

LAUDO ARBITRAL

DEMANDANTE: Linde Gas del Perú (en adelante **LINDE**)

DEMANDADA: Instituto Nacional de Enfermedades Neoplásicas (en adelante **INEN**)

TIPO DE ARBITRAJE: Ad hoc

ÁRBITRO ÚNICO: Dr. Carlos Núñez Caballero

SECRETARIA ARBITRAL: Tatiana Herrada Sánchez

FECHA: 22 de enero de 2013

Resolución N° 8



I. ANTECEDENTES

Convenio Arbitral.-

1. El 14 de julio de 2011, INEN y LINDE solicitaron al Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (en adelante, el Centro) conjuntamente que a través de un arbitraje único de derecho, a cargo de un árbitro designado por el Centro, se resuelva la controversia suscitada en torno al suministro de oxígeno líquido sin sustento contractual que LINDE supuestamente efectuó a favor de INEN, por el período comprendido desde el 17 de enero al 16 de junio de 2009.

Designación Árbitro Único.-

2. El 24 de agosto de 2011, el Centro designó como Árbitro Único al Dr. Carlos Nuñez Caballero, designación que le fue comunicada por escrito el 22 de diciembre de 2011.

Aceptación al cargo.-

3. El 26 de diciembre de 2011, el Dr. Carlos Nuñez Caballero comunicó al Centro formalmente su aceptación a la designación efectuada y declaró que no existen elementos que afectasen la imparcialidad, independencia y autonomía en su desempeño como árbitro.

Acta de instalación.-

4. El 27 de julio de 2012 se llevó a cabo la Audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral, sito en la Av. Victor Andrés Belaunde N° 280 Piso 3 – Distrito de San Isidro, en la cual se establecieron las reglas aplicables al presente arbitraje, el monto de anticipo de los honorarios del Tribunal Arbitral y de los gastos administrativos; y se otorgó a LINDE el plazo de quince (15) días hábiles para presentar su escrito de demanda arbitral.

Demanda Arbitral.-

5. El 18 de mayo de 2012, dentro del plazo concedido, LINDE presentó su escrito de demanda, en el cual formuló la siguiente pretensión:

“Que (...) se reconozca en calidad de monto indemnizatorio a favor de nuestra compañía, la suma ascendente a S/. 183, 483.21, por el suministro de INEN de un volumen de oxígeno líquido que totaliza 63, 489 metros cúbicos durante el período comprendido desde el 17 de enero al 16 de junio de 2009.

Dejamos constancia que no estamos reclamando el pago de interés por el monto adeudado, del mismo modo como tampoco solicitamos el pago de costos y costas del proceso”



Contestación de Demanda.-

6. El 18 de junio de 2012, el INEN contestó la demanda arbitral solicitando que se declare infundada en todos sus extremos en vista de que nunca existió una relación contractual válida entre el Demandante y esta.

Audiencia de Fijación de Puntos controvertidos.-

7. Mediante Resolución N° 03 de fecha 20 de junio de 2012, se citó a las partes a la respectiva Audiencia de Saneamiento, Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios para el día 5 de julio de 2012 a las 9:00 am.
8. La audiencia se llevó a cabo en la fecha y hora programada con la presencia de ambas partes. En ella, el Árbitro Único declaró saneado el proceso arbitral debido a que el INEN y LINDE declararon que no existía vicio o defecto de tramitación que, a dicha fecha, pudiese originar cuestionamientos sobre el desarrollo y continuación del arbitraje.
9. Asimismo, el Árbitro Único invitó a las partes a llegar a un acuerdo conciliatorio. Sin embargo, éstas decidieron continuar con el proceso arbitral. En atención a lo cual se procedió a fijar los puntos controvertidos, siendo estos los siguientes:

Sobre la pretensión planteada por LINDE.-

"Que (...) se reconozca en calidad de monto indemnizatorio a favor de nuestra compañía, la suma ascendente a S/. 183, 483.21, por el suministro de INEN de un volumen de oxígeno líquido que totaliza 63, 489 metros cúbicos durante el período comprendido desde el 17 de enero al 16 de junio de 2009"

10. Para resolver dicha pretensión, el Árbitro único dará respuesta a las siguientes preguntas:
 - a) ¿LINDE suministró oxígeno líquido a INEN durante el período comprendido desde el 17 de enero al 16 de junio de 2009?

