CEAR LATINOAMERICANO
RECIBIDO
2021 MAY 17 AM 11:52

==========

LAUDO DE DERECHO, INSTITUCIONAL Y NACIONAL

==========

Centro de Arbitraje Latinoamericano e Investigaciones Jurídicas

Proceso Arbitral Nº 102-2020

Contrato:

CONTRATO Nº 005-2020-CENARES/MINSA

"Adquisición de medicamento antiretroviral lamivudina + zidovudina 150mg + 300 mg tableta"

Demandante:

SEVEN PHARMA S.A.C.

-vs-

Demandado:

CENTRO NACIONAL DE ABASTECIMIENTO DE RECURSOS ESTRATÉGICOS EN SALUD - CENARES

Tribunal Arbitral Unipersonal:

Eric Antonio Sotelo Gamarra

Secretario Arbitral:

Sebastián Huaytán Meder

Lima, 17 de mayo de 2021

Av. Sánchez Carrión Nº 615
Edif. Vértice 22 Oficina 306 - Jesús María - Lima
51-(1) 397-8586 / 51-(1) 957 540 053
arbitraje@cearlatinoamericano.pe
www.cearlatinoamericano.pe

Centro de Arbitraje Latinoamericano
e Investigaciones Jurídicas

VISTOS:

Antecedentes relacionados con el presente proceso arbitral

1. Con fecha 10 de febrero de 2020, SEVEN PHARMA S.A.C. (en adelante la demandante o la contratista) y el CENTRO NACIONAL DE ABASTECIMIENTO DE RECURSOS ESTRATÉGICOS EN SALUD - CENARES (en adelante la demandada o la entidad) suscribieron el CONTRATO Nº 005-2020-CENARES/MINSA para la *"Adquisición de medicamento antiretroviral Lamivudina + Zidovudina 150 mg + 300 mb tableta"* (en adelante el contrato).

2. Mediante Decisión Arbitral Nº 1, de fecha 18 de enero de 2021 se instaló el Tribunal Arbitral Unipersonal y se fijaron las reglas del arbitraje.

El plazo para emitir el presente laudo

3. El 30 de marzo de 2021, en la Audiencia de Informes Orales, se fijó el plazo para laudar en veinte (20) días hábiles, el mismo que fue ampliado vía Decisión Arbitral Nº 6, de fecha 29 de abril de 2021, por quince (15) días hábiles adicionales.

Demanda de SEVEN PHARMA S.A.C.: Petitorio

4. En la demanda, presentada el 2 de febrero de 2021, el demandante pide lo siguiente:

   - **PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL**

     Se declare procedente la solicitud de ampliación de plazo solicitada mediante carta Nº 110-2020-VI-SPP, para la primera entrega – orden de compra 209-2020 del contrato Nº 005-2020-CENARES/MINSA, por causas de fuerza mayor no imputables a nuestra representada que justifican el retraso en la entrega del producto, conforme al art. 158 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Av. Sánchez Carrión Nº 615
Edif. Vértice 22 Oficina 206 - Jesús María - Lima
51-(1) 397-8586 / 51-(1) 957 540 053
arbitraje@cearlatinoamericano.pe
www.cearlatinoamericano.pe

- **PRIMERA PRETENSIÓN ACCESORIA DE LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL**

  Como consecuencia de haberse declarado fundada la primera pretensión principal, solicitamos se deje sin efecto la carta Nº 807-2020-DG-CENARES/MINSA que declara improcedente nuestra solicitud de ampliación de plazo.

- **SEGUNDA PRETENSIÓN ACCESORIA DE LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL**

  Como consecuencia de haberse declarado fundada la primera pretensión principal, solicitamos se deje sin efecto la penalidad aplicada a la OC 209-2020 y se devuelva a SEVEN PHARMA S.A.C. el monto de S/ 149,411.34 (CIENTO CUARENTA Y NUEVE MIL CUATROCIENTOS ONCE CON 34/100 SOLES), 10% del monto del contrato original.

- **SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL**

  Se declare nula y/o ineficaz la resolución parcial del contrato Nº 005-2020-CENARES/MINSA, comunicada mediante carta notarial 1097-2020-DG-CENARES/MINSA.

- **PRIMERA PRETENSIÓN ACCESORIA DE LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL**

  Como consecuencia de haberse declarado nula y/o ineficaz la resolución parcial del contrato, se reprograme y recepcione la segunda entrega, por la cantidad de 1'042,280 tabletas, con las mismas condiciones con las que se suscribió el contrato Nº 005-2020-CENARES/MINSA.

- **PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA PRIMERA Y SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL**

  De declararse infundadas la primera y segunda pretensión principal, solicitamos se devuelva el monto ascendente a S/ 78,000.00 (SETENTA Y OCHO MIL CON 00/100 SOLES), siendo que la penalidad aplicada por el

Av. Sánchez Carrión Nº 615
Edif. Vértice 22 Oficina 306 - Jesús María - Lima
51-(1) 397-8586 / 51-(1) 957 540 053
arbitraje@cearlatinoamericano.pe
www.cearlatinoamericano.pe

Centro de Arbitraje Latinoamericano e Investigaciones Jurídicas

monto de S/ 149,411.34 corresponde al 10% del contrato original Nº 005-2020-CENARES/MINSA.

- **TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL**

  Que los gastos arbitrales que incluyen los honorarios del Árbitro Único, así como los gastos arbitrales del centro, sean cubiertos por la entidad en su integridad.

