron su conformidad con las designaciones realizadas.

- 1.4. En esta Audiencia, a la que en lo sucesivo nos referiremos como el "Acta de Instalación", el Árbitro Único fijó las reglas de este arbitraje estableciendo que es uno nacional, ad hoc y de derecho.
- 1.5. Así también, en esta Audiencia, el Árbitro Único encargó la secretaría del proceso a Arbitre Soluciones Arbitrales SRL, quien a su vez, designó como abogada a cargo a Antonella Quispe Valenzuela, estableciendo como sede del arbitraje la oficina ubicada en la Calle Río de la Plata N° 167, Oficina 102, distrito de San Isidro, provincia y departamento de Lima.

II. LO ACTUADO EN EL PROCESO ARBITRAL

- 2.1. El 18 de setiembre de 2017, el Contratista presentó su demanda, solicitando el siguiente petitorio:

A. PRETENSION PRINCIPAL:

Solicitamos al Centro Nacional de Abastecimiento de Recursos Estratégicos en Salud – CENARES, ampliar el plazo de entrega de la orden de compra N° 00016, para la atención del producto "Etinilestradiol + Levonorgestrel 30ug + 150ug"

A.1 PRIMERA PRETENSION ACCESORIA A LA PRETENSION PRINCIPAL:

Nuestra empresa solicita la devolución del monto indebidamente aplicado como penalidad, que asciende a la cantidad de S/ 119,039.59 (Ciento diecinueve mil treinta y nueve con 59/100 Soles), por tratarse de un retraso no imputable al contratista.

A.2. SEGUNDA PRETENSION ACCESORIA A LA PRETENSION PRINCIPAL:

Solicitamos que se ordene el pago de los intereses que correspondan por la demora en el pago del monto retenido indebidamente por una supuesta penalidad, cuyo monto se ha calculado en S/ 10,000.00 (Diez mil con 00/100 Soles)

A3. TERCERA PRETENSION ACCESORIA A LA PRETENSION PRINCIPAL:

Solicitamos que se ordene al Centro Nacional de Abastecimiento de Recursos Estratégicos en Salud – CENARES,

cumplir con el pago íntegro de los costos y costas del presente arbitraje.

- 2.2. Mediante Resolución N° 1, entre otros, se admitió a trámite la demanda presentada por el Contratista, teniendo por ofrecidos los medios probatorios que señaló y adjuntó, corriéndose traslado de ésta a la Entidad para que en el plazo de quince (15) días hábiles, cumpla con contestarla y, de considerarlo pertinente, formule en ese mismo acto reconvenición, debiendo ofrecer los medios probatorios que sustenten su posición.
- 2.3. Ante ello, mediante escrito del 3 de noviembre de 2017, la Entidad contestó la demanda arbitral, solicitando que se declare infundada en todos sus extremos, por lo que, mediante la Resolución N° 2, se tuvo por contestada la demanda y por ofrecidos los medios probatorios, con conocimiento de su contraparte.
- 2.4. Asimismo, en la mencionada resolución se citó a las partes a la Audiencia de Ilustración de Posiciones y Audiencia de Conciliación, Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios y, mediante Resolución N° 3, se corrigió la fecha de la audiencia indicada en la Resolución N° 2 programándola para el día 27 de diciembre de 2017 a las 2:00 p.m.
- 2.5. A las 14:00 horas del día 27 de diciembre de 2017, se llevó a cabo la Audiencia de Conciliación, Determinación de Puntos Controvertidos, Admisión de Medios Probatorios e Ilustración de posiciones. En dicho acto el Árbitro Único invitó a las partes a llegar a un acuerdo conciliatorio, sin embargo, las partes manifestaron que en ese momento no era posible llegar a una conciliación; sin perjuicio de ello se dejó abierta la posibilidad de que pueda darse una conciliación. Acto seguido se fijaron los puntos controvertidos, y se emitió la Resolución N° 4 mediante la cual se dejó sin efecto la Resolución N° 2 la cual disponía tener por no ofrecidos unos medios probatorios, los cuales al advertirse que se encontraban en el expediente se tuvieron por ofrecidos. En acto posterior se admitieron los medios probatorios, dejándose constancia de la inconformidad de la Entidad con la Resolución N° 4. Finalmente se llevó a cabo la Audiencia de Ilustración de Posiciones otorgándose el uso de la palabra al Contratista y luego al representante de la Entidad, además de la dúplica y réplica, luego de lo cual el Árbitro Único formuló las preguntas que consideró pertinentes las cuales fueron absueltas por las partes.

Igualmente, el Árbitro Único se reservó el derecho de analizar los puntos controvertidos fijados precedentemente, no necesariamente en el orden en que fueron planteados y que, si al momento de referirse a alguno de los puntos controvertidos llega a determinarse que carece de objeto pronunciarse sobre los otros con los que guarde vinculación, podrá omitir referirse a estos otros expresando

las razones de dicha omisión. Del mismo modo, se dejó constancia que las premisas previas que sirven de base a cada una de las establecidas como puntos controvertidos son meramente referenciales y que están dirigidas a una lectura más simple de los puntos controvertidos y que, por ello, el Árbitro Único está facultado a omitir, ajustar o interpretar dichas premisas a la luz de las respuestas dadas a otros puntos, sin que el orden empleado o el ajuste efectuado, genere nulidad alguna. En adición a ello, el Árbitro Único se reservó el derecho de modificar, con conocimiento de las partes, los puntos controvertidos como consecuencia de hechos nuevos. De presentarse tal situación, se concederá a las partes un plazo razonable para adecuar sus posiciones con el objeto de salvaguardar su derecho de defensa.

Las partes asistentes expresaron su conformidad con los puntos controvertidos determinados en este acto y, con las reglas establecidas por el Árbitro Único al respecto.

- 2.6. Asimismo, en la referida audiencia se admitieron los siguientes medios probatorios ofrecidos por el demandante:

De la parte demandante:

Se admiten todos los medios probatorios documentales anexados por Laboratorios AC Farma descritos en el acápite "D. MEDIOS PROBATORIOS" de su escrito de demanda de fecha 18 de setiembre de 2017.

De la parte demandada:

Se admiten como medio probatorios documentales ofrecidos y anexados por el Centro Nacional de Abastecimiento de Recursos Estratégicos en Salud descritos en el acápite "IV. MEDIOS PROBATORIOS" de su escrito de contestación de demanda de fecha 3 de noviembre de 2017.

- 2.7. Mediante escrito de fecha 29 de diciembre de 2017, la Entidad interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución N° 4 en base a los fundamentos que indicó en su escrito. Por su parte el Contratista, mediante escrito de fecha 5 de enero de 2018 solicitó la programación de audiencia de informes orales. Dichos escritos fueron proveídos mediante Resolución N° 5 en la cual se corrió traslado al Contratista del escrito de reconsideración.
- 2.8. Mediante escrito de fecha 18 de enero de 2018, el contratista absolvió el traslado del recurso de reconsideración. Dicho escrito fue proveído mediante Resolución N° 6 en la cual se resolvió el recurso de reconsideración.