De ser afirmativa la respuesta:
 - b) ¿Qué cantidades de oxígeno suministró LINDE al INEN y a qué precio? ¿A cuánto asciende el valor del oxígeno suministrado?
 - c) ¿INEN pagó a LINDE el total del valor del oxígeno líquido suministrado? De ser negativa la respuesta: ¿A cuánto asciende el monto del valor del oxígeno suministrado por LINDE y no pagado por el INEN?
 - d) Una vez determinado el monto supuestamente pendiente de pago referido en el punto anterior, ¿corresponde que INEN pague a LINDE dicho monto?



Sobre la pretensión planteada por INEN.-

11. Asimismo, teniendo en consideración los argumentos esgrimidos por INEN en su escrito de contestación de demanda, el Árbitro Único considera pertinente responder también las siguientes interrogantes y/o argumentos de INEN, a fin de determinar si la pretensión planteada por LINDE se encuentra dentro de los alcances del convenio arbitral y, verificar si en ese sentido el Árbitro Único es competente para resolver la controversia:

- e) ¿Cuál es el alcance objetivo del convenio arbitral?
- f) ¿El Convenio Arbitral permite que el Árbitro Único resuelva respecto de reclamos por enriquecimiento sin causa y/o indemnizaciones?

Admisión de Medios Probatorios.-

12. Una vez fijados los puntos controvertidos, el Árbitro Único procedió a admitir los medios probatorios ofrecidos por las partes.
13. LINDE ofreció en su escrito de demanda arbitral los medios probatorios contenidos en los Anexos del 1 – A al 15 – A, los cuales fueron admitidos. Adicionalmente, mediante escrito N° 3 de fecha 30 de octubre de 2012, LINDE adjuntó una copia simple del Informe N° 217-2012-OL-OGA/INEN, el cual dado que aún no se había cerrado la etapa probatoria, el Árbitro Único admitió.
14. Por su parte, INEN únicamente adjuntó a su escrito de contestación de demanda arbitral la copia del convenio arbitral, en calidad de medio probatorio, el cual también fue admitido.

Otras actuaciones arbitrales.-

15. El 9 de julio de 2012, LINDE presentó el escrito N° 2, en el cual se pronunció respecto al escrito de contestación de demanda; el cual se trasladó al INEN, mediante Resolución N° 4, otorgándosele el plazo de tres (3) días hábiles a efectos de que manifieste lo conveniente a su derecho. Asimismo, el 19 de julio de 2012, dentro del plazo concedido, el INEN presentó su escrito N° 2, en el cual absolvió el traslado efectuado mediante Resolución N° 4.

Cambio de sede arbitral.-

16. El 12 de octubre de 2012, mediante Resolución N° 5 el Árbitro Único comunicó a las partes la variación de la sede arbitral a la Av. Víctor Andrés Belaunde N° 210, Piso N° 5, distrito de San Isidro.

Alegatos.-

17. El 22 de octubre de 2012, mediante Resolución N° 6 el Árbitro Único otorgó a las partes el plazo de diez (10) días hábiles, contados a partir de la recepción de la misma, a fin que las partes presenten sus alegatos escritos.



18. Asimismo, el 05 de noviembre de 2012 el INEN, mediante escrito N° 3 indicó que considera haber sustentado adecuadamente su posición respecto de la pretensión demandada. En virtud de ello, ratificó sus argumentos y solicitó sean merituados oportunamente.

Cierre de la Etapa Probatoria.-

19. El 13 de noviembre de 2012, mediante Resolución N° 7 el Árbitro Único tuvo presente los alegatos presentados y corrió traslado de los mismos a las partes; declarando cerrada la etapa probatoria y fijando el plazo para laudar, en virtud del numeral 32) del Acta de Instalación¹.