Demanda de SEVEN PHARMA S.A.C.: Resumen de Fundamentos

5. La demanda se sustenta en los siguientes fundamentos:

Respecto de la Primera Pretensión Principal

a. Mediante Carta Nº 110-2020-VI-SPP de fecha 6 de agosto de 2020, SEVEN PHARMA solicito a la entidad la ampliación del plazo respecto de la primera entrega, por causas de fuerza mayor no imputables a ella, lo cual imposibilitó que se pueda entregar dentro del plazo establecido los productos correspondientes a la orden de compra 209-2020. Los hechos que sustentan dicho pedido son los siguientes:

   - Mediante Carta Nº 0053-2020-VI-SPP se dio respuesta a la entidad respecto de su solicitud de información sobre inconvenientes en la entrega de los bienes, señalando que, debido a la alerta sanitaria mundial, se ha suspendido la exportación de insumos desde la República Popular China, afectando la producción de sus productos, situación que originará un retraso en la manufactura de medicamentos durante marzo y abril de 2020. Además, confirman que la producción de nuevos lotes del producto LAMIDUVINA 150 MG + ZIDOVUDINA 300 MG están siendo despachados hacia Perú en el mes de junio/julio de 2020, en reemplazo de las tabletas no conformes – lote E181997A. También informan que la segunda entrega será despachada dentro de los plazos programados.

Av. Sánchez Carrión Nº 615
Edif. Vértice 22 Oficina 306 - Jesús María - Lima
51-(1) 397-8586 / 51-(1) 957 540 053
arbitraje@cearlatinoamericano.pe
www.cearlatinoamericano.pe

- Vía correo electrónico de fecha 13 de marzo de 2020, la entidad les solicita que informen sobre la fecha en la cual ingresarán la primera y segunda entrega del contrato.

- A través de los correos electrónicos de fechas 16 y 23 de marzo de 2020 se envió a la entidad una propuesta para cumplir con la primera entrega, solicitando que les autoricen la entrega parcial de 360,000 tabletas, las cuales serían importadas desde la filial del contratista en Chile. Este pedido fue contestado por intermedio de la Carta Nº 217-2020-DG-CENARES/MINSA de fecha 3 de abril de 2020, indicando que no autorizan la propuesta de entrega parcial desde la filial del contratista en Chile.

- Por intermedio de la Carta Nº 0064-2020-VI-SPP, de fecha 17 de abril de 2020 el contratista informa a la entidad que habiéndose comunicado con proveedores del producto en nuestro país, una le dijo que no contaba con stock y la otra no contestó el pedido. Asimismo, solicitan que se les autorice a efectuar una entrega parcial de 420.00 tabletas. Mediante Carta Nº 238-2020-DG-CENARES/MINSA, de fecha 22 de abril de 2020, la entidad vuelve a denegar el pedido del contratista de efectuar una entrega parcial desde su filial en Chile, instándoles nuevamente a entregar 1'831,060 tabletas o a que subcontraten con algún proveedor nacional y entreguen parcialmente 700,000 tabletas.

- Vía Carta Nº 0066-2020-VI-SPP de fecha 28 de abril de 2020 el contratista le informa a la entidad que intentaron comunicarse con AC Farma para comprarles el producto, sin obtener respuesta afirmativa. En la misma carta el contratista manifiesta su malestar por la negativa de la entidad de aceptar la entrega parcial propuesta desde el mes de marzo para la importación desde su filial en Chile.

Av. Sánchez Carrión Nº 615
Edif. Vértice 22 Oficina 306 - Jesús María - Lima
51-(1) 397-8586 / 51-(1) 957 540 053
arbitraje@cearlatinoamericano.pe
www.cearlatinoamericano.pe

Centro de Arbitraje Latinoamericano e Investigaciones Jurídicas

- A través de la carta Nº 338-2020-DG-CENARES/MINSA, de fecha 15 de mayo de 2020, la entidad acepta la propuesta de entrega parcial del contratista.

- Por intermedio de la carta Nº 0073-2020-VI-SPP de fecha 19 de mayo de 2020, el contratista informa a la entidad que se han iniciado las gestiones en su sucursal en Chile para la importación del producto, siendo la entrega pactada en la quincena del mes de julio.

- El 7 de julio de 2020 se procedió a efectuar la entrega de 299,880 tabletas del producto enviado desde la filial en Chile del contratista, correspondientes a la entrega parcial de la primera entrega (OC 209).

- El 27 de julio de 2020 se entregaron 1'531,180 tabletas del producto, completando la entrega del total de la OC 209.

b. El 20 de agosto de 2020, la entidad notificó al contratista la Carta Nº 807-2020-DG-CENRES/MINSA, por la cual declaran improcedente la solicitud de ampliación de plazo del contratista, señalando que dicho pedido no fue presentado dentro del plazo establecido en la normativa de contrataciones con el Estado.

c. Que, el hecho generador del atraso en la entrega del producto fue la demora en la fabricación, importación y como consecuencia de ello, la disponibilidad de la entrega del producto, lo cual fue acreditado y justificado por el contratista desde el mes de marzo de 2020, cuya entrega recién se pudo completar el 7 y el 27 de julio de 2020.

d. Que, el hecho generador del atraso, además de la fabricación y la importación, consistía en poder ingresar el producto con las características y condiciones de entrega con los cuales se suscribió el contrato, es decir, con los rotulados y análisis respectivos, siendo así, con fecha 27 de julio de 2020 recién pudieron completar el 100% de la entrega del producto en los almacenes de la entidad, fecha en la que

Av. Sánchez Carrión Nº 615
Edif. Vértice 22 Oficina 306 - Jesús María - Lima
51-(1) 397-8586 / 51-(1) 957 540 053
arbitraje@cearlatinoamericano.pe
www.cearlatinoamericano.pe

culminó el hecho generador del atraso, por lo que tenían un plazo de siete (7) días hábiles para solicitar la ampliación de plazo, el mismo que vencía el 6 de agosto de 2020, fecha en la que fue presentada.