Arbitraje:

Laboratorios AC FARMA con el Centro Nacional de abastecimiento de Recursos Estratégicos en Salud

- 2.9. Posteriormente, mediante escrito de fecha 13 de febrero de 2018, la Entidad presentó una nulidad. Dicho escrito fue proveído con la Resolución N° 8.
- 2.10. Por otro lado, mediante Resolución N° 9 se otorgó a las partes un plazo adicional de 5 días a fin de que cumplan con acreditar el pago de los honorarios arbitrales. Con escrito de fecha 29 de abril de 2017 el Contratista remitió los comprobantes de pago. Dicho escrito fue proveído mediante Resolución N° 10 en la que además se facultó al Contratista a asumir el pago de honorarios en la parte que el corresponde a la Entidad.
- 2.11. Con la Resolución N° 11 se dispuso variar la sede del arbitraje a la Av. Del ejercito N° 250 Oficina 506, Miraflores.
- 2.12. Mediante Resolución N° 14 se prescindió de la Audiencia de Pruebas, se cerró la etapa probatoria, se concedió el plazo de 5 días para que las partes presenten sus alegatos y se las citó a la Audiencia de Informes Orales.
- 2.13. El día 13 de setiembre de 2018 se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales en la cual se otorgó el uso de la palabra al representante del Contratista y luego a la Entidad a fin de que expongan sus argumentos de defensa. Posteriormente se otorgó a ambas partes el tiempo prudencial para su réplica y dúplica. Asimismo, se emitió la Resolución N° 15 en la que se tuvo presente el escrito de alegatos presentado por el Contratista. Además, se declaró el cierre de instrucción y se fijó el plazo para laudar.
- 2.14. Con fecha 18 de setiembre la Entidad presentó un escrito señalando precisiones a tomarse en cuenta. Dicho escrito fue proveído mediante Resolución N° 16 mediante la cual se tuvo por no presentado el referido documento en atención al cierre de la instrucción.
- 2.15. El 28 de setiembre de 2018 el contratista presentó escrito realizando precisiones de información de los informes orales. Dicho escrito fue proveído mediante Resolución N° 17, en la cual se tuvo por no presentado el escrito en atención al cierre de la instrucción y se procedió a ampliar el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles adicionales.
- 2.16. El 04 de octubre la Entidad presentó escrito realizando precisiones sobre el fondo de la controversia. Dicho escrito fue proveído mediante Resolución N° 18 mediante la cual se tuvo por no

Sede Arbitral

Av. del Ejercito N° 250, Oficina 506 – Miraflores
Página 7 de 31

presentado el referido documento debido al cierre de la instrucción y el plazo para laudar.

III. COSTOS DEL PROCESO

- 3.1. En los numerales 55 y 56 del Acta de Instalación se fijaron los honorarios del Árbitro Único y la Secretaría Arbitral en S/ 5,962.00 y S/ 3,669.00, respectivamente. Siendo que cada parte debía asumir en proporciones iguales cada monto.
- 3.2. Mediante Resolución N° 1 se tuvo por acreditado por parte del Contratista el pago de los honorarios arbitrales en la parte que le corresponde. Mediante Resolución N° 2 se tuvo por acreditado el pago de los honorarios por parte de la Entidad.
- 3.3. Con Resolución N° 7 se realizó una segunda reliquidación de honorarios arbitrales y se estableció un segundo anticipo de honorarios arbitrales ascendentes a S/ 4,613.25 para el Árbitro Único y S/ 1,914.58 para la Secretaría Arbitral.
- 3.4. Con la Resolución N° 9 se otorgó a las partes el plazo de cinco días hábiles a fin de que cumplan con acreditar el pago de los honorarios arbitrales correspondientes a la segunda reliquidación. Mediante Resolución N° 10 se tuvo por acreditado por parte de Laboratorios Ac Farma el pago de honorarios del segundo anticipo en la parte que le corresponde y se le facultó a finde que acredite el pago en la parte que le corresponde a la Entidad.
- 3.5. Mediante Resolución N° 12 se otorgó al contratista el plazo de cinco (05) días hábiles a fin de que cumpla con acreditar el pago de los honorarios en la parte que le correspondía a la Entidad por escrito. Con Resolución N° 13 se tuvo por acreditado por parte del Contratista el pago en lugar de la Entidad.

IV. PRETENSIONES DEMANDADAS

- 4.1. Las pretensiones contenidas en la demanda han sido fijadas como puntos controvertidos en los siguientes términos:
 1. Determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad que amplíe el plazo de entrega de la Orden de Compra N° 00016, para la atención del producto: "Etinilestradiol + Levonorgestrel + 150ug"
 2. Determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad que devuelva el monto aplicado como penalidad que asciende a la cantidad de S/ 119,039.59.
 3. Determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad a cumplir con el pago de S/ 10,000.00 por concepto de intereses

relacionado a la aplicación de penalidad.

4. Determinar si corresponde o no se ordene a la Entidad asumir el monto de las costas y costos del presente proceso.

V. DECLARACIONES PRELIMINARES

5.1. Antes de analizar la materia controvertida, corresponde remarcar lo siguiente:

- (i) El Árbitro Único se ha instalado de conformidad con las normas que regulan la contratación estatal y con la conformidad de las partes.
- (ii) En Contratista interpuso su demanda dentro del plazo previsto, ofreciendo las pruebas correspondientes.
- (iii) La Entidad fue debidamente emplazada con la demanda, habiéndola contestado oportunamente.
- (iv) Las partes han tenido plena oportunidad para ofrecer sus pruebas, así como han contado con el derecho a informar oralmente en la Audiencia de Ilustración de Posiciones y de Informes Orales.
- (v) Se han analizado todas las afirmaciones y todas las pruebas admitidas en el proceso, otorgándoles el mérito que les corresponde aun cuando no se haga mención expresa de ellas en este Laudo.
- (vi) El presente Laudo de Derecho se emite dentro del plazo previsto en el Acta de Instalación.

VI. DE LA DEMANDA Y CONTESTACIÓN:

DEMANDA:

- 6.1. El contratista, en su demanda, manifestó que con fecha 01/02/2017, CENARES nos notificó de la Orden de Compra N° 00016 (en adelante LA ORDEN DE COMPRA). Por ello, nuestra empresa recién podría realizar la primera entrega a partir del día 02/02/2017, previa Acta de Verificación por parte de CENARES del producto adjudicado.
- 6.2. Esta ORDEN DE COMPRA ordenaba la atención de 1'506,500 (Un Millón Seis Mil Quinientos) unidades de EL PRODUCTO; sin embargo, aún cuando tomó las previsiones correspondientes, su empresa se vió impedida de cumplir con la entrega total de la cantidad programada.

- 6.3. Alega el contratista que no pudo cumplir con el 100% de la orden informando a la Entidad que esta situación se producía debido a tres factores no imputables a su empresa: (1) Dentro del proceso de producción se ha ocasionado una merma del 7% de la cantidad total programada: (2) El principio activo (insumo) del producto había sido solicitado a nuestros proveedores los cuales no cuentan con stock para nuestra atención: y, (3) Debido a los feriados por el año nuevo chino (entre el 27 de enero y el 2 de febrero) fue imposible realizar la atención del principio activo solicitado. Lamentablemente, estos factores han hecho que no sea posible producir, en fecha, la cantidad requerida para la primera entrega, tanto por la merma producida por un problema de producción, como por la imprevisible falta de stock y la imposibilidad de despacho oportuno.
- 6.4. Agregó el contratista que: (1) A pesar de todo el sistema de mantenimientos preventivos que su empresa cumple escrupulosamente, nuestro Equipo de Recubrimiento de Productos Sólidos Hormonales sufrió un desperfecto técnico que originó pérdidas y mermas en la fabricación del producto y una parada de la producción del producto, todo debidamente acreditado según INFORME N° 003-2017-MANTENIMIENTO, de fecha 09/01/2017, emitido por nuestra Área Técnica; (2) Si bien el problema técnico se superó, esto produjo una pérdida de los insumos (principio activo) que impidió poder cumplir con la fabricación del producto faltante (7% de la Orden de Compra); (3) Nuestra empresa tomó inmediatamente acción, coordinando con nuestro proveedor BOYUEP FARMACEUTICAL CO., LIMITED el envío de los insumos (principio activo) necesarios para culminar la fabricación del 7% de la Orden de Compra, quien nos comunicó que la atención de nuestra orden de compra está programada para la 7ma semana del año (13/02/2016 -17/02/2016), además que las festividades por el año nuevo chino paralizan todas las actividades comerciales y logísticas en dicho país; sin embargo, como una situación excepcional, podrán adelantarnos nuestro pedido recién el 06/02/2016; (4) Tomando en cuenta los tiempos de envío, nacionalización, control de calidad de los insumos, almacenamiento, fabricación y control de calidad, nuestra empresa estará en posibilidades de hacer entrega del 7% que resta con fecha 22/02/2016: y, (5) Los problemas ocurridos en nuestra planta de producción corresponden a circunstancias no imputables a nuestra empresa, ante las cuales tomamos inmediata acción para solucionarlo, sin embargo, debido a las paralizaciones comerciales y logísticas de China, se produjo una demora que escapa totalmente a nuestro control y responsabilidad, siendo NO IMPUTABLES A SU EMPRESA.
- 6.5. Agrega el Contratista que la Entidad señaló lo siguiente: (1) Considerando sólo su demora en la emisión de la Orden de Compra, amplían el plazo para la atención de la misma hasta el

02/02/2017; y, (2) El hecho generador de atraso "HABRÍA" culminado el 23/01/2017, por lo que la solicitud de ampliación de plazo presentada el 02/02/2017 se presentó "fuera de plazo", ya que éste venció el 31/01/2017.

