

LAUDO DE DERECHO

ARBITRAJE SEGUIDO POR GLOBAL MED FARMA SAC CONTRA LA DIRECCIÓN DE ABASTECIMIENTO DE RECURSOS ESTRATÉGICOS EN SALUD DEL MINISTERIO DE SALUD

RESOLUCIÓN N° 28

Lima, 9 de marzo de 2015

I. ANTECEDENTES

La Dirección de Abastecimiento de Recursos Estratégicos en Salud del Ministerio de Salud, en adelante la Entidad, DARES MINSA o la demandada, indistintamente; el 16 de agosto de 2012 convocó la Adjudicación de Menor Cuantía N° 023-2012-DARES/MINSA derivada de la Licitación Pública N° 014-2011-DARES/MINSA) para la "Adquisición del factor VIII 250 UI iny.", adjudicándose la buena pro a Global Med Farma SAC, en adelante el Contratista, GMF o el demandante, indistintamente.

Con fecha 18 de setiembre de 2012, DARES MINSA y GMF, celebraron el Contrato N° 041-2012-DARES/MINSA (en adelante el Contrato), por el monto de S/.7'011,200.00 (Siete millones once mil doscientos y 00/100 Nuevos Soles).

En la ejecución del Contrato surgieron controversias entre las partes que son materia del presente proceso arbitral.

II. EL PROCESO ARBITRAL

II.1 EL CONVENIO ARBITRAL

La Cláusula Vigésima del Contrato regula el convenio arbitral en los siguientes términos:

"CLÁUSULA VIGÉSIMA: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Todos los conflictos que deriven de la ejecución e interpretación del presente contrato, incluidos los que se refieran a su nulidad e invalidez, serán resueltos mediante Conciliación y, de ser el caso Arbitraje, según lo dispuesto en el artículo 52° de la Ley de Contrataciones del Estado." (El subrayado es nuestro).

II.2 INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL Y PROCEDIMIENTO ARBITRAL APLICABLE

Instalación del Tribunal Arbitral

Con fecha 26 de febrero de 2014, en la sede del Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado (OSCE) y con la presencia de ambas partes, se procedió a la instalación del Tribunal Arbitral integrado por los doctores Mario Manuel Silva López (Presidente), Elvira Martínez Coco (Árbitro designado por el Contratista) y Humberto Flores Arévalo (Árbitro designado por la Entidad), fijándose las reglas del arbitraje.

Al respecto, se deja constancia que ninguna de las partes ha impugnado o reclamado contra el contenido del Acta de Instalación, dando su conformidad a cumplir con las disposiciones contenidas en ésta.

Normas legales y reglamentarias aplicables.

En el numeral 7 del Acta de Instalación se dispuso que las normas aplicables al arbitraje, de acuerdo a lo establecido por el artículo 52° de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por el Decreto Legislativo N° 1017 (en adelante la Ley), deben mantener obligatoriamente el siguiente orden de prelación en la aplicación del derecho: 1) La Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por el Decreto Legislativo N° 1017 (en adelante la Ley), 2) su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF, 3) las normas del derecho público y 4) las normas del derecho privado. La aplicación de las leyes especiales sobre arbitraje, como es el caso del Decreto Legislativo N° 1071, se realizará de manera supletoria y siempre que no se opongan a lo establecido en la Ley y el Reglamento.

Asimismo, en el numeral 39 del Acta de Instalación se fijó que el laudo arbitral es definitivo e inapelable.

II.3 CONSIDERACIONES PRELIMINARES

El presente laudo se expide de conformidad con lo dispuesto en el artículo 56° de la LA.

Estando a lo dispuesto en el mencionado artículo, el Tribunal Arbitral advierte a las partes que la valoración de las pruebas en que se sustenta la decisión y los fundamentos de hecho y de derecho para admitir o rechazar las respectivas pretensiones y defensas de las partes, se van a desarrollar en forma conjunta en los considerandos del presente laudo.

En lo concerniente a la valoración de los medios probatorios aportados por las partes, el Tribunal Arbitral deja expresa constancia que en el proceso arbitral se ha actuado de conformidad con lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 43° de la LA, en el que se señala que:

“El Tribunal Arbitral tiene la facultad para determinar de manera exclusiva, la admisión, pertinencia, actuación y valor de las pruebas y para ordenar en cualquier momento la presentación o la actuación de las pruebas que estime necesarias”.

II.4 LA DEMANDA

Con fecha 12 de marzo de 2014, el CONTRATISTA presentó su demanda, subsanada mediante escrito ingresado con fecha 26 de marzo de 2014.