Respecto de la Segunda Pretensión Principal

e. Mediante Carta Nº 795-2020-DG-CENARES/MINSA, la entidad comunica al contratista la reprogramación de la segunda entrega de producto respecto a su fecha de internamiento para diciembre de 2020. Esta carta fue contestada por el contratista vía carta Nº 2019-2020-VI-SPP, en la cual señala que acepta la reprogramación de entregas, siempre y cuando la misma sea ingresada con fecha noviembre 2020, debido a que el lote importado para efectuar la segunda entrega en el mes de diciembre de 2020 tendría una vigencia de 17 meses, siendo esta menor a lo establecido en las bases.

f. Que, la entidad persistió en su propuesta para que la reprogramación de entregas sea ingresada en el mes de noviembre, y que el contratista adjunte a la misma una carta de compromiso de canje en caso la entidad no haya hecho uso de los productos, lo cual perjudica al contratista, ya que entregar una carta de canje por vencimiento, significaría efectuar una doble entrega de medicamentos.

g. Por intermedio de la carta notarial Nº 1097-2020-DG-CENARES/MINSA, de fecha 20 de noviembre de 2020, la entidad comunica al contratista su decisión de resolver de forma parcial el contrato, en lo que respecta a la segunda entrega, sustentando la misma en causas de fuerza mayor al tener un sobre stock del producto y haber cambiado el tratamiento de pacientes con otra molécula.

h. El contratista señala que la resolución parcial del contrato carece de sustento legal, dado que la demora en la importación del producto se debe a que la pandemia ha derivado en que muchos laboratorios a nivel mundial no puedan continuar con su producción, ya sea por falta de insumos o por la inmovilización de su personal en sus plantas. Además, ha sido la propia entidad la que denegó en el mes de marzo

Av. Sánchez Carrión Nº 615
Edif. Vértice 22 Oficina 306 - Jesús María - Lima
51-(1) 397-8586 / 51-(1) 957 540 053
arbitraje@cearlatinoamericano.pe
www.cearlatinoamericano.pe

Centro de Arbitraje Latinoamericano e Investigaciones Jurídicas

de 2020 que el contratista pudiera internar el producto desde su filial en Chile, lo cual ocasionó que por 3 meses sufra de desabastecimiento, habiendo rechazado su propuesta de entregar 400,000 tabletas, pese a que se tenía conocimiento de la pandemia y el poco acceso a medicamentos desde el exterior por la cuarentena mundial.

Respecto de la pretensión subordinada a la primera y segunda pretensiones principales

i. El contratista solicita que se le devuelva la suma de S/ 78,000.00 al haber aplicado la entidad el monto de S/ 149,411.34, siendo este el 10% del monto total del contrato, monto superior al 10% de la OC 209, única entrega del contrato por la suma de S/ 714,113.40

Contestación de demanda por el CENTRO NACIONAL DE ABASTECIMIENTO DE RECURSOS ESTRATÉGICOS EN SALUD - CENARES: Resumen de Fundamentos

6. En su escrito presentado el 18 de febrero de 2021, la entidad contestó la demanda sobre la base de los siguientes fundamentos:

Respecto de la Primera Pretensión Principal

a. En el presente caso la entidad determinó que la solicitud de ampliación de plazo fue presentada después de que ya había transcurrido el plazo de siete (7) días hábiles de finalizado el hecho generador del atraso, motivo por el cual se declaró improcedente lo solicitado. El análisis efectuado por la entidad fue el siguiente:

Respecto del primer hecho generador del atraso

- El contratista señala que hubo un retraso de su fabricante HETERO LABS LIMITED en el despacho del lote de reemplazo de la primera entrega hacia el Perú, ocasionado por la alerta sanitaria mundial que habría superado la

Av. Sánchez Carrión Nº 615
Edif. Vértice 22 Oficina 36 - Jesús María - Lima
51-(1) 397-8586 / 51-(1) 957 540 053
arbitraje@cearlatinoamericano.pe
www.cearlatinoamericano.pe

exportación de sus insumos provenientes de la República Popular de China, lo que impactó en la manufactura del producto.

- Si bien los bienes fueron despachados por el fabricante HETERO LABS LIMITED hacia el Perú, no se evidenció en la documentación presentada por el contratista la fecha exacta del despacho, desde la cual correspondía efectuar el cómputo de los siete (7) días hábiles de finalizado el hecho generador del atraso.

- El fabricante comunicó en su carta del 5 de marzo de 2020 los meses en los que se realizaría el despacho, sin especificar el día exacto. Lo mismo sucede en los correos electrónicos del 26 de junio de 2020.

- Corresponde al demandante establecer o generar la documentación que acredite de manera cierta una fecha que delimite la finalización del hecho generador del atraso, a fin de cumplir con lo señalado en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado; sin embargo, en ninguno de los documentos que adjuntó en su solicitud de ampliación de plazo obra documento que dé cuenta de la fecha de despacho.

Respecto del segundo hecho generador del atraso

- El contratista señala que hubo un retraso en la importación del producto ya fabricado desde la India, debido a la situación de cuarentena en dicho país; sin embargo, no se evidencia en la documentación presentada una fecha cierta a partir de la cual se debía efectuar el cómputo de los siete (7) días hábiles para la presentación de la solicitud de ampliación de plazo.

Respecto del tercer hecho generador del atraso

- El contratista señala que la declaratoria del estado de emergencia sanitaria nacional (cuarentena) en la India, en el marco de la expansión de la

Av. Sánchez Carrión Nº 615
Edif. Vértice 22 Oficina 306 - Jesús María - Lima
51-(1) 397-8586 / 51-(1) 957 540 053
arbitraje@cearlatinoamericano.pe
www.cearlatinoamericano.pe

Centro de Arbitraje Latinoamericano e Investigaciones Jurídicas

pandemia del COVID 19, país en el cual se encuentran las plantas de fabricación del producto y desde el cual se debía importar hacia el Perú. Este hecho finalizó el 30 de junio de 2020, por lo que el contratista tenía hasta el 9 de julio de 2020 para presentar su solicitud de ampliación de plazo, lo cual hizo recién el 6 de agosto de 2020, fuera del plazo.

