

## ORDEN PROCESAL N° 3

Arbitraje N° 281/2013 bajo las Reglas de la Corte de Arbitraje de Madrid

**Demandante: SEGISMUNDO POLONIO FARMACIAS SL**

C/ Aconcagua, 7, Atahualpa, Andina  
pedro.calderon@calderonabogados.an

**Demandado: CERVANTIA SOLUCIONES SL**

C/ Gabriel Téllez, 46, Arcadia, Cervantia.  
molina@tirsoabogados.cer

Matrice, 27 de noviembre de 2013

De acuerdo con las instrucciones contenidas en la orden procesal n°1 y n° 2, el tribunal arbitral tras recibir las solicitudes de aclaración presentadas por las partes emite la presente Orden Procesal n° 3:

### A. CORRECCIÓN DE ERRATAS

- La referencia “distribuidor” contenida en la pág. 20, cláusula VI. Obligaciones del suministrador, del contrato de suministro con distribución en exclusiva, primer párrafo deberá indicar “suministrador”.
- La referencia “VI. Coordinación de esfuerzos”, en la página 20, deberá indicar “VII. Coordinación de esfuerzos”.
- La referencia “Colonia Scoop”, en la página 39, deberá indicar “S. Coop”.
- La referencia “2 de noviembre de 2013”, en la página 46, deberá indicar “2 de agosto de 2013”.

### B. ACLARACIONES

#### a) Generales

1. En atención a la figura de D. Segismundo Polonio, ¿es éste hijo y/o nieto de D. Basilio Polonio?

R.- D. Segismundo Polonio es hijo de D. Basilio Polonio y nieto de D. Basilio Polonio. El nombre y apellido de los dos últimos coincide al ser tradición en la familia, que el primogénito reciba el nombre del padre.

2. ¿Han ratificado Andina, Cervantia y/o Madre Patria la CNUCCIM? ¿Alguno de los países ha incluido alguna reserva a la hora de ratificar la misma?

R.- Andina, Cervantia y Madre Patria han ratificado la CNUCCIM sin reservas.

3. ¿Qué versión del artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (conforme al texto enmendado en 2006) han adoptado Madre Patria, Cervantia y Andina?

R.- La Opción II

4. ¿Forman Andina, Cervantia o Madre Patria parte de la Unión Europea, o algún tipo de organización regional?

R.- No

5. ¿Los países presentes en el litigio (Cervantia, Andina y Madre Patria) pertenecen al sistema de *common law* o de *civil law*?

R.- Andina ha sido tradicionalmente considerado un país de *common law*, al igual que Madre Patria, si bien en este último, durante los años 90 tuvo lugar un importante proceso de codificación donde se recogieron influencias de países de *civil law*. Cervantia es un país de *civil law*.

#### b) Cooperativas

6. ¿Las particularidades del movimiento cooperativista en Andina, y de COLONIA en particular eran conocidas en el mercado?

R.- Sí

7. ¿Cuál es la relación entre COLONIA y sus socios?

R.- Una sociedad cooperativa posee personalidad jurídica propia y responsabilidad limitada bajo el Derecho de Andina, pero la toma de decisiones de forma democrática estaba muy arraigada en cooperativas como COLONIA. La ley obligaba a COLONIA a someter a decisión de la Asamblea General las decisiones reservadas a la misma. No obstante, además de las materias reservadas a la Asamblea General, el Consejo Rector de COLONIA sometía otras muchas decisiones importantes a la aprobación de sus miles de cooperativistas.

Ello se realizaba mediante una herramienta electrónica que permitía articular votaciones de forma muy rápida, contemplada en la cláusula 26 de los estatutos. Si se obtenía una decisión unánime (con expresión afirmativa de consentimiento y ausencia de expresiones negativas) seguía adelante. Si no, se dialogaba con los miembros que habían expresado objeciones. En caso de fracaso del diálogo, se adoptaba la decisión por mayoría. En los casos en los que era necesario el consentimiento de cada cooperativista se preveía, que el silencio una vez transcurrido el plazo fijado para cada decisión equivaldría a la aceptación. A pesar de que los críticos afirmaron que se trataba de un procedimiento inviable, ha sido mantenido por COLONIA desde 2007 sin apenas incidencias, debido a la confianza generalmente depositada por los cooperativistas en las iniciativas presentadas por su Consejo. La suscripción del contrato con SOLUCIONES fue consultada a través este proceso con un resultado positivo y conforme a lo estipulado en los estatutos. SOLUCIONES fue informada de ello antes de firmar formalmente el contrato.