La demanda se formuló en los términos siguientes:

“(…) Petitorio:

Tribunal Arbitral

Mario Manuel Silva López (Presidente)

Elvira Martínez Coco

Humberto Flores Arévalo

1. Que su Tribunal nos otorgue la ampliación del plazo solicitada hasta el 12.02.2013 en relación al primer entregable vinculado a la Orden de Compra 0036.
2. Que su Tribunal, en caso de no otorgar la ampliación de plazo solicitada por nuestra empresa para el primer entregable hasta el 12.02.2013, disponga que existió retraso justificado para el primer entregable vinculado a la Orden de Compra 0036, entregado el 13.02.2013 y en consecuencia disponga la inaplicación de la penalidad de S/. 37,444.78 impuesta por la Entidad en contra nuestra.
3. Que su Tribunal nos otorgue la ampliación del plazo solicitada hasta el 12.02.2013 para el segundo entregable vinculado a la Orden de Compra 0037.
4. Que su Tribunal, en caso de no otorgar la ampliación de plazo solicitada por nuestra empresa para el segundo entregable hasta el 12.02.2013, disponga que existió retraso justificado para el segundo entregable vinculado a la Orden de Compra 0037, entregado el 13.02.2013 y en consecuencia disponga la inaplicación de la penalidad de S/. 52,266.67 impuesta por la Entidad en contra nuestra.
5. Se resuelvan las demás implicancias derivadas del contrato materia de controversia.
6. Que se condene a la Entidad con la asunción de todos los gastos arbitrales, costas y costos que el presente proceso arbitral origine."

El CONTRATISTA fundamentó sus pretensiones en los siguientes hechos:

Fundamentos de Hecho

El CONTRATISTA expuso que:

"(...) Con fecha 29 de agosto de 2012 nos adjudicaron la Buena Pro de la Adjudicación de Menor Cuantía 023-2012-DARES-MINSA por el monto de S/. 7'011,200.00, para la adquisición de Factor VII 250 UI lny.

Con fecha 29 de agosto del 2012, informamos al fabricante BIO PRODUCTS LABORATORY que hemos sido adjudicados con la Buena Pro para la entrega de 31,300 Factor VII 250 UI lny y que aproximadamente en 10 días calendario se iba a proceder a la firma del contrato (**ANEXO 01**), lo cual fue respondido por el fabricante de haber tomado conocimiento de nuestra comunicación (**ANEXO 02**).

Con fecha 29 de agosto de 2012 emitimos la orden de nuestra empresa al fabricante para la provisión de 35,000 viales (**ANEXO 03**).

Con fecha 18 de setiembre de 2012 se suscribió el Contrato 041-2012-DARES/MINSA entre la Dirección de Abastecimiento de Recursos Estratégicos en Salud del Ministerio de Salud, en adelante la Entidad, y nuestra empresa para la entrega de 31,300 viales del producto Factor VII 250 UI lny distribuidos en ocho (08) entregables desagregados según la cláusula novena del contrato: "plazo, lugar y condiciones de entrega" (**ANEXO 04**):

I T E M	Descripción	Unidad de medida	MES											
			1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12
1	Factor	Frasco	4000	4000		4000	4000		4000	4000		4000	4000	

La citada cláusula precisa que la primera entrega será a los sesenta (60) días de firmado el contrato para lo cual debía emitirse la Orden de Compra respectiva. En tanto que a partir de la segunda entrega del cronograma, las órdenes de compra deberán ser emitidas y enviadas a EL CONTRATISTA dentro del mes de entrega programado, siendo el plazo máximo el último día correspondiente al plazo máximo de entrega.

Las entregas debían realizarse en los almacenes de la Entidad sito en la Avenida Quilca 630 – Callao.

Así, con fecha 26 de setiembre de 2012 DARES MINSA nos remite vía mail, las Órdenes de Compra 343 y 344 – 2012, del 25.09.2012 para la atención de las dos primeras entregas programadas, cada una por 4,000 viales del producto Factor VII 250 UI lny, las cuáles fueron remplazadas por la Orden 0036 – 2013 para el primer entregable y la Orden 0037-2013 para el segundo entregable expedidas con fechas 13.02.2013 respectivamente **(ANEXO 05)**.

Con fecha 27 de setiembre de 2012 se informó al fabricante de las dos órdenes de compra 343 y 344, solicitando realizar la gestión en BPL para la proyección de la fecha de embarque del OPTIVATE a Perú, debiendo avisarnos en forma urgente acerca de cualquier novedad. **(ANEXO 06)**.

Con fecha 02.10.2012, el fabricante nos informa que en relación al embarque del Optivate a Perú, su área de control de calidad informó que la liberación de lotes de factores de coagulación estará a partir de finales de octubre, señalando que se comunicarán tan pronto como los lotes de Optivate queden liberados **(ANEXO 07)**.

De lo expuesto, nuestra empresa siempre mostró la diligencia debida, coordinando oportunamente con el fabricante para la entrega de los bienes requeridos en los plazos establecidos en el Contrato.

A pesar de lo anterior, se generaron imprevistos no imputables a mi representada que impidieron la entrega en los plazos fijados, generando diversas ampliaciones de plazo, la mayoría de ellas atendidas por la Entidad.