Respecto de la Segunda Pretensión Principal

b. Que, considerando que el objeto materia del contrato fue la adquisición del medicamento antiretroviral lamivudina + ziduvina 150 mg + 300 mg tableta y que la entidad informó mediante Memorando Nº 1047-2020-CP-CENARES/MINSA del 27 de octubre de 2020, que la Dirección de Prevención y Control de VIH/SIDA/ITS/HEPATITIS de la DGIESP manifestó que, debido a los retrasos en el internamiento del producto lamivudina + ziduvina 150 mg + 300 mg tableta, el número de pacientes que recibía ese medicamento se ha reducido drásticamente hasta en un 70%, toda vez que la falta del producto ocasionó que se cambiaran los esquemas de tratamiento de aquellos pacientes que recibían ese antiretroviral, quienes no pueden retornar al anterior tratamiento, por lo que, considerando que se cuentan con otras alternativas de tratamiento, la tendencia del tratamiento con lamivudina + ziduvina 150 mg + 300 mg tableta podría seguir disminuyendo, por lo que la cantidad disponible cubriría la demanda de cinco trimestres aproximadamente.

c. Al no llegarse a un acuerdo con el contratista sobre la reprogramación de la segunda entrega y una carta de compromiso de canje por vencimiento, se verificó la configuración de un hecho sobreviniente al perfeccionamiento del contrato, que no es imputable a ninguna de las partes y que imposibilita de manera definitiva la continuación de la ejecución de las prestaciones, lo cual llevó a la entidad a optar por resolver el contrato respecto de la segunda entrega del producto.

Respecto de la pretensión subordinada a la primera y segunda pretensiones principales

Av. Sánchez Carrión Nº 615
Edif. Vértice 22 Oficina 306 - Jesús María - Lima
51-(1) 397-8586 / 51-(1) 957 540 053
arbitraje@cearlatinoamericano.pe
www.cearlatinoamericano.pe

d. El cálculo de la penalidad se hace respecto del monto contractual y no respecto del monto de cada orden de compra que se emita.

Los puntos controvertidos

7. Mediante Decisión Arbitral Nº 3, de fecha 23 de febrero de 2021, se fijaron los puntos controvertidos del proceso, a decir:

Primer Punto Controvertido:
Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único declare procedente la solicitud de ampliación de plazo solicitada mediante Carta Nº 110-2020-VI-SPP, para la primera entrega – Orden de Compra 209-2020 del Contrato, por causas de fuerza mayor no imputables al Contratista.

Segundo Punto Controvertido:
Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único, como consecuencia de haber declarado procedente la solicitud de ampliación de plazo solicitada mediante Carta Nº 110-2020-VI-SPP, deje sin efecto la Carta Nº 807-2020-DG-CENARES/MINSA que declara improcedente la solicitud de ampliación de plazo del Contratista.

Tercer Punto Controvertido:
Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único, como consecuencia de haberse declarado fundada la primera pretensión principal, deje sin efecto la penalidad aplicada a la Orden de Compra 209-2020 y se devuelva al Contratista el monto de S/ 149 411.34 (Ciento cuarenta y nueve mil cuatrocientos once con 34/100 Soles).

Cuarto Punto Controvertido:
Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único declare la nulidad y/o ineficacia de la resolución parcial del Contrato, comunicada al Contratista mediante Carta Notarial Nº 1097-2020-DG-CENARES/MINSA.

Quinto Punto Controvertido:

Centro de Arbitraje Latinoamericano e Investigaciones Jurídicas

Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único, como consecuencia de haberse declarado la nulidad y/o ineficacia de la resolución parcial del Contrato, se reprograme y recepcione la segunda entrega, por la cantidad de 1 042 280 tabletas, en las mismas condiciones sobre las cuales se suscribió el Contrato.

Sexto Punto Controvertido:

Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único, de declararse infundadas la primera y segunda pretensiones principales, ordene a la Entidad que devuelva el monto ascendente a S/ 78 000.00 (Setenta y ocho mil con 00/100 Soles), siendo que la penalidad aplicada por el monto de S/ 149 411.34 (Ciento cuarenta y nueve mil cuatrocientos once con 34/100 Soles) corresponde al 10% del Contrato original.

Sétimo Punto Controvertido:

Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único condene a la Entidad a cubrir el 100% de los gastos arbitrales, que incluyen los honorarios profesionales del Árbitro Único, así como los gastos arbitrales del Centro de Arbitraje.

8. En la misma Decisión Arbitral Nº 3 se admitieron los medios probatorios ofrecidos por ambas partes.

9. Tomando en cuenta los antecedentes descritos en el capítulo Vistos del presente laudo, y

CONSIDERANDO

Cuestiones Preliminares

10. Antes de entrar a analizar la materia controvertida, corresponde confirmar lo siguiente:

- Que el Árbitro Único se constituyó de conformidad con el convenio arbitral suscrito por las partes.

- Que la Demandante presentó su demanda dentro de los plazos dispuestos.

Av. Sánchez Carrión Nº 615
Edif. Vértice 22 Oficina 206 - Jesús María - Lima
51-(1) 397-8586 / 51-(1) 957 540 053
arbitraje@cearlatinoamericano.pe
www.cearlatinoamericano.pe

- Que la Demandada fue debidamente emplazada con la demanda y contestó la demanda dentro de los plazos otorgados.

- Que las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como tuvieron la facultad de presentar todas sus alegaciones y exponerlas ante el Árbitro Único.

- Que de conformidad con las Reglas del Proceso y con el Reglamento del Centro, las partes han tenido la oportunidad suficiente de plantear recurso de reconsideración contra cualquier resolución distinta al laudo emitida en el presente proceso arbitral, en caso se hubiera incurrido en inobservancia o infracción de una regla del proceso o del Reglamento del Centro, una norma de la Ley de Contrataciones del Estado o de su Reglamento, habiéndose producido la renuncia al derecho a objetar.

- Que, el Árbitro Único deja constancia que al emitir el presente laudo arbitral ha valorado la totalidad de medios probatorios ofrecidos y admitidos a trámite en el proceso arbitral valiéndose de las reglas de la sana crítica o apreciación razonada, siendo que la no indicación expresa a alguno de los medios probatorios obrantes en autos o hechos relatados por las partes no significa de ningún modo que tal medio probatorio o tal hecho no haya sido valorado, por lo que el Árbitro Único deja establecido que en aquellos supuestos en los que este laudo arbitral hace referencia a algún medio probatorio o hecho en particular, lo hace atendiendo a su estrecha vinculación, trascendencia, utilidad y pertinencia que su criterio tuviere respecto de la controversia materia de análisis.