8. ¿Cómo se realizaban los pedidos de los glucómetros?

R.- Las farmacias asociadas a COLONIA tenían dos posibilidades. Generalmente utilizaban la herramienta electrónica para realizar la solicitud a COLONIA, que centralizaba los pedidos, y los adquiría de SOLUCIONES. Las farmacias, sin embargo, también podían realizar el pedido en la web de SOLUCIONES, y, al identificarse, introducir una clave de

acceso, que les generaba automáticamente el descuento propio de las farmacias asociadas a COLONIA.

9. ¿Cuál es la situación de Segismundo Farmacias SL con posterioridad a la disolución de COLONIA?

R.- Segismundo Farmacias SL agrupa la explotación de las cuatro farmacias de cuya licencia es titular D. Segismundo Polonio (hijo de D. Basilio Polonio (jr), y nieto de D. Basilio Polonio (sr), fundador de la cooperativa).

#### c) Producto, contrato y siniestro

10. ¿Cuáles eran las condiciones de fabricación de los glucómetros objeto de la controversia?

R.- Los glucómetros fueron fabricados siguiendo un proceso riguroso, y cumplían con las normas de calidad (ISO 15197). El *software* fue desarrollado por el equipo de programadores de otra empresa, pero la titularidad del mismo correspondía a SOLUCIONES. Es habitual que los productos de tecnología sanitaria operen con un cierto margen de error, y las firmas fabricantes y distribuidoras estaban obligadas por norma a comunicar dicho margen. El porcentaje de error del 0,09% es admisible, y debería ser considerado bajo. El dispositivo de alarma permitía pautar el consumo de insulina, pero su objetivo no era el de avisar en caso de una cantidad insuficiente de sangre para realizar la medición.

11. ¿Qué indujo a COLONIA a estrechar la relación comercial con SOLUCIONES?

R.- Las referencias que COLONIA tenía de la firma SOLUCIONES eran buenas, tanto en relación con el rigor de su proceso productivo, como de su compromiso con sus clientes. Aparte, los complementos y funciones de los glucómetros parecían suponer una mejora en las condiciones de vida de los usuarios. No se tenía conocimiento de fallos anteriores del producto. En el sector de los glucómetros no es inhabitual que se den problemas que tengan como consecuencia la correspondiente alerta sanitaria, sin que, en muchos casos, sea posible determinar las causas reales del problema.

12. ¿Cabe considerar la información incluida en las instrucciones de uso de los glucómetros como acorde al estándar de mercado?

R.- Sí. La información de uso era correcta, y hacía referencia a la necesidad de llenar la ventana con el nivel de sangre necesario para que funcione adecuadamente. No existía, no obstante, un estudio exhaustivo sobre la correlación entre el tipo de errores que podían darse, y las causas de los mismos.

13. ¿Cómo se llevó a cabo la negociación del contrato?

R.- El contrato suscrito por ambas partes es el contrato modelo de SOLUCIONES. Las partes negociaron específicamente algunas variaciones, a petición de COLONIA, como las referencias a “las farmacias”, en las cláusulas III y IV, o el párrafo tercero y el título de la cláusula de “Coordinación de esfuerzos”

14. ¿Puede considerarse que el extracto de condiciones del contrato de distribución representa fielmente el contenido del mismo? ¿Contenía el contrato otras condiciones relevantes para el caso?

R.- El extracto es una representación fiel del contenido del contrato. Simplemente cabe añadir que, en ausencia de una situación que permitiese la resolución, la duración del contrato era de cuatro años, prorrogable automáticamente en ausencia de desistimiento por alguna de las partes. El desistimiento podía plantearse de forma unilateral, fuera del supuesto de denuncia, siempre que se respetase un preaviso de 15 días por cada año de contrato transcurrido, con un máximo de tres meses.

Asimismo, en el contrato cada parte se comprometía a no revelar información confidencial referida a materias importantes para la otra parte, relacionadas con su modelo de negocio o estrategia empresarial. El contrato no contenía otras disposiciones relevantes para el caso, como las relativas a obligaciones y conformidad, resolución o daños y perjuicios.