Así, mediante la Carta CADMFIN00002512012, presentada a la Entidad el 07 de noviembre de 2012 se solicitó una ampliación de plazo (que denominaremos Ampliación 1) a fin de que el primer y segundo entregables se efectúen el 18 de enero de 2013 basándonos en resumen en lo siguiente:

- Habiéndose emitidos las órdenes para el primer y segundo entregables y habiéndose solicitado oportunamente al fabricante su fabricación y remisión para la primera entrega y para la segunda entrega se esperó una entrega oportuna.
- Con fecha 24.10.2012 se señaló al fabricante que es de su obligación cumplir con embarcarnos 4000 viales de Optivate en el mes de octubre para cumplir con la primera entrega, señalándole que una vez ingresados al Perú, GLOBAL MED tenía que realizar localmente algunos análisis al producto antes de entregarlo a la Entidad, por lo que se solicitó al fabricante informarnos sobre el estado de la importación dado que tenemos la obligación de cumplir con entregar los bienes lo antes posible.
- Con fecha 31.10.2012 el fabricante informa a GLOBAL MED FARMA S.A.C. que lamentablemente habrá una demora inesperada de 30 días dado que el

Departamento de Control de calidad ha rechazado el material de empaque de la imprenta por errores que lo dejan fuera de especificación de acuerdo a lo requerido en las Bases, situación que impide las entregas en las fechas programadas generando que los materiales tendrían que rehacerse por lo que el embarque no estará listo sino hasta la última semana de noviembre.

- Una vez que los bienes estén en Perú, hay una serie de trámites, aprobaciones, procedimientos que hacer como el desaduanaje, pruebas de control, entre otros trámites y acciones, por lo que se estima que recién se podría cumplir con la entrega el 18.01.2013, por ello, se solicitó la ampliación de plazo 1 para la primera y segunda entrega hasta el 18 de enero de 2013.

Se basó la solicitud de ampliación de plazo en imprevistos extraordinarios sucedidos en la fabricación e importación de los bienes materia de la primera y segunda entrega, para lo cual se adjuntó mails e información proporcionada por el fabricante **(ANEXO 08)**.

Mediante Carta CADMFIN00002532012 dirigida a la Entidad con fecha 09.11.2012 ampliamos nuestros argumentos de sustento de nuestra solicitud de ampliación de plazo 1 solicitada, por ello, se adjuntó como información complementaria los pasajes aéreos de las personas que viajaron al lugar de ubicación del fabricante para asegurar que éste efectúe la pronta atención en la provisión del medicamento mencionado. **(ANEXO 09)**

Mediante Oficio 119-2012-UFADQ-DARES/MINSA la Entidad solicitó al contratista sustentar documental y fehacientemente hasta el viernes 16.11.2012 con documentos o imágenes que acrediten que los lotes FVRN 9718 y 9669 se encuentran fabricados, para pronunciarse sobre la ampliación de plazo 1 solicitada. **(ANEXO 10)**

Mediante Carta CADMFIN00002632012 notificada a la Entidad el 16 de noviembre de 2013 se cumplió con lo solicitado y se adjuntó la documentación que demuestra que el lote FVRN 9669 por 8818 viales se encuentran fabricados. **(ANEXO 11)**.

Mediante Oficio 560-2012-DARES-MINSA de fecha 20.11.2012, la Entidad da por aprobada parcialmente la ampliación de plazo 1 dado que la primera entrega debía ser para el 17.12.2012 y la segunda entrega para el 18.01.2013. **(ANEXO 12)**

Mediante Carta CADMFIN000273-2012 presentada a la Entidad el 29.11.2013 se solicita la segunda ampliación de plazo (que denominaremos Ampliación 2) vinculada a la primera entrega basado en la respuesta del Gerente Comercial del fabricante respecto de las variaciones de plazo por la mayor demanda de fin de año, por lo que se solicita una ampliación de plazo para que la primera entrega se efectúe en la misma fecha de la que corresponde a la segunda entrega, esto es el 18.01.2013 **(ANEXO 13)**, siendo denegada la referida Ampliación 2 mediante el Oficio 599-2012-DARES-MINSA del 11.12.2012 **(ANEXO 14)**

Mediante Carta Notarial del 21.12.2012 el MINSA nos requirió para que en el plazo máximo de cinco días cumplamos con el primer entregable bajo apercibimiento de resolver el contrato. **(ANEXO 15)**

Mediante Carta CADMFIN2013-0006 presentada a la Entidad el 04.01.2013, nuestra empresa solicitó al MINSA la tercera ampliación de plazo (que denominaremos Ampliación 3) a fin de que la primera y segunda entrega se efectúe el 30.01.2013 dado

que se generaron imprevistos no imputables al contratista. Para sustentar nuestra solicitud, adjuntamos diversa documentación de prueba que en resumen se cita **(ANEXO 16)**:

- Correo de fecha 24.12.2012 del fabricante en donde adjuntan guía aérea, packing list, factura del envío del producto optivate 250 UI e informan que la carga llegaría el 29.12.2012.
- Copia de la guía aérea 074-54160186 programando envío para el 29.12.2012
- Certificado de Análisis del lote FVRN 9718.
- Correo del fabricante del 02.01.2013 en donde informan que la línea aérea KLM ha postergado su vuelo por no tener espacio para la conexión y por tratarse de medicamentos con temperatura controlada.
- Correo de nuestra empresa al fabricante del 03.01.2013 exigiendo que la carga llegue con urgencias y responsabilizándolos por los problemas que vienen ocasionando.
- Correo del 04.01.2013 del fabricante en donde adjuntan nueva guía aérea, packing list e informan que la carga llegará a Lima el próximo 10.01.2013.
- Guía aérea 074 5160201 de KLM que acredita que el vuelo está programado para el próximo 10.01.2013.
- Con fecha 11.01.2013 recién se podrán iniciar los trámites de desaduanaje para luego, en nuestro almacén se solicitará a los laboratorios de la red para que realicen los análisis para el control de calidad solicitados en las bases integradas.