- Que, el Árbitro Único ha procedido a laudar dentro de los plazos aceptados por las partes.

PRIMER, SEGUNDO Y TERCER PUNTOS CONTROVERTIDOS:

Av. Sánchez Carrión Nº 615
Edif. Vértice 22 Oficina 306 - Jesús María - Lima
51-(1) 397-8586 / 51-(1) 957 540 053
arbitraje@cearlatinoamericano.pe
www.cearlatinoamericano.pe

Centro de Arbitraje Latinoamericano e Investigaciones Jurídicas

11. Que, el artículo 158º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (aprobado por el D.S. Nº 344-2018-EF) regula lo referido a la ampliación del plazo contractual en los siguientes términos:

> ***Artículo 158. Ampliación del plazo contractual***
>
> *158.1. Procede la ampliación del plazo en los siguientes casos:*
>
> *a) 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.*
>
> ***b) Por atrasos y/o paralizaciones no imputables al contratista.***
>
> ***158.2. El contratista solicita la ampliación dentro de los siete (7) días hábiles siguientes a la notificación de la aprobación del adicional o de finalizado el hecho generador del atraso o paralización.***
>
> *(...)*
>
> (El resaltado es nuestro)

12. Que, con fecha 6 de agosto de 2020, el contratista presenta su solicitud de ampliación de plazo, señalando lo siguiente:

Av. Sánchez Carrión Nº 615
Edif. Vértice 22 Oficina 206 - Jesús María - Lima
51-(1) 397-8586 / 51-(1) 957 540 053
arbitraje@cearlatinoamericano.pe
www.cearlatinoamericano.pe

> 3. **AMPLIACION DE PLAZO.-**
>
> De conformidad con lo establecido por el Art. 158°, numeral 158.1 literal b) del RLCE, **solicitamos la ampliación de plazo para la primera entrega - OC 209-2020, por atrasos y paralizaciones no imputables a nuestra parte hasta el 27/07/2020**, teniendo en cuenta que las circunstancias que generaron la causa de fuerza mayor han sido expuestas en los numerales que anteceden, han imposibilitado que se cumpla con efectuar la entrega dentro del plazo respectivo. Dejamos constancia además que, desde el mes de marzo, y durante todos los meses que estamos viviendo en estado de emergencia nacional y cuarentena, hemos estado en activa coordinación con la Entidad a fin de dar solución y proponer alternativas para aliviar de alguna forma el retraso del producto, generando propuestas que finalmente la Entidad autorizo, luego de nuestra insistencia, en el mes de junio.
>
> Por otro lado, hacer mención que estamos invocando la causa de fuerza mayor como consecuencia del brote del Coronavirus – COVID 19, según Comunicado N° 011-2020 de la DTN del OSCE, calificado por la OMS como PANDEMIA GLOBAL, constituyendo un evento catastrófico incluido en la Ley de Contrataciones del Estado, que origino que se declare el estado de emergencia sanitaria nacional no solo en el Perú sino también en India, país en el cual se encuentran nuestras plantas de fabricación y desde el cual debemos importar los medicamentos hacia nuestro territorio; país afectado desde el mes de enero 2020 encontrándose en el continente asiático donde se origino el virus y cuya cuarentena inicio en el mes de marzo habiéndose levantado de forma progresiva desde el 30/06 (cuarentena focalizada), situándose en el tercer lugar a nivel mundial con más contagios y muertes por el virus. Tal información se corrobora en cualquier portal web a nivel mundial, siendo una de esas la página informativa rtve.es. adjuntamos link: https://www.rtve.es/noticias/20200730/mapa-mundial-del-coronavirus/1998143.shtml.

13. Que, de acuerdo con lo señalado en la solicitud de ampliación de plazo presentada, la causal invocada es la de *"atrasos y/o paralizaciones no imputables al contratista"*.

14. Que, por otro lado, respecto del hecho generador del atraso, en la solicitud de ampliación de plazo se dice que:

> En se sentido, al haber culminado el hecho generador del retraso, que es la entrega total de los productos Primera Entrega - OC 209-2020 con fecha 27/07, nos encontramos dentro del plazo a que se contrae el numeral 158.2 del Art. 158° del RLCE.

15. Que, de acuerdo con lo expresado en la solicitud de ampliación de plazo, el hecho generador del retraso sería la entrega total de los productos correspondientes a la primera entrega.

16. Que, por su parte, la entidad resolvió el pedido de ampliación de plazo formulado por el contratista, mediante CARTA N° 807-2020-DG-CENARES/MINSA, de fecha 19 de agosto de 2020, en los siguientes términos:

Centro de Arbitraje Latinoamericano e Investigaciones Jurídicas

> *En ese sentido, este Despacho no puede emitir opinión sobre el fondo de la solicitud, al no cumplir el contratista con presentar su solicitud dentro del plazo de siete (7) días hábiles de finalizado el hecho generador del atraso.*
>
> *(...)".*
>
> Asimismo, el Equipo de Asesoría Legal, con documento de la referencia a) infiere que No corresponde otorgar la ampliación de plazo solicitada por la empresa **SEVEN PHARMA S.A.C.**, correspondientes a la Orden de Compra N° 209-2020, al no haber sido presentado dentro del plazo de siete (7) días hábiles siguientes de finalizado el hecho generador del atraso, desprendiéndose así el incumplimiento de lo dispuesto en el numeral 158.2 del artículo 158 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, deviniendo en improcedente.
>
> En ese sentido, resulta **IMPROCEDENTE** la **AMPLIACIÓN DEL PLAZO** solicitada por su representada correspondiente a la Orden de Compra N° 209-2020, por las consideraciones antes expuestas, en el marco del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, así como lo precisan el Equipo de Asesoría Legal a través del documento de la referencia a) y el Centro de Adquisiciones y Donaciones mediante el documento de la referencia b), lo que se comunica para los fines pertinentes.

17. Que, conforme se puede apreciar, la entidad, al momento de hacer un primer análisis formal respecto del pedido de ampliación de plazo, advierte que dicha solicitud no fue presentada dentro del plazo de siete (7) días hábiles posteriores a la culminación del hecho generador del atraso.