- 6.6. Sobre el desperfecto de la maquinaria el Contratista alega que la solución de dicho desperfecto técnico, alcanzado tras 14 días laborales (27/02/2017), no implica que el hecho generador del retraso haya concluido; (2) CENARES incurre en un error al considerar que el hecho generador de atraso por falta de principio activo del producto HABRÍA CULMINADO el 22/01/2017 (fecha en la que nuestro proveedor nos envía un correo electrónico EXTRAOFICIAL señalando que no puede atender nuestro pedido urgente del insumo), ni tampoco con el envío del Statement - Declaración (por el cual nos comunica OFICIALMENTE que harían lo posible para despachar el envío con anticipación; (3) Para estos efectos, debe considerarse como culminación del hecho generador del retraso la llegada efectiva del principio activo a los almacenes de su empresa, lo cual ocurrió con fecha 08/02/2017, según se demuestra en el sello de recepción de dichos insumos en nuestros Almacén de Entrada; (4) Por tanto, siendo que el hecho generador del retraso en la entrega del 7% de la Orden de Compra culminó con fecha 08/02/2017, el plazo para presentar la solicitud de ampliación de plazo vence el día 17/02/2017.
- 6.7. Considerando ello, y dentro del plazo legal para hacerlo, con fecha 17/02/2017, su empresa presentó la solicitud de ampliación de plazo de la primera entrega a través de la Carta N° CA. 380-17/GVSI.
- 6.8. Posteriormente, con fecha 14/03/2017, CENARES nos aplicó una penalidad por el monto de S/ 119,039.59 (CIENTO DIECINUEVE MIL TREINTA Y NUEVE CON 59/100 SOLES) por quince (15) días de atraso, los cuales corresponderían al plazo entre la fecha en que ellos consideraban que debíamos entregar (02/02/2017) y la fecha real de entrega (17/02/2017).
- 6.9. Finalmente, el Contratista menciona que respecto del monto del producto sobre cuya entrega se aplicó la penalidad, tan sólo se incurrió en el retraso del 7% respecto de toda la entrega programada. Es decir, el 93% de los medicamentos se entregaron de manera conforme dentro del plazo y con absoluta satisfacción de CENARES. Sin embargo, en este punto quería resaltar que, si bien se produjo el retraso del 7%, este retraso no es atribuible a su empresa.
- 6.10. Alega también el Contratista que el descuento aplicado por CENARES a la Factura de nuestra empresa son absolutamente desproporcionadas e injustas con respecto al nivel de retrasos producidos. cenares ha realizado descuentos equivalentes al 17.05% del monto total facturado, el cual corresponde S/ 119,039.59.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA:

- 6.11. La Entidad demanda por su parte al contestar la demanda alegó lo siguiente respecto a la diferencia de la primera entrega, por la cantidad de 106,500 unidades del mencionado producto, refiere que por motivos de la falta del principio activo, podía realizar la entrega del producto el 03 de marzo de 2017, al haber recibido la comunicación electrónica de su proveedor internacional el 22 de enero de 2017, sin señalar la fecha de llegada del principio activo. Sin embargo, se advierte que para el segundo hecho generador del atraso, el plazo de siete (7) días hábiles finalizó el 31 de enero de 2017, por lo que se desprende que el Contratista presentó su solicitud de ampliación de plazo de manera extemporánea. Independientemente que el plazo haya finalizado, procedimos a desvirtuar lo argumentado por el contratista, al no adjuntar medio probatorio que acredite documentalmente la carencia de stock del principio activo y paralización en el flujo de comercialización por las fiestas del año nuevo chino.
- 6.12. Manifiesta la Entidad que el contratista manifestó que debido a problemas en el Equipo de Recubrimiento de Productos Sólidos Hormonales, originó que se retrase el proceso productivo, imposibilitando completar el 7% de la cantidad programada para atender la primera entrega, adjuntando como medio probatorio el Informe Técnico N° 003-2017-MANTENIMIENTO de fecha 09 de enero de 2017; mediante la cual concluye que la causa principal fue que la resistencia eléctrica desprendió partículas, porque no soportó la temperatura de trabajo, señalando que la inoperatividad del equipo generará un retraso en la producción de aproximadamente catorce (14) días, el mismo que culminará el 13 de enero de 2017, situación que demuestra que el hecho generador del atraso culminó el 01 de febrero de 2017, presentando su solicitud mediante Carta N° CA. 177- 17/GVSI el 02 de febrero de 2017, esto es, de manera extemporánea.
- 6.13. Respecto al mantenimiento del equipo del Contratista, la Entidad indicó que el mantenimiento se realizó el 10 de octubre de 2016, sin embargo, el mencionado equipo fue puesto en marcha en enero de 1999, es decir, ameritaba no solo un mantenimiento preventivo, si no también correctivo, al ser una de las causas del problema los filtros y el sistema de calentamiento de aire, para lo cual no adjuntó medio probatorio que acredite haber realizado un mantenimiento correctivo de dicho filtro.
- 6.14. Asimismo, la Entidad manifiesta que Por otro lado, indicó que su proveedor Boyuep Farmaceutical CO. Limited, le comunicó que la atención de su Orden de Compra, estaba programada para la 7 semana del año, es decir entre el 13/02/2017 y el 17/02/2017. Al respecto, adjuntó la carta traducida en idioma español de su proveedor, mediante la cual podemos advertir que la orden de

compra N°739MP/AC-16 de Levonorgestrel 7kg y Ethinilestradiol 1kg, estableció desde un principio que el plazo de entrega sería entre el 13/02/2017 y el 17/02/2017, es decir, que desde el día en que realizó su pedido de compra del insumo, el contratista ya tenía conocimiento la fecha en que llegaría el mencionado insumo, es decir, en el mes de febrero, cuando el plazo de la primera entrega vencía el 31 de enero de 2017, en ese sentido, debemos indicar que el contratista debió prever dicha situación y actuar diligentemente.

- 6.15. Además la Entidad indicó que De acuerdo a lo señalado, debemos indicar que si bien se trata de 14 días laborales, contados a partir del día 09 de enero de 2017, la referida inoperatividad concluyó el 27 de enero de 2017, situación que demuestra que el primer hecho generador del atraso culminó en dicha fecha (27 de enero de 2017) presentando su solicitud mediante Carta N° CA.380- 17/GVSI el 17 de febrero de 2017, esto es de manera extemporánea.
- 6.16. La Entidad manifiesta que desde un principio el contratista sabía que su orden de compra N° 739MP/AC-16 sería atendida entre el 13/02/2017 y el 17/02/2017, y que si bien su proveedor le comunicó el 11 de enero de 2017, la posibilidad de adelantar el principio activo para el 06/02/2017; quiere decir que desde el día que suscribió el contrato (11 de enero de 2017) tenía conocimiento que no cumpliría con realizar la primera entrega en su totalidad dentro del plazo establecido, esto es el 31 de enero de 2017, situación que debió prever y actuar diligentemente, solicitando a otro proveedor la adquisición del principio activo.
- 6.17. Finalmente, la Entidad indicó que la penalidad aplicada corresponde al retraso injustificado en el plazo de ejecución para la primera entrega, al no haber sustentado su solicitud de ampliación de plazo, motivo por el cual, se notificó el 15 de marzo de 2017 el Oficio N° 278-201 /CENARES/MINSA, mediante el cual se comunicó la aplicación de penalidad por el monto de S/.119,039.59 soles al haberse retrasado quince (15) días en realizar la entrega total del producto Etinilestradiol + Levonorgestrel 30ug + 150ug.