15. ¿Cómo se llevó a cabo la relación de coordinación y cooperación que contempla el contrato hasta la fecha de fallecimiento del Sr. Clarín?

R.- Los contactos habían comenzado antes de la firma del contrato. El contrato de distribución exclusiva es poco habitual en el sector sanitario de Andina, en la medida en que debe garantizarse el suministro. Las autoridades consideran, sin embargo, que, en determinados casos, basta con que el fabricante se reserve el derecho a distribuir por Internet, de modo que el producto pueda ser adquirido por otras firmas y particulares. El contrato suscrito por ambas partes supone la cooperación más estrecha que puede darse en materia de distribución en este sector.

Hasta la fecha de fallecimiento del Sr. Clarín ambas partes mantuvieron diversas reuniones para planear la estrategia de comercialización, la distribución de gastos y responsabilidades en materia de publicidad, formación, y exploración de otras posibilidades de colaboración. Asimismo, representantes de ambas partes mantuvieron conversaciones periódicas para evaluar el cumplimiento de los objetivos de venta, que estaban cumpliéndose hasta que tuvo lugar dicho acontecimiento. La relación entre ambas partes antes de esa fecha podía considerarse cordial y de entendimiento.

16. ¿Se conocen más datos del fallecimiento de D. Clotaldo Clarín?

R.- El juez instructor del caso Clarín declaró, en una rueda de prensa, que no existían indicios de delito, pero se negó a facilitar los datos de la autopsia, en ejercicio de los poderes que le permite la ley, según indicó “por respeto a la familia en un contexto de atención mediática exagerada”. Añadió, simplemente, “para contestar las declaraciones insidiosas de ciertos periodistas”, que D<sup>a</sup> Rosaura Moscovia no se encontraba en casa en el momento en que tuvo lugar el trágico accidente. No se tiene constancia de episodios similares de D. Clotaldo Clarín antes del que tuvo como consecuencia su fallecimiento.

Después de sus declaraciones iniciales D<sup>a</sup> Rosaura Moscovia no ha interpuesto demanda de responsabilidad alguna, se ha negado a recibir a los periodistas. Se sabe que aceptó recibir una visita de D. Segismundo. De acuerdo con la información facilitada a la prensa D. Segismundo deseaba presentar formalmente sus condolencias a Doña Rosaura. Doña Rosaura no se encuentra actualmente en su domicilio. Fue vista por última vez en la Terminal de Vuelos Internacionales del aeropuerto de Atahualpa, Andina.

El periodista Gil Caramanchel, periodista de *La Vida es Sueño*, considerado como un referente de la prensa de investigación, especialmente en el sector sanitario, publicó en 10 de junio de 2013 una noticia titulada “Nuevos datos en la trama de los glucómetros”, indicando que “fuentes del juzgado” afirmaban que el glucómetro era defectuoso, sin que, hasta la fecha, ninguna fuente le haya desmentido. La noticia no incluía información sobre si las mismas fuentes podían confirmar si, además, la cantidad de sangre era la correcta.

El examen pericial de los glucómetros entregados con posterioridad al incidente en Andina no ha desvelado la existencia de defectos generalizados en *hardware* o *software*, pero las autoridades han mantenido la prohibición de comercialización hasta que el producto ha sido sustituido por una versión más moderna (GLUCOLABO).

#### d) Notas de las agencias sanitarias

17. ¿Actuó SOLUCIONES de manera diversa en Cervantia y Andina?

R.- Sí. SOLUCIONES actuó de manera diversa. En el caso de Cervantia siguió las instrucciones indicadas por la ACPS. En el caso de Andina aceptó el reemplazo de las unidades devueltas a la parte demandante ante su insistencia.

SOLUCIONES se vio obligado a actuar de manera similar a la dictada por las autoridades de Cervantia en Aztequia e Incaica, países vecinos de Cervantia, y cuyas autoridades sanitarias colaboran estrechamente con las de Cervantia. Las ventas de glucómetros en dichos países tienen una menor importancia.

#### e) Marca y daños y perjuicios

18. ¿Cuál era la situación de la cooperativa COLONIA y su marca antes de la muerte de Clotaldo Clarín?