18. Que, en este orden de ideas, corresponde analizar si lo expresado por la entidad al momento de efectuar el análisis formal de la solicitud de ampliación de plazo se ajusta a derecho. Así lo primero que debemos establecer es cuál es el hecho generador del atraso.

¿Cuál es el hecho generador del atraso?

19. Que, según lo expresado en la solicitud de ampliación de plazo, para el contratista, el hecho generador del atraso sería la entrega total de los productos correspondientes a la primera entrega, lo cual es un contrasentido, pues el hecho que genera el atraso en la primera entrega no puede ser la misma primera entrega, pues por definición, el hecho que genera el atraso se tiene que haber producido y concluido justamente de manera previa a la primera entrega, pues de no haberse dado así, el retraso persistiría y no se hubiera podido efectuar la primera entrega. En este sentido, encontramos un error de parte del contratista al momento de plantear su solicitud de

ampliación de plazo, específicamente, al momento de señalar el hecho generador del atraso en la primera entrega.

20. Que, una vez definido el error del contratista en especificar el hecho generador del atraso en la primera entrega, corresponde intentar establecer cuál fue dicho hecho, en función de la información proporcionada por el contratista en su solicitud de ampliación de plazo. Así las cosas, se debe establecer cuál fue el hecho que impidió al contratista realizar la primera entrega a tiempo, para lo cual tenemos el siguiente detalle:

- En primer lugar señalan que, debido a la pandemia del COVID 19 faltan insumos provenientes de China para la producción de los medicamentos a entregar, los cuales se enviarán entre junio y julio. **En este punto el hecho generador del atraso sería las medidas de aislamiento social decretadas en China a raíz de la pandemia del COVID 19. El contratista no especifica cuando culminó este hecho**.

- Luego señalan que los productos se encuentran fabricados desde el mes de mayo de 2020, empacados y listos para su importación desde India, pero que, lamentablemente la cuarentena en dicho país se levantó recién el 30 de junio de 2020, fecha a partir de la cual se reactivarían las actividades comerciales, razón por la cual los productos estarían llegando la segunda semana de julio de 2020. **En este punto el hecho generador del atraso sería las medidas de aislamiento social decretadas en India a raíz de la pandemia del COVID 19, las cuales terminaron el 30 de junio de 2020.**

¿Se presentó la solicitud de ampliación de plazo dentro del plazo establecido en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado?

21. Que, según el análisis efectuado en los numerales precedentes, la única fecha cierta establecida como fin del hecho generador del atraso es el 30 de junio de 2020, fecha en la cual se levantó la cuarentena (medida de aislamiento social obligatorio) en

Av. Sánchez Carrión Nº 615
Edif. Vértice 22 Oficina 306 - Jesús María - Lima
51-(1) 397-8586 / 51-(1) 957 540 053
arbitraje@cearlatinoamericano.pe
www.cearlatinoamericano.pe

Centro de Arbitraje Latinoamericano e Investigaciones Jurídicas

India, siendo que a partir de este hecho, al reactivarse las actividades comerciales, ya no persistían los impedimentos para la entrega de los productos. Así las cosas, es a partir de dicha fecha que el contratista contaba con siete (7) días para presentar su solicitud de ampliación de plazo, es decir, hasta el 9 de julio de 2020.

22. Que, siguiendo esta línea de razonamiento, dado que el contratista presentó su solicitud de ampliación de plazo el 6 de agosto de 2020, resulta claro y evidente que esta no cumple con lo establecido en el numeral 158.2 del artículo 158º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, razón por la cual resulta improcedente.

23. Que, lo señalado en el numeral precedente significa que la decisión de la entidad, contenida en la CARTA Nº 807-2020-DG-CENARES/MINSA, de fecha 19 de agosto de 2020, es ajustada a derecho y, en tal sentido, es plenamente eficaz.

Respecto de la penalidad aplicada

24. Que, el numeral 162.5 del artículo 162º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado señala lo siguiente:

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

25. Que, en el presente caso, dado que la solicitud de ampliación de plazo fue declarada improcedente por un aspecto formal, corresponde analizar el fondo, a fin de determinar si el retraso en el que incurrió el contratista al efectuar la primera entrega

Av. Sánchez Carrión Nº 615
Edif. Vértice 22 Oficina 306 - Jesús María - Lima
51-(1) 397-8586 / 51-(1) 957 540 053
arbitraje@cearlatinoamericano.pe
www.cearlatinoamericano.pe

se encontraba justificado. En tal sentido, tenemos los siguientes documentos presentados por el contratista:

- Carta de HETERO LABS LIMITED de fecha 5 de marzo de 2020, en cuya traducción se lee lo siguiente:

> Hacemos de conocimiento de ustedes, que debido a la alerta sanitaria mundial, se ha suspendido la exportación de insumos desde la República Popular China hacia nuestro país, motivada por el COVID-19, afectando la producción de nuestros productos, cuyos insumos principales son suministrados por dicho país. Esta situación originará un retraso en la manufactura de medicamentos durante el mes de marzo y abril 2020.
>
> Se confirma que la producción de nuevos lotes del producto LAMIVUDINA 150 MG + ZIDOVUDINA 300 MG están siendo despachadas hacia Perú en el mes de Junio/julio 2020, en reemplazo del 1'900.000 tabletas no conformes - Lote E181997A.

- Carta Nº 0064-2020-VI-SPP, de fecha 17 de abril de 2020, la cual señala lo siguiente:

> 1. Ponemos en su conocimiento, que a pesar de las gestiones que hemos realizado a fin que otros proveedores del producto Lamivudina + Zidovudina 150mg + 300mg nos puedan proporcionar el medicamento en mención, la empresa Pharmaris nos informa que no cuenta con Stock a la fecha, y la empresa Ac Pharma no nos ha dado una respuesta afirmativa sobre nuestra cotización. Adjuntamos los correos que acreditan lo señalado, habiendo agotado los medios para obtener el producto vía subcontratación.
>
> 2. Teniendo en consideración lo expuesto, a fin de poder cumplir parcialmente con la primera entrega, solicitamos se nos autorice la entrega de 420.00 tabletas del producto, según las características técnicas descritas en nuestro correo de fecha 23.03.2020; entendiéndose que necesitamos de su aprobación a fin de proceder a gestionar el envío del producto desde nuestra filial en Chile.
>
> Agradecemos brindarnos una respuesta a la brevedad, a fin de no generar mayor demora para el cumplimiento parcial de la primera entrega.