Mediante Carta CADMF2013.0008 del 09.01.2013 nuestra empresa señala a la Entidad que ha solicitado una tercera ampliación de plazo y que con los medios probatorios presentados señalan que no están de acuerdo con la posible decisión de la Entidad de resolver el contrato, dado que existen razones justificadas que hacen imposible el cumplimiento en el plazo señalado por la Entidad. Asimismo se adjunta la Carta del Fabricante del 08.01.2013 en el que explica los problemas de porqué el embarque de los 8690 viales de Factor VIII 250 UI recién están saliendo con el embarque del 10.01.2013. Asimismo señalan que reconocen que nuestra empresa ha hecho todo lo posible para tratar de resolver estos inconvenientes en el atraso del embarque y señalan que esperan que los próximos embarques se efectúen con la normalidad deseada. **(ANEXO 17)**.

Mediante Carta CADMF2013.0010 del 11.01.2013 nuestra empresa sustenta la ampliación de plazo solicitada para que el segundo entregable sea hasta el 30.01.2013, debido a atrasos y paralizaciones no imputables al contratista y por responsabilidad de terceros ajenos a nuestra empresa. Para ello, adjunta medios probatorios **(ANEXO 18)**.

Mediante Carta CADMF2013.0017 del 18.01.2013 ampliamos el sustento de la solicitud de ampliación de plazo basado en la demora para el embarque del producto requerido a Perú, el cual se produjo por causas no imputables a nuestra empresa, por situaciones imprevistas y extraordinarias. **(ANEXO 19)**

Mediante Oficio 028-2012-DARES-MINSA del 18.01.2013 la Entidad resuelve otorgar la Ampliación de Plazo 3 solicitada con los sustentos señalados en los documentos antes citados a fin de **que la fecha de entrega del primer y segundo entregable sea el 30.01.2013**, en el cual DARES MINSA señala lo siguiente:

...Considerando que la comunicación del fabricante debido a problemas de espacio de carga, por tratarse de medicamentos con temperatura controlada no se pudo realizar el embarque programado para el día 24.12.2012.....en ese sentido, se otorga la ampliación de plazo solicitada, debiendo realizar la entrega del producto a más tardar el 30.01.2013. (ANEXO 20)

Mediante la Carta CADMFIN0018 2013 del 25.01.2013 y Carta CADMFIN201300023 del 31.01.2013 se solicita y sustenta la última ampliación de plazo (que denominaremos Ampliación de Plazo N° 4) relacionadas con el primer y segundo entregables, peticionando la ampliación hasta el 12.02.2013. Nuestra solicitud se basó en hechos nuevos distintos a los alegados en las anteriores ampliaciones de plazo solicitadas y que también son ajenas y no imputables a nuestra empresa. Se basó en lo siguiente (ANEXOS 21 y 22):

- En las bases integradas se exigió un control de calidad en base a determinados requisitos y procedimiento según su numeral 4.4.:

DEL CONTROL DE CALIDAD:

El medicamento estará sujeto al control de calidad previo a su entrega en el lugar de destino final y se realizará en el Centro Nacional de Control de Calidad o cualquiera de los laboratorios autorizados que conforman la Red de Laboratorios oficiales de Control de Calidad del país...

TOMA DE MUESTRAS:

El proveedor deberá solicitar el control de calidad correspondiente al laboratorio de la RED, las cantidades serán seleccionadas de manera aleatoria al lote en caso de presentarse más de un lote, sobre el cual el laboratorio de calidad tomará las muestras para los análisis.

- En base a ello, el Laboratorio HYPATIA S.A. con fecha 16.01.2013 remitió a nuestra empresa los costos y requerimientos solicitados para la elaboración del control de calidad previo, **señalando que el tiempo de duración mínimo es de 16 días.**
- Con fecha 22.01.2013 se levantó el Acta de Muestreo E 0031/0113.
- El tiempo a ser manejado por el laboratorio antes señalado para realizar el control de calidad no es imputable a nuestra empresa, por lo que la primera y segunda entrega recién se podrían efectuar el 13 de febrero de 2013 dado que el 12 era feriado.

Mediante el Oficio 079-2013-DARES-MINSA del 08.02.2013, se denegó nuestra solicitud de ampliación de plazo 4. (ANEXO 23)

Mediante Carta CADMFIN201300035 del 20.02.2013 se informa a la entidad que con fecha 13.02.2013 se internaron el primer y segundo entregable en cumplimiento de lo exigido en el contrato y las bases del proceso. (ANEXO 24)

Al respecto, debe señalarse que la entrega se efectuó el 13 de febrero de 2013 en razón de que el día 12 de febrero de 2013 fue declarado feriado según Decreto Supremo 123-2012-PCM, siendo aplicable el numeral 5) del artículo 183° del Código

Civil que establece que "El plazo cuyo último día sea inhábil, vence el primer día hábil siguiente."