II. HECHOS DE LA CONTROVERSIA

20. En el presente acápite, el Árbitro Único procederá a describir los principales hechos del caso. Estos hechos se describirán teniendo en consideración lo señalado por las partes a lo largo del presente proceso, así como teniendo en cuenta los medios probatorios ofrecidos por las mismas. En tal sentido, su inclusión no significa el reconocimiento de la veracidad de los mismos, aspecto éste que será recién evaluado en la parte considerativa del presente laudo.

Así, a continuación, el Árbitro Único relatará los principales hechos del caso, que suscitaron la presente controversia arbitral.

El suministro del oxígeno líquido.-

21. Según sostuvo LINDE en su escrito de demanda arbitral, dicha empresa habría suministrado 63,489 metros cúbicos de oxígeno líquido a favor de INEN, durante el período comprendido desde el 17 de enero al 16 de junio de 2009; sin haberse realizado un proceso de selección, mediante el cual se le encargue el suministro de dicho producto, y en consecuencia, sin haber celebrado un contrato administrativo.
22. No obstante ello, LINDE solicita el reconocimiento y pago de la suma de S/. 183,483.21 (Ciento Ochenta y Tres Mil Cuatrocientos Ochenta y Tres con 21/100 Nuevos Soles), el cual equivale a multiplicar la cantidad de oxígeno suministrado por S/. 2.89 (Dos Soles con 89/100), costo promedio de mercado durante el año 2009 del metro cúbico de oxígeno líquido.

Posición de LINDE.-

23. En virtud a los hechos antes expuestos, LINDE sostiene que el INEN se ha visto beneficiado con el suministro que le fue proporcionado y, en aplicación de los principios generales que vedan el enriquecimiento indebido, es arreglado a derecho

¹ 27. El Árbitro Único declarará el cierre de la actuación probatoria cuando considere que las partes han tenido la oportunidad suficiente para exponer su caso. Después de esta fecha, no podrán presentar ningún escrito, alegación ni prueba, salvo por requerimiento o con autorización del Árbitro Único.



que se le indemnice por enriquecimiento sin causa, por un monto equivalente al valor del mercado del volumen del oxígeno líquido.

Posición de INEN.-

24. Por su parte, el INEN en su escrito de contestación de demanda arbitral no ha cuestionado los hechos expuestos por LINDE. Sin embargo, ha solicitado que se declare infundada la demanda, por cuanto no ha existido una relación contractual válida, por lo que no se podría hablar de prestaciones o cumplimiento de obligaciones.
25. Además, indica que de conformidad con el artículo 76° de la Constitución: "las obras y adquisición de suministros con utilización de fondos o recursos públicos se ejecutan obligatoriamente por contrata y licitación pública, así como también la adquisición y enajenación de bienes (...)" (Subrayado y negritas nuestras)
26. Continúa señalando que, en las controversias que vinculen a entidades estatales con terceros, es un requisito indispensable demostrar la existencia de una obligación contractual conforme a las formalidades previstas en la ley, sabiendo que uno de los elementos de la validez de un acto jurídico es la observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad, en virtud de lo dispuesto en el inc. 4) del artículo 140° del Código Civil.
27. Así, dado que INEN es un órgano dependiente del Ministerio de Salud, tiene la obligación de adquirir bienes y/o servicios de cualquier índole, seguir las formalidades previstas en la Ley de Contrataciones y su reglamento, Decreto Legislativo N° 1017 y Decreto Supremo N° 184-2008-EF, respectivamente. De lo contrario, cualquier acuerdo de voluntad sobre el particular devendría en nulo, salvo excepciones expresamente reguladas.
28. Por último indicó que el enriquecimiento sin causa es una materia extracontractual, en la medida que el resarcimiento y/o pago indemnizatorio constituye una controversia no arbitrable. Así pues, sería extraña a la relación contractual en la medida que el acuerdo de voluntades es la causa que justifica el enriquecimiento. Es decir, que el enriquecimiento sin causa constituye, en el ordenamiento jurídico peruano, una fuente de obligaciones distinta al contrato. En consecuencia, no puede ser discutida en un arbitraje.
29. En adición a lo anterior, el convenio arbitral suscrito por las partes "no establece la posibilidad de someter a arbitraje dicha pretensión, por lo que el Árbitro Único no puede avocarse a conocer y resolver la misma, ya que ésta debe ser revisada en el ámbito civil, caso contrario, se estaría lesionando el principio del debido proceso arbitral. Por consiguiente, la demanda deberá declararse "improcedente".