R.- COLONIA gozaba de buena salud financiera. Siempre ha mantenido pocas deudas y estas podían ser cubiertas con sus activos tangibles. La marca “doble Flecha Verde” era conocida en Andina, y los datos de consumo facilitados en la solicitud de arbitraje responden a estudios reales realizados sobre el mercado de Andina.

19. Con respecto al informe realizado por KPMG Asesores, ¿KPMG Asesores tiene algún conflicto de intereses con SOLUCIONES?

R.- Ninguno

20. ¿Cómo se ha llevado a cabo exactamente el cálculo del valor residual?

R.- El cálculo del valor residual se ha llevado a cabo de acuerdo con la metodología generalmente aceptada y aplicando la siguiente fórmula del valor residual:

$$\boxed{\text{VR}} = \boxed{\text{Fn} * (1 + g) / (\text{WACC} - g)}$$

VR:	Valor Residual
Fn:	Flujo de caja frustrados generados en el último periodo proyectado.
g:	Tasa de crecimiento del negocio.
WACC:	Weighted Average Cost of Capital

21. ¿Hay alguna razón específica para la utilización de cinco años como periodo de tiempo u horizonte temporal para los cálculos?

R.- La comunidad económica y financiera establece como periodo razonable de proyección un periodo de 5 años, puesto que llegado ese momento, lo habitual, considerando el principio de empresa en funcionamiento, es que una empresa tenga continuidad en el tiempo y experimente incrementos de valor según una determinada tasa de crecimiento y por tanto, los restantes flujos se incorporarán en el valor residual.

22. ¿Qué proporción se atribuye al horizonte temporal de cinco años considerado por KPMG Asesores?

R.- El porcentaje que representa el valor de los EBITDAS frustrados al horizonte temporal de 5 años es del 80% respecto al total del perjuicio.

23. ¿Debe entenderse que el objeto del informe pericial es el de determinar el perjuicio económico sufrido durante los cinco años posteriores al siniestro?

R.- El informe pericial tiene como objeto determinar el perjuicio económico sufrido como consecuencia de los efectos del siniestro.

24. ¿La metodología del informe consiste en la determinación de todos los flujos de caja futuros a fin de determinar el valor actual del negocio?

R.- No, consiste en determinar los flujos de caja frustrados actualizados a fin de determinar el valor actual del negocio frustrado.

#### f) Liquidación de Colonia y acción de responsabilidad

25. ¿En qué condiciones se realizó la liquidación de la cooperativa COLONIA?

R.- COLONIA operaba con pocas deudas a largo plazo, y solía pagar a sus proveedores con prontitud. Antes de tomar la decisión de disolver y liquidar se negoció con los acreedores, y éstos aceptaron que su deuda se pagaría en parte en efectivo, y en parte con el dinero procedente de la liquidación de los inmuebles (oficinas y almacenes, principalmente). Con este preacuerdo, y con arreglo a la cláusula 26 de los estatutos de COLONIA, se trasladó la decisión a los cooperativistas. Se convocó a la Asamblea General, para que adoptase la decisión de liquidación y apoderase al consejo para llevarla a cabo, siendo aprobadas ambas

decisiones. Las decisiones del consejo supuso la ejecución de lo previamente acordado por la Asamblea General. Las decisiones de liquidación consistieron en reflejar en contratos los preacuerdos alcanzados con los acreedores, y en ceder los derechos y las acciones judiciales contra SOLUCIONES a los cooperativistas, sin determinarse el importe/porcentaje que le corresponderían. Como última actuación, se trasladó a los cooperativistas la decisión de forma electrónica. Al pinchar en “confirmar” cada farmacéutico se convertía en cesionario de derechos y acciones. La reacción de los cooperativistas fue muy activa y la mayor parte de ellos confirmaron la cesión. Ninguno rechazó expresamente dicha cesión.

Se consideró, por parte de los miembros del Consejo, que mantener la sociedad sin disolver ni liquidar, con el único propósito de gestionar la acción de responsabilidad, habría incrementado el riesgo de no poder satisfacer a los acreedores, y no habría sido coherente con la filosofía de la cooperativa. Hasta la fecha, no se tiene constancia de ninguna otra acción de responsabilidad presentada por otro titular de una licencia de farmacia anteriormente asociado a COLONIA.