- Carta Nº 066-2020-VI-SPP de fecha 28 de abril de 2020, la cual informa lo siguiente:

> 5. Teniendo en cuenta lo expuesto, estando nuestra empresa en esta difícil situación -ajena a nuestra voluntad- de no poder entregar el suministro de este medicamento tan importante para el tratamiento en salvaguarda de la salud de miles de pacientes de VIH que se encuentran dentro de la población definida por el gobierno como vulnerable, se reevalúe nuestra solicitud para la primera entrega de forma parcial del producto Lamivudina + Zidovudina 150mg + 300mg, contando en este momento con 300,000 tabletas para importar desde Chile, una vez que se nos autorice la entrega del mismo, para lo cual necesitaríamos de 30 días, a fin de gestionar el reempaque de las artes autorizadas por DIGEMID, se rotule el producto y se efectúe el análisis respectivo que se requiere para la primera entrega.

Av. Sánchez Carrión Nº 615
Edif. Vértice 22 Oficina 306 - Jesús María - Lima
51-(1) 397-8586 / 51-(1) 957 540 053
arbitraje@cearlatinoamericano.pe
www.cearlatinoamericano.pe

Centro de Arbitraje Latinoamericano e Investigaciones Jurídicas

- Carta Nº 388-2020-DG-CENARES/MINSA, de fecha 15 de mayo de 2020, en la cual se aprecia el siguiente texto:

> Tengo el agrado de dirigirme a usted para saludarla cordialmente y manifestarle que, en atención a su documento de la referencia a), mediante el cual vuestra representada propone atender de forma parcial la Orden de Compra N° 209-2020, correspondiente a la primera entrega del producto Lamivudina + Zidovudina 150mg + 300mg tableta, por la cantidad de 300,000 tabletas, elaborado por el mismo fabricante HETERO LABS LIMITED y con iguales especificaciones técnicas que el adjudicado para la SIE N° 017-2019-CENARES/MINSA, salvo en la forma de presentación (frasco) e importado desde su filial en Chile.
>
> Al respecto, vista la opinión favorable del área usuaria, y conforme a lo indicado por el Centro de Programación a través del documento de la referencia b), en el cual señalan que los pacientes que viven con VIH vienen recibiendo la mayoría de sus antirretrovirales en presentación frasco, lo cual no representaría ningún problema para su dispensación ni distribución; es factible aceptar su propuesta considerando además que existe la necesidad urgente de contar con el citado medicamento para cubrir la demanda de los pacientes que viven con VIH.

- Carta Nº 0073-2020-VI-SPP, de fecha 19 de mayo de 2020, en la cual se lee lo siguiente:

> 3. Respecto a la aplicación de las penalidades que se nos puedan imponer por la entrega tardía del producto, dejamos constancia que desde el mes de marzo se propuso esta alternativa para entregar parcialmente el producto, siendo además la cantidad propuesta en ese entonces mayor a las 300,000 tabletas que en esta oportunidad podemos suministrar. La pandemia global en la cual nos encontramos ha imposibilitado que nuestros fabricantes puedan efectuar los envíos de nuestros productos, los cuales ya se encuentran en la mayoría fabricados y listos para embarque, a la espera de la apertura de aeropuertos en India, situación que es ajena a nuestra voluntad de ejecutar dentro de los plazos respectivos el contrato. Dejamos constancia que en todo momento hemos tratado de coordinar con la entidad, para poder cumplir con nuestras entregas.

26. Que, según se puede apreciar objetivamente de los documentos citados, los cuales no fueron cuestionados por la entidad, el retraso incurrido en la primera entrega estuvo plenamente justificado debido a causas de fuerza mayor, la cual está definida por las medidas tomadas por los diversos países a raíz de la pandemia del COVID 19, hecho que se condice con lo señalado por el OSCE en su Comunicado Nº 005-2020. Asimismo, se aprecia de parte del contratista un actuar diligente durante todo el tiempo que le llevó poder efectuar la primera entrega.

27. Que, así las cosas, dado que el retraso en el que incurrió el contratista al efectuar la primera entrega se encuentra plenamente justificado, no corresponde imponerle la penalidad por mora, razón por la cual la entidad deberá devolverle el monto cobrado por dicho concepto.

CUARTO Y QUINTO PUNTOS CONTROVERTIDOS

28. Que, el numeral 164.3 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado señala lo siguiente:

> *Cualquiera de las partes puede resolver el contrato por caso fortuito, fuerza mayor o por hecho sobreviniente al perfeccionamiento del contrato que no sea imputable a las partes y que imposibilite de manera definitiva la continuación del contrato.*

29. Que, de acuerdo con lo establecido en la norma citada, para que proceda la resolución contractual indicada, se deben cumplir los siguientes requisitos:

- Que obedezca a un supuesto de caso fortuito, fuerza mayor o hecho sobreviniente al perfeccionamiento del contrato.
- Que el hecho no sea imputable a las partes.
- Que el hecho imposibilite de manera definitiva la continuación del contrato.

30. Que, en este sentido, debemos analizar si la resolución contractual parcial efectuada por la entidad, efectuada vía CARTA NOTARIAL Nº 1097-2020-DG-CENARES/MINSA, de fecha 18 de noviembre de 2020, cumple con los requisitos establecidos en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

¿Existe un supuesto de caso fortuito o de fuerza mayor o un hecho sobreviniente al perfeccionamiento del contrato?