VII. ANÁLISIS DE LA MATERIA CONTROVERTIDA:

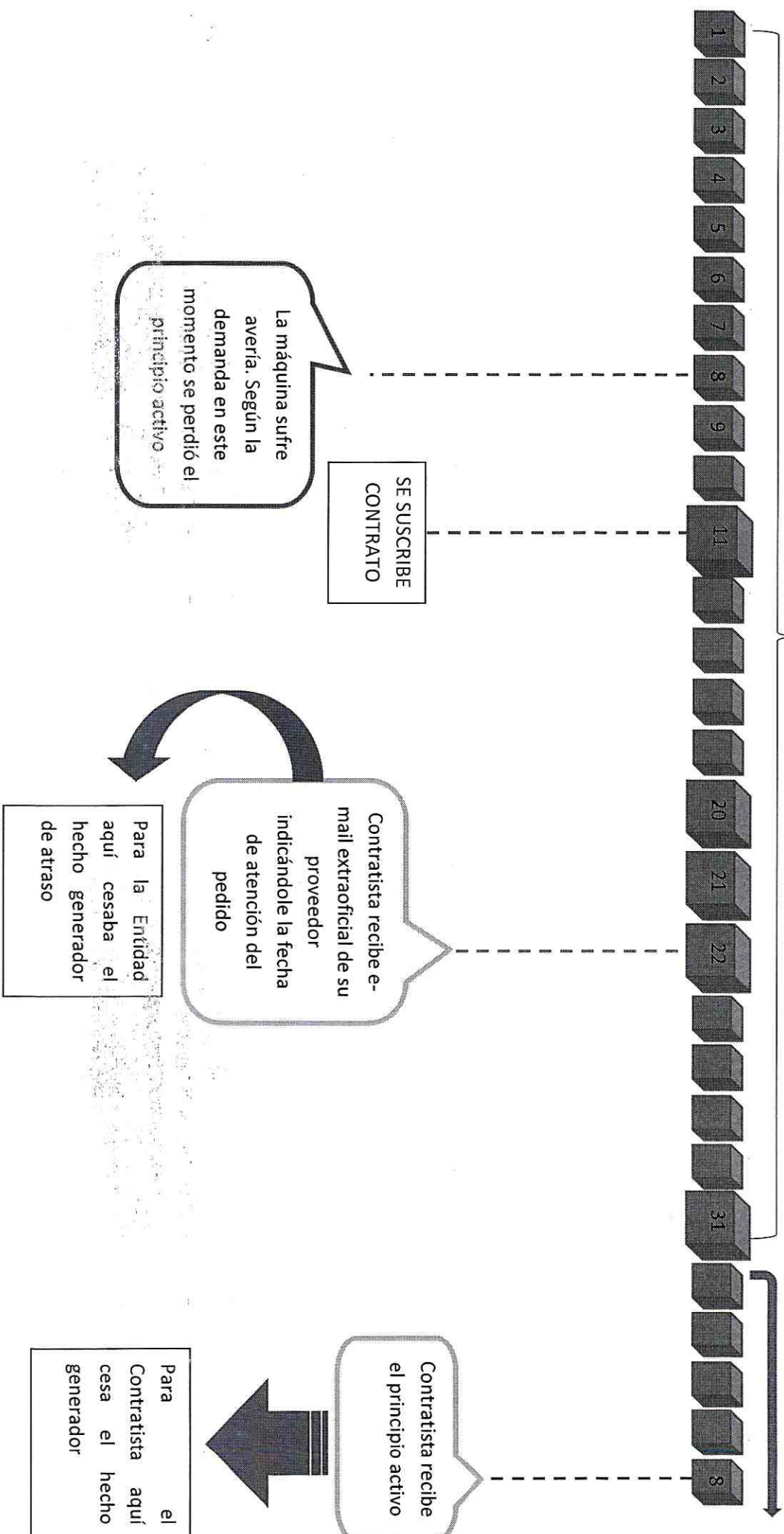
RESPECTO A LA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA:

- 7.1. A fin de analizar el primer, segundo y tercer punto controvertido, esto es, si corresponde ordenar a la Entidad ampliar el plazo de entrega de la Orden de Compra N° 00016, para la atención del producto: "Ethinilestradiol + Levonorgestrel + 150ug", si corresponde o no ordenar a la Entidad devolver el monto aplicado como penalidad, y el respectivo pago por los intereses del monto aplicado como penalidad, se debe analizar en primer término la procedencia o no de la ampliación de plazo solicitada por el Contratista.

- 7.2. En el presente caso, se tiene que la solicitud de ampliación de plazo materia del presente tiene tanto cuestionamientos de procedencia como de fundabilidad por parte de la Entidad.
- 7.3. La Entidad cuestiona la fecha del cese del hecho generador del atraso para declarar IMPROCEDENTE el pedido de ampliación de plazo. La Entidad considera que el cese del hecho generador del atraso culminó el día que el Contratista recibió el correo electrónico de su proveedor de china indicándole que no podría atender el pedido del principio activo sino hasta la 7 semana del año (mediados de febrero).
- 7.4. El contratista alega que el análisis de la Entidad es incorrecto y que el hecho generador del atraso culminó el día siguiente de que recibió el principio activo en su almacén, esto es, el 8 de febrero, por lo que su solicitud de ampliación de plazo fue presentada dentro del plazo.
- 7.5. Es importante notar que, existieron dos (02) documentos a través de los cuales el Contratista informó a la Entidad sobre la demora para la entrega completa de los medicamentos. Una primera carta 177-17/GVSI de fecha 2 de febrero de 2017, que fue complementada con la carta 241-17/GVSI de fecha 7 de febrero de 2017. Ante esas comunicaciones la Entidad emitió 2 oficios, el primero, el 145-2017-CENARES/MINSA de fecha 10 de febrero de 2017, aceptando la entrega parcial y dejando constancia que ello no implica pronunciamiento sobre la ampliación de plazo (es decir que la Entidad entendió que las cartas precedentes constituían una ampliación de plazo) y uno posterior, el 170-2017-CENARES-MINSA de fecha 16 de febrero de 2017 en el cual declaró IMPROCEDENTE la ampliación de plazo.
- 7.6. Ninguna de las partes discute el hecho que el inicio del retraso fue cuando se dañó la maquinaria del Contratista, sin embargo, existe discrepancia desde cuándo se debe considerar la culminación del hecho generador del atraso y, asimismo, existe más de un hecho que transcurrido en el tiempo puede superponerse al plazo de atraso.
- 7.7. Por ello es preciso, a fin de tener un mejor panorama de los hechos desglosarlos de manera independiente a partir de lo cual se podrá determinar desde cuándo se debe tomar el "cese del hecho generador de atraso".
- 7.8. A fin de clarificar el panorama, se debe tener en cuenta la línea de ocurrencia de los hechos:

ENERO

FEBRERO



7.9. Respecto a las comunicaciones cursadas entre ambas partes se tiene:

FEBRERO 2017



ORDEN
DE
COMPR
A

Carta CA 241-17/GVSI al
Contratista presentó
argumentos adicionales
a su ampliación de plazo
dentro del INFORME
TECNICO N° 003-2017-
mantenimiento.

Carta CA 177-17/GVSI contratista
comunicó hechos que justifican
ampliación de plazo e informó que
podía atender el 93% de la OC

Oficio N° 145-2017-
CENARES/MINSA
La Entidad aceptó
la entrega parcial,
sin embargo,
mencionó que ello
no es
pronunciamiento
sobre la ampliación

LLEGÓ EL PRINCIPIO
ACTIVO A
LABORATORIOS
ACFARMA

Oficio N° 170-2017-
CENARES-MINSA. La
Entidad denegó la
ampliación de plazo por
la merma en la
producción, así como por
la falta del principio
activo.