#### g) Independencia e imparcialidad de D. ZZZ

26. ¿En la carta enviada por la Corte de Arbitraje de Madrid el 23 de septiembre de 2013 (página 64) se debe entender, que estamos ante la confirmación de designación del árbitro por las partes o ante un caso de designación del árbitro por parte la citada Corte?

R.- El árbitro presidente fue propuesto por los otros dos árbitros de común acuerdo según lo dispuesto y dentro del plazo previsto en el Art. 12 del Reglamento.

27. ¿Qué nacionalidad tiene D. ZZZ?

R.- D. ZZZ no es nacional ni de Cervantia, ni de Andina, ni de Madre Patria.

28. ¿ El nombramiento de D. ZZZ en los cuatro procedimientos arbitrales en los que D. ZZZ ha sido árbitro designado por la representación letrada de la demandante con anterioridad al presente arbitraje se realizó en todos los casos por el abogado de la parte demandante en el presente arbitraje?

R.- El nombramiento de D. ZZZ se realizó en los citados cuatro procedimientos arbitrales por el abogado de la parte demandante en el presente litigio.

29. ¿Cuál fue el importe de los honorarios del D. ZZZ en los cuatro procedimientos arbitrales en los que D. ZZZ ha sido árbitro designado por la representación letrada de la demandante con anterioridad al presente arbitraje?

R.- Los honorarios fueron los siguientes (IVA no incluido): en el primero, de 2005, 28.000 euros; en el segundo, de 2006, 45.000 euros; en el tercero, de 2009, 170.000 euros y; en el cuarto, de 2011, 21.000 euros.

30. ¿ En los cuatro procedimientos arbitrales en los que D. ZZZ ha sido árbitro designado por la representación letrada de la demandante con anterioridad al presente arbitraje (en adelante, dicha parte) el Tribunal arbitral se pronunció a favor o en contra de dicha parte?

R.- En el primero de los citados cuatro procedimientos arbitrales (2005), las pretensiones fueron estimadas en su integridad por unanimidad de los tres árbitros a favor de dicha parte.

En el segundo de los citados cuatro procedimientos arbitrales (2006), las pretensiones fueron desestimadas íntegramente en contra de dicha parte y D. ZZZ expresó su parecer discrepante en contra de la decisión en el propio laudo.

En el tercero de los citados cuatro procedimientos arbitrales (2009), las pretensiones fueron estimadas en un 70% por decisión unánime de los tres árbitros a favor de dicha parte.

En el cuarto de los citados cuatro procedimientos arbitrales (2011), las pretensiones fueron estimadas en su integridad por unanimidad de los tres árbitros a favor de dicha parte.

31. ¿Fue D. ZZZ objeto de recusación en alguno de los cuatro procedimientos arbitrales en los que ha sido árbitro designado por la representación letrada de la demandante con anterioridad al presente arbitraje?

R.- No, en ninguno de dichos procedimientos arbitrales.

32. ¿A qué áreas del Derecho se dedican, respectivamente, el despacho de D. ZZZ y de D. Pedro Calderón?

R.- Los dos despachos o firmas de abogados ofrecen servicios profesionales en un amplio abanico de áreas del Derecho: derecho administrativo, mercantil, civil, penal, procesal, arbitraje y otras. Por su parte, tanto D. ZZZ como D. Pedro Calderón trabajan en el departamento de litigios y arbitraje en sus respectivas firmas de abogados.

33. ¿Cuántos procedimientos de arbitraje puede llevar al año D. ZZZ?

R.- D. ZZZ interviene como árbitro en entre 3 a 4 procedimientos arbitrales al año.

34. ¿D. ZZZ obtiene beneficios económicos con motivo de los honorarios percibidos como árbitro?

R.- Los honorarios de D. ZZZ por cualquier de los procedimientos arbitrales en los que participa como árbitro son facturados e ingresados por su despacho o firma de abogados. Sin perjuicio de ello, D. ZZZ en su condición de socio percibe un porcentaje del total de los beneficios obtenidos por su despacho al final de cada ejercicio.

35. ¿Algún otro abogado del despacho o firma de abogados de D. ZZZ es nombrado habitualmente árbitro por D. Pedro Calderón o su despacho?

R.- No, ninguno de los otros abogados del departamento de litigación y arbitraje del despacho de D. ZZZ es nombrado habitualmente árbitro por D. Pedro Calderón o su despacho.