31. Según se puede apreciar en la CARTA NOTARIAL Nº 1097-2020-DG-CENARES/MINSA, el hecho sobreviniente al perfeccionamiento del contrato está dado por el cambio de tratamiento de gran parte de los pacientes que tomaban los medicamentos, debido a los retrasos en el internamiento de los mismos, cambio de tratamiento que, además, es irreversible. Cabe indicar que este hecho no ha sido negado por el contratista y efectivamente se produjo luego de suscrito el contrato.

Av. Sánchez Carrión Nº 615
Edif. Vértice 22 Oficina 306 - Jesús María - Lima
51-(1) 397-8586 / 51-(1) 957 540 053
arbitraje@cearlatinoamericano.pe
www.cearlatinoamericano.pe

Centro de Arbitraje Latinoamericano e Investigaciones Jurídicas

32. Que, así las cosas, es un hecho cierto y no controvertido la existencia de un hecho sobreviniente al perfeccionamiento del contrato.

¿El hecho es imputable a las partes?

33. Que, como hemos señalado al analizar los puntos controvertidos primero, segundo y tercero, el retraso en la entrega de los productos, que motivó el cambio de tratamiento en los pacientes es un hecho no imputable a las partes.

¿El hecho imposibilita de manera definitiva la continuación del contrato?

34. Que, al haber una disminución drástica del número de pacientes a atender con los medicamentos, la necesidad por los mismos también sufre una disminución importante, la cual podría incrementarse inclusive. En tal sentido, al no necesitar más los medicamentos cuya segunda entrega es justamente el objeto del contrato pendiente de ejecutar, resulta claro y evidente que existe una imposibilidad definitiva en la ejecución del contrato.

35. Que, en conclusión, al haberse advertido que la resolución parcial del contrato, efectuada por la Entidad mediante CARTA NOTARIAL Nº 1097-2020-DG-CENARES/MINSA cumple con los requisitos establecidos en la normativa de contrataciones con el Estado, corresponde declarar que surte plenos efectos.

36. Que, asimismo, dada la eficacia de la resolución contractual parcial efectuada, no corresponde ordenar a la Entidad la reprogramación y recepción de los productos correspondientes a la segunda entrega.

SEXTO PUNTO CONTROVERTIDO

37. Que, dado que al analizar los tres primeros puntos controvertidos se determinó la ilegalidad de la penalidad aplicada, carece de sentido un pronunciamiento respecto

Av. Sánchez Carrión Nº 615
Edif. Vértice 22 Oficina 206 - Jesús María - Lima
51-(1) 397-8586 / 51-(1) 957 540 053
arbitraje@cearlatinoamericano.pe
www.cearlatinoamericano.pe

del pedido de devolución parcial de la misma, en tanto el Árbitro Único ya determinó la devolución de la totalidad de la penalidad aplicada por el retraso en la primera entrega, dado que dicho retraso se encuentra plenamente justificado.

SÉPTIMO PUNTO CONTROVERTIDO

38. Que, en cuanto a los costos del arbitraje, el artículo 73° del Decreto Legislativo 1071, dispone que el árbitro tendrá en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes. A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, el árbitro podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

39. Que los costos incluyen (i) los honorarios y gastos del Árbitro Único; (ii) los honorarios y gastos del secretario; (iii) los gastos administrativos de la institución arbitral: (iv) los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el Árbitro Único; (v) los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje; (vi) los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales.

40. Que el convenio arbitral no regula el tema de los costos arbitrales.

41. Que, en ese sentido, el Árbitro Único decidirá el tema de los costos del arbitraje, atendiendo a la inexistencia de pacto entre las partes y considerando el resultado del presente laudo.

42. Que, dentro de tal orden de ideas, en razón del resultado del presente arbitraje, el Árbitro Único estima razonable que cada parte asuma de manera equitativa los costos del mismo.

RESOLUCIÓN:

Centro de Arbitraje Latinoamericano e Investigaciones Jurídicas

El Árbitro Único, en base a las consideraciones expuestas y al análisis individual y conjunto de los medios probatorios, lauda:

PRIMERO: Declarar **INFUNDADO** el Primer Punto Controvertido.

SEGUNDO: Declarar **INFUNDADO** el Segundo Punto Controvertido.

TERCERO: Declarar **FUNDADO** el Tercer Punto Controvertido, y, en consecuencia, dejar sin efecto la penalidad aplicada a la OC 209-2020 y ordenar al CENTRO NACIONAL DE ABASTECIMIENTO DE RECURSOS ESTRATÉGICOS EN SALUD - CENARES que devuelva a SEVEN PHARMA S.A.C. el monto de S/ 149,411.34 (CIENTO CUARENTA Y NUEVE MIL CUATROCIENTOS ONCE CON 34/100 SOLES).

CUARTO: Declarar **INFUNDADO** el Cuarto Punto Controvertido.

QUINTO: Declarar **INFUNDADO** el Quinto Punto Controvertido.

SEXTO: Declarar que **CARECE DE SENTIDO** pronunciarse sobre el Sexto Punto Controvertido.

SÉPTIMO: Declarar que cada una de las partes debe asumir los costos del presente arbitraje de manera igualmente proporcional y, en tal sentido, ordenar al CENTRO NACIONAL DE ABASTECIMIENTO DE RECURSOS ESTRATÉGICOS EN SALUD - CENARES que reembolse a SEVEN PHARMA S.A.C. la suma de S/. 15,360.16 (QUINCE MIL TRESCIENTOS SESENTA CON 16/100 SOLES) correspondiente al monto asumido por el demandante en subrogación de la demandada en relación a los honorarios del Árbitro Único y los gastos del centro de arbitraje.

Notifíquese a las partes el presente Laudo, haciéndoles saber que tiene carácter vinculante y ejecutivo, y que es eficaz desde el día de su notificación. Firma el presente Laudo, el Árbitro Único, en el lugar y fecha señalados al principio.

Eric Antonio Sotelo Gamarra

Árbitro Único

Av. Sánchez Carrión Nº 615
Edif. Vértice 22 Oficina 406 - Jesús María - Lima
51-(1) 397-8586 / 51-(1) 957 540 053
arbitraje@cearlatinoamericano.pe
www.cearlatinoamericano.pe