Por tanto, considerando que procede nuestra solicitud de ampliación de plazo hasta el 12.02.2013, la entrega se ha efectuado dentro del plazo el día 13.02.2013.

Con fecha 19 de setiembre del 2013 y 24 de setiembre de 2013 solicitamos conciliación ante el Centro de Conciliación y Arbitraje FAMILIA & EMPRESA a fin de lograr un acuerdo y solucionar las controversias originadas en la ejecución contractual en relación a la Orden de Compra 0036 y Orden de Compra 0037 respectivamente y demás implicancias derivadas del contrato. **(ANEXO 25)**

Con fecha 18 de octubre de 2013 se suscribió el Acta de Conciliación 588-2013-FA, en la cual se determina que las partes no han llegado a ningún acuerdo respecto a la Orden de Compra 0036 y demás implicancias derivadas del contrato, por lo que se da por finalizada la Audiencia y el procedimiento de Conciliación suscribiendo nuestra representada y la representante de la Procuraduría del Ministerio de Salud. Asimismo, con fecha 29 de octubre de 2013 se emitió un Acta de Rectificación según Acta de Conciliación 610-2013. **(ANEXO 26)**

Con fecha 18 de octubre de 2013 se suscribió el Acta de Conciliación 589-2013-AT, en la cual se determina que las partes no han llegado a ningún acuerdo respecto a la Orden de Compra 0037 y demás implicancias derivadas del contrato, por lo que se da por finalizada la Audiencia y el procedimiento de Conciliación suscribiendo nuestra representada y la representante de la Procuraduría del Ministerio de Salud. **(ANEXO 27)**

Considerando que no se ha arribado a ninguna conciliación, procedimos en cumplimiento de la Cláusula Vigésima del Contrato, a solicitar el inicio del arbitraje en relación a la Orden de compra 0036 y Orden de compra 0037 y demás implicancias derivadas del contrato **(ANEXO 28)**.

SUSTENTO QUE ACREDITA LA PROCEDENCIA DE LA AMPLIACIÓN DE PLAZO SOLICITADA PARA QUE EL PRIMER Y SEGUNDO ENTREGABLE SEA HASTA EL 12.02.2013 Y LA CONFIGURACIÓN DE RETRASO JUSTIFICADO.

Consideramos que procede la cuarta ampliación de plazo solicitada dado que si existió retraso en la primera y segunda entrega, éstos obedecen a lo siguiente:

- Nuestra empresa fue diligente en tramitar oportunamente el desaduanaje o nacionalización de los viales importados.
- El que los viales recién hayan llegado a Perú en enero de 2013, también obligó a que recién en dicho mes se gestione todo lo necesario para cumplir con las exigencias técnicas señaladas en el contrato y las bases que involucraban contratar a laboratorios autorizados que conforman la Red de Laboratorios Oficiales de Control de Calidad del país.
- Así, en cumplimiento de las Bases integradas, nuestra empresa solicitó oportunamente al Laboratorio HYPATIA S.A. cotice y efectúe el levante del Acta de muestreo de los viales para el control de calidad requerido.
- El laboratorio efectuó dicho levante de muestreo el 22.01.2013 y mínimamente se iba a demorar 16 días en efectuar el control de calidad requerido.

- *Era imposible para nuestra empresa entregar la primera y segunda orden antes del 12.02.2013 porque los viales estaban siendo materia de Control de Calidad por el Laboratorio HYPATIA S.A.*
- *Estos hechos no pudieron preverse por nuestra empresa, dado que desde que ganamos la Buena Pro y firmamos el contrato, nuestro actuar ha sido diligente, oportuno y que todos los retrasos ocasionados incluyendo el tiempo mínimo requerido para las evaluaciones de control de calidad son ajenos a nuestra empresa y extraordinarios dado que salen de un contexto normal y cada demora inicial ocasionada por terceros (fabricante) también conllevó a que el resto de actividades a nuestro cargo se demoren a pesar de seguir el procedimiento indicado en cada oportunidad que teníamos.*
- *Los hechos que originaron nuestra cuarta solicitud de ampliación de plazo para entregar la primera y segunda orden el 12.02.2013 responden a hechos nuevos y diferentes de los alegados en nuestras anteriores solicitudes de ampliación de plazo, no obstante están vinculados.*
- *Las demoras incurridas son por atrasos o paralizaciones no imputables a nuestra empresa en su condición de contratista, sino, por causas generadas por terceros, lo cual ha impedido de manera justificada que nuestra empresa no pueda entregar los bienes en el plazo establecido para el primer y segundo entregable.*

De la sucesión de hechos señalados en la presente solicitud y los medios de prueba presentados a la Entidad se ha demostrado que nuestra empresa fue diligente y oportunamente coordinó, solicitó y gestionó lo necesario para cumplir con el contrato suscrito con la Entidad y con la primera entrega, así, los medios de prueba presentados permiten evidenciar que la demora se ha debido a causas plenamente ajenas al contratista o no imputables a éste.