- Carta CA 380-17/GVSI Solicitud de ampliación de plazo del Contratista sustentando sus argumentos.
- Carta CA 379-17/GVSI Contratista expresa posición respecto al fin de la causal.

Oficio N° 226-2017-
CENARES-MINSA La
Entidad reafirma su
posición indicando que
ya ha absuelto la
solicitud de ampliación
de plazo.

- 7.10. Un primer hecho se tiene, según lo manifestado por el Contratista, de acuerdo con el medio probatorio que presentó, el informe N° 003, en el cual su personal encargado indicó que se había producido un desperfecto en el equipo de Recubrimiento de Sólidos Hormonales el día 8 de enero de 2017, y seguidamente en su sección "conclusiones" menciona que la inoperatividad generó un retraso en la producción de aproximadamente 14 días.
- 7.11. A dicho hecho, se superpone otro hecho, que es la pérdida del principio activo, que, según lo alegado por el contratista en su demanda sucedió al momento de que la máquina sufrió el siniestro, y se prolongó en el tiempo hasta el día que recibió nuevamente el principio activo.
- 7.12. El Contratista se puso en contacto con su proveedor, quien en un correo de fecha 22 de enero de 2017, le manifestó que el principio activo no podría ser remitido sino hasta la 7^{ma} semana del año aproximadamente, esto es entre el 13 al 17 de febrero de 2017.
- 7.13. Finalmente, el Contratista recibió el principio activo el día 8 de febrero de 2017.
- 7.14. La Opinión OSCE N° 055-2011/DTN menciona que:

"[...] para que el contratista pueda solicitar la ampliación de plazo contractual, el hecho o evento generador del atraso o paralización, o del caso fortuito o fuerza mayor, deben haber cesado previamente".

Es decir, que el evento generador del atraso en el presente caso inició con el siniestro de la máquina (en el cual se perdió el principio activo) y culminó el día 8 de febrero, pues en ese momento recién el contratista pudo seguir fabricando el resto del producto que faltaba por entregar.

En ese sentido este Árbitro Único no comparte la posición de la Entidad referida a que el evento generador culminó cuando el proveedor le remitió el correo al Contratista manifestándole que no podría atender el pedido del principio activo hasta la séptima semana del año, pues en ese momento aún no se contaba con el principio activo, con lo que el Consorcio se veía imposibilitado de seguir produciendo las medicinas.

En consecuencia, la solicitud de ampliación de plazo fue presentada por el Consorcio dentro de los 7 días siguientes que hubo cesado el hecho generador del atraso, encontrándose por lo tanto dentro del plazo la solicitud de ampliación de plazo.

SOBRE EL FONDO DE LA SOLICITUD:

7.15. El Contratista solicitó como pretensión principal que se amplíe el plazo contractual de la entrega del producto de la orden de compra, ello en atención a sus argumentos de fondo sobre los incidentes que causó el atraso en la entrega de los productos de su parte.

7.16. De lo alegado por el contratista en su demanda se tiene que:

fecha 09/01/2017, emitido por nuestra Área Técnica; (2) Si bien el problema técnico se superó, esto produjo una pérdida de los insumos (principio activo) que impidió poder cumplir con la fabricación del producto faltante (7% de la Orden de Compra);

Es decir, que, como consecuencia del desperfecto en la máquina, se perdió el principio activo el cual el contratista no pudo recuperar sino hasta el día 8 de febrero. En tal sentido, corresponde a este Árbitro Único determinar si los hechos materia de la solicitud de ampliación de plazo fueron atribuibles al Contratista o no.

A fin de acreditar los mantenimientos que habría realizado a su maquinaria, el Contratista adjuntó el informe N° 003-2017-MANTENIMIENTO, en el cual su personal informó las causas del incidente de acuerdo con lo siguiente:

3. CAUSAS

El Área de Mantenimiento evaluó las posibles causas del problema:

- Revisión de los filtros del sistema de inyección de aire (prefiltro, filtro bolsa, filtro HEPA), para analizar la posibilidad que uno de ellos pudo sufrir una avería ocasionando el ingreso de partículas extrañas. Esta revisión tomará 2 (dos) días ya que es necesario realizar la prueba de integridad del filtro HEPA.
- El sistema de calentamiento de aire cuenta con resistencias eléctricas de Nicrom sujetadas en los extremos con cerámica y platina de acero inoxidable, detectándose que las cerámicas estaban desprendiendo partículas, debido a que no soportaron la temperatura del trabajo.

Asimismo, en la sección "conclusiones" del referido informe se tiene que:

5. CONCLUSIONES



- La causa principal de la inoperatividad del Equipo de Recubrimiento de Sólidos Hormonales con Código Interno RE-051 fue que la Resistencia Eléctrica desprendió partículas, porque no soportó la temperatura de trabajo.
- La referida inoperatividad generará un retraso en la producción de aproximadamente 14 (catorce) días.

- 7.17. En ambos casos, tanto en las causas como en la conclusión el propio informe del contratista establece que el problema de la maquinaria sucedió debido a un incidente con la resistencia eléctrica, la cual no soportó la temperatura de trabajo, desprendiendo partículas.
- 7.18. El Contratista alega que esos hechos fueron situaciones que escapaban a su control ya que respondería a situaciones imponderables e irresistibles¹, atribuyéndole la consecuencia de su incumplimiento a hechos fuera de su control.
- 7.19. Sin perjuicio que, para el análisis de si la solicitud de ampliación de plazo se presentó dentro del plazo establecido, se ha analizado hasta el momento que el inicio de la causal del retraso fue en el momento en que la maquinaria sufrió el desperfecto, se debe tener en cuenta que el cese de la causal terminó siendo por otro motivo; este es, la falta del principio activo que el Contratista pudo recuperar recién el 8 de febrero. De acuerdo con ello, gráficamente se puede determinar los hechos de la siguiente manera:



¹ Según lo indicó en su Carta N°241-17/GVSI de fecha 7 de febrero de 2017, la cual obra en el expediente arbitral.

De la solicitud de ampliación de plazo presentada por el Contratista², este menciona que el problema técnico de la máquina fue el hecho que inició el retraso, pero no fue la única causa que generó dicho retraso.

En atención a ello, y conforme se ha determinado anteriormente, hubo un **(i)** inicio de la causal en el que convergieron dos hechos: la falla de la máquina y la pérdida del principio activo; **(ii)** el desperfecto de la máquina se superó, sin embargo, perduró en el tiempo la falta del principio activo; **(iii)** la causal terminó en el momento en que el Contratista obtuvo nuevamente el principio activo.

En tal sentido, a fin de determinar si procede o no la ampliación de plazo deberán analizarse si, tal y como lo alega el Contratista, los hechos ocurridos escapan a su responsabilidad y no le son atribuibles.

CUESTIÓN PREVIA:

- 7.20. De conformidad con la Ley N° 30225 y su reglamento, aplicables al presente proceso, ante una necesidad de que amplíe el plazo para la ejecución de prestaciones, el Contratista tiene la posibilidad de acudir a solicitar una ampliación de plazo bajo algunos de los supuestos establecidos en la normativa. La Ley y el Reglamento regulan la ampliación de plazo de la siguiente manera.

La Ley de Contrataciones en su artículo N° 34.5 establece que:

"El contratista puede solicitar la ampliación del plazo pactado por atrasos y paralizaciones ajenas a su voluntad debidamente comprobados y que modifiquen el plazo contractual de acuerdo a lo que establezca el reglamento (...)"

El Reglamento por su parte menciona que:

"Artículo N° 140.- Procede la ampliación de plazo en los siguientes casos:

1. Cuando se aprueba el adicional, siempre y cuando afecte el plazo. En este caso, el contratista amplía el plazo de las garantías que hubiere otorgado.
2. Por atrasos y/o paralizaciones no imputables al contratista.