Así, se puede advertir que se han generado atrasos y paralizaciones en la fabricación y entrega de los bienes que han impedido al contratista cumplir con las entregas de los bienes en los plazos establecidos, por ello, nuestra empresa solicitó las ampliaciones de plazo con el sustento debido para no sorprender a la Entidad.

Así también podemos afirmar que se han generado situaciones de caso fortuito o fuerza mayor, que han originado hechos extraordinarios, imprevisibles, inevitables y no imputables al contratista.

Así, debemos citar lo establecido en el artículo 1315 del Código Civil Peruano:

Artículo 1315.- Caso fortuito o fuerza mayor

Caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

Nuestro actuar ha sido diligente y oportuno y las causas que originaron el cumplimiento tardío responde a eventos extraordinarios que no pudieron ser previstos por nuestra empresa y han sido inevitables, lo cual ha originado que nos veamos en la obligación de solicitar las ampliaciones de plazo que fueren necesarias.

También consideramos que se ha configurado un retraso justificado dado que el cumplimiento tardío no nos es imputable dado que hemos probado que hemos sido diligentes y oportunos en nuestras acciones para el cumplimiento del contrato.

Sobre este último aspecto consideramos importante tomar en cuenta lo establecido en el artículo 1314 del Código Civil:

Artículo 1314.- "Quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso".

Así también, debemos señalar que los hechos generados no imputables al contratista han originado que se dé un retraso justificado, porque obedece a situaciones de hecho ocurridas que han conllevado a que el primer entregable sea en fecha posterior a la establecida en el contrato, por ende no se podría hablar de retraso injustificado porque existen medios de prueba que evidencian que si hubo retraso éste está justificado.

Por tanto, consideramos que debía otorgarse las ampliaciones de plazo solicitadas para que la primera y segunda entrega se efectúen el 12 de enero de 2013, por lo que, al haberse entregado los bienes el 13 de enero de 2013 no correspondía la aplicación de penalidad alguna.

SE HA CONFIGURADO UN RETRASO JUSTIFICADO QUE HACE QUE SE DECLARE INAPLICABLE PENALIDAD ALGUNA

Los medios de prueba presentados por nuestra empresa en las solicitudes de ampliación de plazo efectuadas a la Entidad evidencian en paralelo que los retrasos que se dieron para el cumplimiento del primer entregable están plenamente justificados.

En ese sentido, el artículo 165 del Reglamento establece que la aplicación de penalidades solo procede cuando el retraso es injustificado, por tanto, en la medida de que la Entidad de por no aprobado la ampliación de plazo no procedería el cobro de ninguna penalidad en el primer entregable dado que no se cumplen con todos los requisitos establecidos en el artículo 165 del Reglamento, por tratarse de un retraso justificado plenamente acreditado, por tanto no se configura los supuestos de aplicación de penalidad aplicados por la Entidad para el primer y segundo entregable.

Por lo expuesto, es que solicitamos que se deje sin efecto la aplicación de la penalidad aplicada al primer y segundo entregable.

SUSTENTO JURIDICO DE AUSENCIA DE CADUCIDAD EN LA CONCILIACION EFECTUADA Y EN EL INICIO DE ARBITRAJE Y DEMANDA ARBITRAL

Que, en consideración a que el proceso y contrato, materia de controversia, se ha efectuado antes del 20 de setiembre del 2012, resulta aplicable al presente caso la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Legislativo 1017, en adelante La Ley, cuyo artículo 52 señala:

Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato, se resolverán mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes, debiendo solicitarse el inicio de estos procedimientos en cualquier momento anterior a la fecha de culminación del contrato, considerada ésta de manera

independiente. Este plazo es de caducidad, salvo para los reclamos que formulen las Entidades por vicios ocultos en los bienes, servicios y obras entregados por el contratista, en cuyo caso, el plazo de caducidad será el que se fije en función del artículo 50° de la presente norma, y se computará a partir de la conformidad otorgada por la Entidad.

Que, siendo ello así, debe precisarse que la norma aplicable con rango de Ley establece como único plazo de caducidad aplicable al presente caso para solicitar la conciliación y arbitraje que es en cualquier momento hasta antes de la culminación del contrato, es decir, hasta antes de que se efectúe el último pago. Disposición con rango de Ley aplicable sobre cualquier disposición señalada en el Reglamento de la Ley, aprobado por Decreto Supremo 184-2008-EF, en adelante el Reglamento, que pudiere ser distinta o que contradiga lo establecido por Ley.

Así también, debemos señalar que conforme a lo acordado en el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral se pactó lo siguiente respecto de las reglas procesales a aplicarse en el arbitraje:

REGLAS PROCESALES APLICABLES

9. Para el proceso arbitral serán de aplicación las contenidas en la presente acta, de acuerdo a lo establecido por el artículo 52° de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por el Decreto Legislativo N° 1017 (en adelante la Ley), dichas normas deben mantener obligatoriamente el siguiente orden de prelación en su aplicación: 1) La Ley 2) su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF, y 3) el Decreto Legislativo N° 1071 que norma el arbitraje (adelante el Decreto Legislativo).

Que, considerando la aplicación de la Ley y conforme a la Cláusula Vigésima del Contrato 041-2012-DARES/MINSA se pactó que si hay una controversia se debe solicitar la conciliación y de ser el caso, un arbitraje:

Todos los conflictos que deriven de la ejecución e interpretación del presente contrato, incluidos los que se refieran a su nulidad e invalidez, serán resueltos mediante Conciliación y, de ser el caso Arbitraje, según lo dispuesto en el artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado.

Que, conforme a lo antes señalado, en aplicación del artículo 52 de la Ley, Cláusula Vigésima del Contrato 041-2012-DARES MINSA y Ley N° 26872 (y sus modificaciones contenidas en el Decreto Legislativo N° 1070), solicitamos inicialmente la conciliación y en vista de no haberse llegado a ningún acuerdo, solicitamos el arbitraje, llegando ahora a presentar la demanda arbitral.

Fundamentos de Derecho

Sustenta su posición en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento y de manera supletoria el Código Civil Peruano.

II.5 ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES DEL CONTRATISTA

Con fecha 10 de junio de 2014 el CONTRATISTA presentó su escrito de Acumulación de Pretensiones, subsanado con el escrito de fecha 16 de junio de 2014, con el siguiente petitorio y en los términos expresados en dicho escrito:

"(...) Petitorio:

1. Que su Tribunal nos otorgue la ampliación del plazo solicitada para el tercer entregable vinculado a la Orden de Compra 0059 hasta el 29.05.2013.
2. Que su Tribunal, en caso de no otorgar la ampliación de plazo solicitada por nuestra empresa para el tercer entregable hasta el 29.05.2013, disponga que existió retraso justificado para el tercer entregable vinculado a la Orden de Compra 0059, entregado el 29.05.2013 y en consecuencia disponga la inaplicación de la penalidad de S/ 604, 408.6 impuesta por la Entidad en contra nuestra.
3. Que su Tribunal nos otorgue la ampliación del plazo solicitada para el cuarto entregable vinculado a la Orden de Compra 0060 hasta el 29.05.2013.
4. Que su Tribunal, disponga que existió retraso justificado para el cuarto entregable vinculado a la Orden de Compra 0060 hasta la fecha de entrega el 21.06.2013."

II.6 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y EXCEPCIONES

Con fecha 16 de abril de 2014, subsanado con el escrito de fecha 2 de mayo de 2014, la ENTIDAD dedujo excepción de caducidad y contestó la demanda.

II.6.1 EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD

DARES MINSA plantea la excepción de caducidad de la demanda relacionada con el cuestionamiento al Oficio N° 079-2013-DARES/MINSA, por los fundamentos de hecho expuestos en dicho escrito, sustentando su posición en el último párrafo del artículo 175° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-PCM.

Mediante escrito ingresado el 27 de mayo de 2014, EL DEMANDANTE absuelve la excepción de caducidad deducida por LA DEMANDADA y absuelve la contestación de demanda en los términos expuestos en dicho escrito.

II.6.2 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Entidad plantea que se declare infundada la demanda por los siguientes fundamentos:

Fundamentos de Hecho

"(...)

- 1) *Mediante Adjudicación de Menor Cuantía N° 023-2012-DARES/MINSA derivada de la Licitación Pública N° 014-2011-DARES/MINSA se otorgó la Buena Pro a la Empresa **GLOBAL MED FARMA S.A.C.** por la Adquisición de Factor VIII 250 UI lny., por un importe de S/7,011,200.00 Nuevos Soles; suscribiéndose posteriormente el Contrato N° 041-2012- DARES/MINSA de fecha 18/09/2012, el cual establece en su Clausula Novena: el siguiente cronograma de entrega:*

DESCRIPCIÓN	UNIDAD DE MEDIDA	MES	MES	MES									
		1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12
Factor VIII 250UI	Fco.	4,000	4,000		4,000	4,000		4,000	4,000		4,000	3,300	

De igual manera, señala que el plazo para la primera entrega es a los sesenta (60) días de firmado el contrato (18/09/2012), y las entregas posteriores serán de acuerdo al cronograma establecido en el mismo, conforme se detalla a continuación:

Detalle de entregas	Fecha límite de entrega del producto	Mes
Fecha límite de la primera entrega	19/11/2012	Mes 1
Fecha límite de la segunda entrega	31/12/2012	Mes 2
Fecha límite de la tercera entrega	28/02/2013	Mes 4
Fecha límite de la cuarta entrega	31/03/2013	Mes 5
Fecha límite de la quinta entrega	31/05/2013	Mes 7
Fecha límite de la sexta entrega	30/06/2013	Mes 8
Fecha límite de la séptima entrega	31/08/2013	Mes 10
Fecha límite de la octava entrega	30/09/2013	Mes 11