El Contratista debe solicitar la ampliación dentro de los siete (07) días hábiles siguientes a la notificación de la aprobación del adicional o de finalizado el hecho generador del atraso o paralización"

² Presentada mediante Carta CA. 380-17/GVSI con fecha 17 de febrero de 2017.

- 7.21. La normativa aplicable establece que la ampliación de plazo procede por atrasos que no sean imputables al contratista. En esa línea, el análisis se centra en la verificación de la imputabilidad, la cual debe ser debidamente comprobada.
- 7.22. De los documentos presentados, como la Carta CA 177-17/GVSI y la Carta CA. 241-17/GVSI se tiene que el Contratista solicitó su ampliación de plazo basándose en el artículo N° 140, así sustentó los argumentos por los cuales los hechos suscitados no serían atribuibles a su representada. Ante ello, la Entidad denegó la ampliación de plazo mediante oficio N° 170-2017-CENARES-MINSA.
- 7.23. Sin embargo, dado que la LCE ni su Reglamento establecen cuáles son los parámetros para evaluar la imputabilidad a la que hace referencia, de conformidad con lo establecido en la Primera Disposición Complementaria Final del RLCE³, es preciso remitirnos al Código Civil, a fin de determinar los alcances de dicho concepto.
- 7.24. En tal sentido, el artículo N° 1341, establece que: "Quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de una obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso".
- 7.25. Respecto a ello, la doctrina menciona que: "(...) el incumplimiento no imputable tiene lugar cuando al sujeto protagonista del accionar ilícito no se le puede atribuir responsabilidad por las consecuencias perjudiciales que se hayan producido. Esta exoneración de responsabilidad constituye el efecto típico y propio de la ausencia de imputabilidad, y algunas veces lleva consigo la extinción del vínculo y la liberación del deudor; otras hipótesis no alcanzan ese extremo, pues el vínculo subsiste entre las partes, aunque la prestación se cumplirá profundamente modificada".⁴
- 7.26. El Dr. Osterling, al comentar el artículo 1314 del Código Civil, menciona que: "Si una persona emplea la 'diligencia ordinaria requerida por las circunstancias' y pese a ello deja de cumplir con la obligación asumida, resulta razonable que tal particularidad u ocurrencia sea considerada como una determinante de la ruptura de la relación causal"⁵
- 7.27. Aunado a lo anterior, la Opinión OSCE N° 014-2014/DTN menciona al analizar el "deber de diligencia contractual" que:

³ Primera Disposición Complementaria Final del Decreto Supremo N° 350-2015-EF: "En lo no previsto en la Ley y el Reglamento, son de aplicación supletoria las normas de derecho público, y solo en ausencia de estas, las de derecho privado".

⁴ Wayar, E. (1990). *Derecho Civil Obligaciones*. Buenos Aires : Depalma. Pág 510.

⁵ Osterling, F. Artículo tomado de: <http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/Art%C3%ADculo%201314.pdf>

"Debe notarse que estas causales [al referirse a las causales de ampliación de plazo del artículo 200 del anterior Reglamento] recogen supuestos de atrasos y/o paralizaciones que determinan el incumplimiento del plazo o plazos pactados por el contratista debido a hechos o situaciones ajenos a su voluntad; es decir, que presuponen que el contratista observó el "deber de diligencia contractual"⁶

- 7.28. Es decir que, para cada caso en particular, se debe observar un comportamiento que consista en haber tomado las cautelas que le permitan cumplir con las prestaciones, siendo dicho obrar acorde con la diligencia ordinaria debidamente comprobado.
- 7.29. Para el presente caso, corresponderá analizar si, se ha cumplido dicho deber de diligencia tanto (i) para el desperfecto de la máquina, así como (ii) para la pérdida del principio activo.

ANÁLISIS SOBRE LA MAQUINARIA

- 7.30. De conformidad con el artículo N° 140 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado aprobado por Decreto Supremo N° 350-2015-EF, se establece que es procedente la ampliación de plazo por atrasos y/o paralizaciones no imputables al contratista. Al tratar de conceptualizar los "atrasos no imputables al contratista", la OPINION N° 053-2018/DTN menciona que:

*"2.3 Sobre este punto, es importante señalar que -por regla general- los eventos no atribuibles a las partes son hechos ajenos a su voluntad; en ese contexto, tal como lo describe la doctrina, el hecho ajeno es "el acontecimiento ajeno a la voluntad del deudor, que debe originarse en una causa extraña a su libre voluntad. Se trata pues de un hecho que no proviene directamente de su persona, ni tampoco de un acto que él no realice en uso de su libertad, discernimiento, conciencia, voluntad, intención"*⁷. (El subrayado es agregado)

⁶ [REFERENCIA REALIZADA DENTRO DE LA MISMA OPINION N° 014-2014/DTN] El "deber de diligencia contractual" no es otro que el de la "diligencia ordinaria" recogido en el artículo 1314 del Código Civil. Al respecto, Ferrero Costa se pregunta: "¿qué se entiende por diligencia ordinaria?" y, citando a Messineo, se responde que es "aquel comportamiento del deudor que consiste en usar "todos los cuidados y las cautelas que - habida consideración a la naturaleza de determinada relación obligatoria y a cada circunstancia- lo pongan en condiciones de poder cumplir". Así, este autor es de la opinión que el "deber de diligencia contractual" o "diligencia ordinaria" del deudor no implicaría otra cosa que "lo que normalmente se puede pretender que éste haga para lograr la satisfacción del acreedor." FERRERO COSTA, Raúl. Curso de Derecho de las Obligaciones, Lima: Editora Jurídica Grijley E.I.R.L., 2004, 3ª edición actualizada, Pág. 325.

⁷ OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario "Algunas consideraciones sobre la inejecución de las obligaciones". En: Athina N° 06, 2009, pág. 353.

- 7.31. En el presente caso, es preciso tener en cuenta que el Informe N° 007-GEOPERACIONES-2017 presentado por el Contratista en su escrito de demanda, menciona lo siguiente sobre el problema:

De mi mayor consideración.

Mediante la presente es grato dirigirme a usted para remitirle el Informe de la referencia elaborado por el Área de Mantenimiento que forma parte de esta Gerencia, donde se comunica la causa principal de la inoperatividad del Equipo de Recubrimiento de Sólidos Hormonales.

Al respecto, a fin de asegurar nuevamente la operatividad de la referida maquina se efectuará el cambio de las Resistencias Eléctricas, siendo que de esta forma se asegurará su funcionamiento.

Situación que pongo en su conocimiento para los fines correspondientes.

Sin otro particular,

- 7.32. Es decir, que según el referido informe la solución al problema vino por el cambio de resistencias.
- 7.33. A fin de analizar este caso en particular, debe tenerse en cuenta la diligencia con la que actúa en deudor de la prestación. En tal sentido, sólo para los hechos relacionados con el siniestro de la maquinaria, se tiene que el Contratista presentó el Informe Técnico N° 003-2017-MANTENIMIENTO⁸ en el cual se adjuntaron los documentos sustentatorios de los mantenimientos que habría realizado el personal del Contratista, documentos que no fueron cuestionados por la Entidad los cuales mencionan, entre otros elementos que:

Mantenimiento del 28/10/2015

(...) Revisar cada una de las resistencias eléctricas y realizar la limpieza interna del banco de resistencias.

Realizar el ajuste de pernos y terminales de las resistencias eléctricas (...)

Mantenimiento del 7/4/2016

(...) Revisar cada una de las resistencias eléctricas y realizar la limpieza interna del banco de resistencias.

Realizar el ajuste de pernos y terminales de las resistencias eléctricas (...)

Mantenimiento del 10/10/2016

⁸ Presentado en el anexo N° 04 del escrito de demanda.

(...) Revisar cada una de las resistencias eléctricas y realizar la limpieza interna del banco de resistencias.