- 2) Con fecha 16/11/2012 mediante Carta CADMFIN00002632012, Carta CADMFIN00002512012 y Carta CADMFIN00002532012, la Empresa "GLOBAL MED FARMA S.A.C." solicita ampliación de plazo para la primera y segunda entrega del producto "FACTOR VIII 250 UI Iny." del Contrato N° 041-2012-DARES/MINSA hasta el 18 de enero del 2013; debido a que según informa, la empresa fabricante "Bio Products Laboratory" el producto se encuentra elaborado según Lotes FVRN 9669 y 9718, sin embargo el departamento de Control de Calidad rechazó el material de empaque de la imprenta por contener errores que lo dejan fuera de la especificaciones según lo requerido en las bases; motivo por el cual están trabajando con sus proveedores para el reemplazo inmediato de ese material, asimismo remiten fotocopia del Certificado de Análisis del Lote FVRN 9669 por 8818 viales (correspondiente a la cantidad de la primera y segunda entrega) que demuestra que el producto se encuentra fabricado.
- 3) Considerando la comunicación del fabricante mediante el cual manifiesta que habrá una demora de 30 días para la entrega del producto, y que es una causal no imputable al mismo, de conformidad con lo señalado en el numeral 2 del Artículo 175° del Reglamento de la Ley Contrataciones del Estado, mi representada amplió el plazo de la primera entrega hasta el 17/12/2012 y de la segunda entrega hasta el 18/01/2013, decisión que fue comunicada a la Contratista el día 20/11/2012, mediante OFICIO N° 560-2012- DARES/MINSA.
- 4) Con Carta Notarial de fecha 26/12/2012, DARES requirió a la demandante que cumpla con efectuar la entrega de 4,000 unidades del producto "FACTOR VIII 250 UI Iny" ante el incumplimiento de la empresa "GLOBAL MED FARMA S.A.C." en la primera entrega;

- 5) Con fecha 04/01/2013 mediante Carta CADMF2013-0006, Carta CADMF2013-0008 y Carta CADMF2013-00010 la Empresa "GLOBAL MED FARMA S.A.C." solicita una segunda ampliación de plazo para la primera y segunda entrega del producto "FACTOR VIII 250 UI lny." del Contrato N° 041-2012-DARES/MINSA hasta el 30 de enero del 2013; en razón de que según lo informado por su empresa fabricante "Bio Products Laboratory", debido a problemas de espacio de carga, por tratarse de medicamentos con temperatura controlada, no se pudo realizar el embarque programado para el día 24/12/2012 según Guía Aérea N°074-54160186, reprogramando su envío para el 04/01/2013 como consta en la Guía Aérea N° 074-54160201.
- 6) Al respecto, y teniendo en cuenta, que lo expuesto por el Contratista configuraba una causal no imputable al mismo, de conformidad con lo señalado en el numeral 2 del Artículo 175° del Reglamento de la Ley Contrataciones del Estado, mi representada otorgó una nueva ampliación de plazo para la primera y segunda entrega hasta el 30/01/2013, decisión que se comunicó mediante OFICIO N° 028-2013-DARES/MINSA.
- 7) Mediante Carta N° CADMF2013-00018-2013 y Carta N° CADMF201300023 con fecha 25/01/2013 la demandante solicita nuevamente y por tercera vez una ampliación de plazo para la primera y segunda entrega del producto "FACTOR VIII 250 UI lny." del Contrato N° 041-2012-DARES/MINSA hasta el 12 de febrero del 2013.

Cabe indicar que esta solicitud de ampliación de plazo se sustentó en que el Laboratorio HYPATIA S.A. les había comunicado sus costos y requerimientos para la elaboración del control de calidad requerido en el contrato, detallando que este servicio se realizaría en el plazo de 16 días; en ese sentido, considera la contratista que dicho hecho no le es imputable toda vez que dicho procedimiento es obligatorio para la realización de la entrega de los bienes.

- 8) Al respecto, tiene que tenerse presente que en ya en dos oportunidades la contratista había solicitado y argumentado ampliaciones de plazo concedidas por mi representada, y en todos los casos había considerado en sus plazos el periodo requerido para la elaboración del control de calidad conforme se puede advertir de sus propias solicitudes:

Carta CADMF2013-00025-2012 de fecha 05 de noviembre de 2012

7. Finalmente, se estima que el día 18 de diciembre de 2012 los medicamentos se encontrarán en Lima, inmediatamente se realizará el desaduanaje o nacionalización de los medicamentos, y tan pronto ingrese a nuestro almacén, se solicitará la toma de muestras para el respectivo control de calidad solicitado en la bases integradas, siendo así la 1ra entrega empezaría el día 02/01/2013 en el lugar convenido en el contrato, en el almacén de DARES (...) (SUBRAYADO Y RESALTADO NUESTRO).

Carta CADMF2013-0006 de fecha 04 de enero de 2013

"El día 11 de Enero se iniciarán los trámites de desaduanaje o nacionalización de los medicamentos, y tan pronto ingrese a nuestro almacén, se solicitará a los laboratorios de la red para que realicen los análisis para el control de calidad solicitado en las bases integradas de ser estos posibles, siendo así que la 1ra. y segunda entrega estarían programadas para ser entregadas a más tardar el día 30/01/2013, en lugar convenido en el contrato, en el almacén de DARES (...) (SUBRAYADO Y RESALTADO NUESTRO).