Realizar el ajuste de pernos y terminales de las resistencias eléctricas (...)

- 7.34. De acuerdo con dichos mantenimientos, el Contratista realizó mantenimientos periódicos respecto de las resistencias eléctricas, las cuales fueron la causa del desperfecto de la maquinaria, siendo ello así este Árbitro Único advierte que el contratista ha actuado diligentemente y ha tomado las previsiones correspondientes a través de los mantenimientos preventivos realizados y acreditados a través de dichos informes, por lo que la falla de dicha maquinaria y el retraso en la producción generado por la paralización e inoperatividad de la misma, no puede ser imputado al contratista, quien, ha actuado con el nivel de diligencia requerido al realizar los mantenimientos preventivos tal como han sido acreditados.
- 7.35. Respecto a este punto en particular la Entidad alega⁹ que el ultimo mantenimiento efectuado por el Contratista habría sido el 10 de octubre de 2016, y que el equipo habría sido puesto en marcha en enero de 1999, es decir que ameritaba no solo un mantenimiento preventivo si no también correctivo.
- 7.36. Sobre ello, es necesario precisar que entre los tipos de mantenimiento que existen se destacan tanto el preventivo¹⁰ como el correctivo¹¹. El primero se caracteriza básicamente porque busca evitar daños o se adelanta a una situación de avería. El segundo, es un tipo de mantenimiento que se realiza luego de que ocurra un desperfecto, es decir la corrección de averías cuando estas se presentan y es habitual realizarla luego de que alguna maquina es afectada por un fallo. En síntesis, ambos tipos de mantenimiento se diferencian en relación con el tiempo, uno (el preventivo) se realiza para evitar y antes de que ocurra una avería y el segundo (correctivo) cuando ésta sucede.
- 7.37. Teniendo en cuenta lo anterior, este Árbitro Único no comparte la posición de la Entidad puesto que, en este caso, el Contratista ha acreditado haber realizado un mantenimiento preventivo de su maquinaria, y, luego realizó el mantenimiento correctivo a fin de poner nuevamente en marcha la maquinaria.

⁹ En su escrito de contestación de demanda del 3 de noviembre de 2017.

¹⁰ Según el diccionario de la Real Academia de la Lengua, la palabra "preventivo" es un adjetivo que significa: Que previene. Prevenir, por su parte significa: Prever, ver, conocer de antemano o con anticipación un daño o perjuicio.

¹¹ De la misma manera según la RAE la palabra "correctivo" significa: Que atenúa o subsana.

- 7.38. En tal sentido, este Árbitro Único considera que el desperfecto de la maquinaria se debió a un desperfecto técnico que escapó a la responsabilidad del Contratista convirtiéndose así en un hecho que no es atribuible al Contratista, con los efectos que ello implica, es decir la procedencia de la ampliación de plazo por el periodo en que estuvo sin funcionar la maquinaria, dentro del lapso en que se encontraba vigente la ejecución de las prestaciones, esto es, desde el día 11 de enero de 2017 hasta el 27 de enero de 2017, teniendo en cuenta que el plazo de ejecución de la prestación se computa en días calendario.

ANÁLISIS SOBRE EL PRINCIPIO ACTIVO:

- 7.39. Otro de los hechos que tuvo ocurrencia conjunta con el siniestro de la maquinaria del Contratista fue que se perdiera el principio activo necesario para la elaboración del producto restante, el cual, conforme se desprende de lo alegado en el proceso, pudo ser obtenido nuevamente el 8 de febrero de 2017.
- 7.40. De los medios probatorios presentados por el Contratista se tiene que el documento titulado "Statement", en el cual el proveedor Boyue Pharmaceutical Co., Limited informa que la fecha de entrega es la séptima semana del año, tiene fecha de emisión del 11 de enero de 2017. Esto es, 3 días después del incidente de la maquinaria y en la fecha de suscripción del contrato. En su carta N° 177-17/GVSI el Contratista mencionó a la Entidad que ha realizado las solicitudes correspondientes a sus proveedores vía correo electrónico y llamadas telefónicas siendo que la respuesta fue siempre la misma: carencia de stock y paralización en el flujo de la comercialización por fiestas del año nuevo chino.
- 7.41. Al respecto, este Árbitro Único considera que si bien el Contratista solicitó información al proveedor Boyue Pharmaceutical Co., Limited, y ha manifestado haber realizado solicitudes a otros proveedores, solo se advierte documentalmente la coordinación realizada con uno de ellos. Por lo que las coordinaciones con los demás proveedores no han sido acreditadas, no pudiendo de esta manera determinar si el Contratista realizó mayores intentos de poder obtener en menos tiempo el principio activo.
- 7.42. Aunado a lo anterior, de los medios probatorios presentados se tiene que el documento titulado "Statement", en el cual el proveedor Boyue Pharmaceutical Co. Le informó al Contratista que la fecha de atención de su pedido sería en la séptima semana del año, tiene fecha 11 de enero de 2017, es decir del mismo día de la suscripción del contrato, por lo que, a esa fecha, el Contratista ya tenía conocimiento que no podría cumplir con entregar el producto en la fecha estipulada en el contrato.

Respecto ello la doctrina, al desarrollar las formas de incumplimiento relativo no imputable menciona que: *"Habrá que tener especialmente en cuenta que las dificultades que entorpezcan la ejecución tendrán que ser tales al tiempo del cumplimiento, ya que si hubiesen sido conocidas al momento de nacer la obligación el infractor no podría pretender eximirse de responsabilidad. Si tomamos el contrato de compraventa, por ejemplo, el vendedor que promete entregar una cosa para ese entonces ya deteriorada (conozca o no esta circunstancia) es responsable, por cuanto al cerrar la convención no se ha cerciorado de la idoneidad del objeto a cuya entrega se está comprometiendo, incurriendo de ese modo en culpa lato sensu"*¹².

En el presente caso, al momento de suscribir el contrato el Contratista ya tenía conocimiento de que no iba a poder cumplir con entregar el producto en las condiciones pactadas en el contrato, por lo que se convierte en responsable de no contar con la idoneidad del producto que iba a entregar, no pudiendo a juicio de este Árbitro eximirse de dicha responsabilidad.

- 7.43. Además, el Contratista tampoco ha demostrado que Boyue Pharmaceutical Co., Limited sea la única empresa que proveyera este principio activo, más aún, tampoco ha acreditado razones por las cuales no tendría una mayor cantidad del principio activo, teniendo en cuenta que es una empresa, que de acuerdo a lo manifestado a lo largo del proceso, tenía los equipos y elaboraba las medicinas que eran entregados a la Entidad en el marco del contrato. Por lo que, al ser una empresa que se dedica a la elaboración de este tipo de productos, este Árbitro Único considera que el tener suficiente cantidad de materias primas así como tener los mecanismos para obtener las mismas, corresponde al deber de diligencia propio de un laboratorio.
- 7.44. Asimismo, debe tenerse en cuenta que la festividad del año nuevo chino es de conocimiento público, y es razonable y probable que ante esas festividades se declaren días no laborables.
- 7.45. En atención a lo anterior, este Árbitro Único considera que no procede la ampliación de plazo hasta la fecha en que el Contratista recibió el principio activo.

CÁLCULO DE PLAZOS:

- 7.46. Teniendo en cuenta que, se ha determinado que el desperfecto de la maquinaria no puede ser atribuido al Contratista, al haberse determinado que ha actuado con la diligencia debida, es

¹² Wayar, E. (1990). *Derecho Civil Obligaciones*. Buenos Aires : Depalma. Pág. 512.

Arbitraje:

Laboratorios AC FARMA con el Centro Nacional de abastecimiento de Recursos Estratégicos en Salud

necesario precisar que dicho desperfecto, tal como lo menciona el propio contratista en su demanda, así como lo establecido en el Informe Técnico N° 003-2017-MANTENIMIENTO, pudo ser superado luego de 14 días, esto es hasta el 27 de enero de 2017.

- 7.47. Asimismo, se advierte que el contrato fue suscrito el 11 de enero de 2017, contando con un plazo inicial de veinte (20) días calendario para entregar los productos, el cual vencía el 31 de enero de 2017, sin embargo, a través del Oficio N° 170-2017-CENARES-MINSA, la Entidad otorgó un plazo adicional hasta el 2 de febrero de 2017 debido a la demora en la emisión de la orden de compra respectiva. Siendo que el lapso en que estuvo paralizada la maquinaria se encuentra comprendido dentro del plazo con el que contaba el Contratista para atender la orden del producto, por lo que, al encontrarse dentro del plazo, no es necesario otorgar un plazo adicional por dicho concepto.
- 7.48. Por otro lado, al haberse determinado que, no procede la ampliación por la causal de la falta del principio activo, no se han modificado los plazos de entrega, quedando vigente únicamente la ampliación de plazo otorgada por la Entidad hasta el 02 de febrero de 2017.
- 7.49. Si bien el contratista no cuestiona la cantidad de días ni la forma del cálculo de la penalidad, ha cuestionado la desproporción de esta alegando que es injusta al haber realizado un descuento no acorde con el porcentaje (7%) del producto que se entregó con retraso.
- 7.50. Sin embargo, es necesario precisar que el Contrato N° 003-2017-CENARES/MINSA, materia del presente proceso, establece la forma de la entrega de los productos las cuales son:

CLÁUSULA DÉCIMA: CRONOGRAMA, PLAZO, LUGAR Y CONDICIONES DE ENTREGA
Las entregas se realizarán de acuerdo al cronograma establecido en el siguiente cuadro

CRONOGRAMA DE ENTREGA

Producto	Plazo	Lugar	Condiciones	Entrega
ETINILESTRADIOL - LEVONORGESTREL	30ug + 150ug	TABLETAS	BLISTER 21 tabletas con ingrediente activo + 7 tabletas con sustancia inerte (placebo)	1.500.000
				1.700.000
				1.800.000

- La primera entrega, será realizada a los 20 días calendario contados a partir del día siguiente de firmado el contrato.
- La segunda entrega, será realizada entre (90-100 días) calendario contados a partir del día siguiente de firmado el contrato.
- La tercera entrega será realizada entre (130-140 días) calendario contados a partir del día siguiente de firmado el contrato.

Sede Arbitral

Av. del Ejército N° 250, Oficina 506 – Miraflores
Página 27 de 31

Asimismo, el referido contrato no establece que las entregas serán parciales, sino que establece el monto completo, en este caso para la primera entrega: 1,506.500.

- 7.51. Por otro lado, la cláusula décima séptima del referido contrato establece la fórmula para la aplicación de las penalidades, cuyo cálculo matemático ni los días han sido cuestionados por el Contratista, habiéndose aplicado la misma por el retraso de los quince (15) días de retraso que correspondían desde el 2 de febrero de 2017 hasta el 17 de febrero de 2017, fecha en la que el Contratista entregó el producto completo.
- 7.52. Teniendo en cuenta las consideraciones precedentes, este Árbitro Único considera pertinente declarar INFUNDADA la primera pretensión principal de la demanda.

RESPECTO A LA PRIMERA PRETENSIÓN ACCESORIA A LA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

- 7.53. En su primera pretensión accesoria, el Contratista solicita la devolución del monto indebidamente aplicado como penalidad, el cual asciende a la cantidad de S/ 119,039.59 (Ciento diecinueve mil treinta y nueve con 59/100).
- 7.54. Al haberse declarado infundada la primera pretensión de la demanda, carece de objeto emitir pronunciamiento respecto de la primera pretensión accesoria a la pretensión principal.

RESPECTO A LA SEGUNDA PRETENSIÓN ACCESORIA A LA PRETENSION PRINCIPAL:

- 7.55. En su segunda pretensión accesoria, el Contratista solicitó que se ordene a la Entidad el pago de los intereses que corresponden por la demora en el pago del monto retenido indebidamente por la supuesta penalidad, cuyo monto se ha calculado en S/ 10,000.00 (Diez mil con 00/100 Soles).
- 7.56. Al respecto, habiéndose declarado infundada la primera pretensión principal, carece de objeto emitir pronunciamiento de la segunda pretensión accesoria a la pretensión principal.

RESPECTO A LA TERCERA PRETENSION ACCESORIA A LA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

- 7.57. En su tercera pretensión accesoria, el Contratista solicitó que se ordene a la Entidad cumplir con el pago del íntegro de las costas y costos del arbitraje.

- 7.58. Al respecto se debe precisar que el pronunciamiento sobre la asunción o distribución de costas y costos es una obligación legal contenida en el Decreto Legislativo N° 1071 sobre la cual el Árbitro Único debe pronunciarse, no teniendo carácter de accesoriedad respecto de su pretensión principal, por lo que carece de objeto pronunciarse sobre dicha pretensión del contratista. Sin perjuicio de ello, el Árbitro Único se pronunciará sobre la distribución de costas y costos.

RESPECTO DE LAS COSTAS Y COSTOS DEL PROCESO:

- 7.59. Respecto a las costas y costos, de conformidad con el inciso 2 del artículo 56 del Decreto Legislativo N° 1071, el Tribunal Arbitral se pronunciará sobre la asunción o distribución de costos del arbitraje, según lo previsto en el artículo N° 73. Este artículo establece que:

"El tribunal arbitral tendrá en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes. A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso".

- 7.60. En el presente caso, se advierte que no existe acuerdo de las partes respecto a la asunción de los costos del arbitraje, sin embargo, es facultad del Árbitro Único prorratear los costos entre las partes atendiendo a las particularidades del caso. Por lo que, teniendo en cuenta que ambas partes tuvieron razones suficientes para litigar, así como el comportamiento procesal de las mismas respecto al pago de honorarios, esto es, que ha habido 2 anticipos de honorarios arbitrales, y que la Entidad sólo acreditó el primero de ellos y luego el Contratista tuvo que asumir en subrogación el segundo anticipo, este Árbitro Único considera pertinente determinar que cada parte deberá asumir el 50% de los gastos arbitrales, así como cada uno deberá asumir los costos de su defensa.
- 7.61. En atención a ello, este Árbitro Único ordena a la Entidad reembolsar en favor del Contratista el monto asumido por este respecto del segundo anticipo de honorarios arbitrales, a los cuales deberá aplicarse los intereses legales respectivos de conformidad con el numeral 57 del Acta de Instalación.

De conformidad con la Resolución N° 7 que determinó el segundo anticipo de honorarios, cada parte debía asumir: S/ 2,306.65 netos por concepto de honorarios del Árbitro Único y S/ 957.29 por gastos de Secretaría Arbitral, ambos sin incluir los impuestos respectivos, por lo que el total que debió asumir la Entidad fue S/ 3,263.94 monto al que se aplicará el interés legal, desde la fecha en que debió pagarse.

Sede Arbitral

Av. del Ejército N° 250, Oficina 506 – Miraflores
Página 29 de 31

Arbitraje:

Laboratorios AC FARMA con el Centro Nacional de abastecimiento de Recursos Estratégicos en Salud

La fecha en que debió pagarse se determina a partir del día siguiente desde que venció el último de los requerimientos. En tal sentido, mediante Resolución N° 9 se otorgó a ambas partes el plazo adicional de cinco (05) días hábiles a fin de que acrediten el pago de los honorarios reliquidados. Dicha Resolución fue notificada a ambas partes el 28 de marzo de 2018, por lo que el plazo venció el 6 de abril, siendo los intereses aplicables desde el día 9 de abril de 2018.

En tal sentido la Entidad deberá reembolsar al Contratista el monto de S/ 3,310.07¹³ por concepto del segundo anticipo de honorarios arbitrales asumidos por el Contratista en el lugar que le correspondía a la Entidad.

VIII. LAUDO

Por las razones expuestas, de conformidad con el Acta de Instalación y lo previsto en el Decreto Legislativo N° 1071, el Árbitro Único resolvió en Derecho y