III. CONSIDERANDOS

30. Si bien es cierto que el INEN no ha cuestionado formalmente la competencia del Árbitro Único para resolver la presente controversia, vía una excepción de incompetencia; si lo ha hecho de manera indirecta, como un argumento de fondo.

En ese sentido, antes de resolver el tema de fondo, resulta pertinente abordar el cuestionamiento a la competencia del Árbitro Único.

III.1 SOBRE LA COMPETENCIA DEL ÁRBITRO ÚNICO

31. Como se desprende de la posición del INEN, la objeción a la competencia del Árbitro Único básicamente consiste en señalar que el enriquecimiento sin causa, invocado por LINDE no constituye materia arbitrable, en la medida que se encuentra fuera del alcance del convenio arbitral; producto de lo cual, el Árbitro Único sería incompetente para conocer y resolver esta controversia.
32. Ahora bien, aun cuando alguna de las partes cuestione la existencia, validez o alcances del convenio arbitral, el Árbitro Único será el único competente para pronunciarse respecto a su propia competencia, en aplicación del principio del *Competence – Competence*, el cual además ha sido reconocido en el artículo 41° de la Ley General de Arbitraje (en adelante, LGA), el cual a continuación citamos:

“El Tribunal Arbitral² es el único competente para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones u objeciones al arbitraje relativas a la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del convenio arbitral o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida o cualquiera otras cuya estimación impida entrar al fondo de la controversia. Se encuentran comprendidas en este ámbito las excepciones por prescripción, caducidad, cosa juzgada y cualquier otra que tenga por objeto impedir la continuación de las actuaciones arbitrales”. (Subrayado y negritas agregadas)

33. En ese sentido, y a efectos de resolver la objeción planteada por el INEN, el Árbitro Único considera pertinente absolver las siguientes preguntas:

i. ¿Cuál es el alcance objetivo del convenio arbitral?

34. Como señala Gonzales Cossío, el convenio arbitral *es un contrato por virtud del cual dos o más partes acuerdan que una controversia, ya sea presente o futura, se resolverá mediante arbitraje*³. Como tal cuenta con dos dimensiones, una subjetiva y otra objetiva. La dimensión subjetiva, determina qué partes quedan vinculadas y/u obligadas a arbitrar; mientras que la dimensión objetiva alude a qué controversias se podrán discutir en la vía arbitral. Toda vez que la objeción del INEN está referida a la dimensión objetiva, nos centraremos en ella.

² Cuando la LGA alude al Tribunal Arbitral se debe entender que ésta disposición es también para el Árbitro Único, en lo que resulte pertinente, de conformidad con el artículo 6° del referido LGA, que regula las reglas de Interpretación al señalar que: “cuando una disposición de este Decreto Legislativo: (...) e. Se refiera al tribunal arbitral, significa tanto un solo árbitro como una pluralidad de árbitros”.

³ Francisco Gonzales de Cossío. “Arbitraje”. Editorial Porrúa, México 2004. P. 56.

35. A efectos de determinar qué materias o controversias son arbitrables, hay que realizar un doble análisis. En primer lugar, verificar si lo que se está sometiendo a arbitraje constituye una materia de libre disposición, en virtud de lo establecido en el artículo 2° de la LGA⁴. En segundo lugar, habrá que constatar si es que las partes efectuaron alguna restricción o limitación respecto de las controversias que se podrán arbitrar, para lo cual será necesario revisar e interpretar el convenio arbitral.

36. En relación al primer límite, la doctrina mayoritaria ha aceptado que el enriquecimiento sin causa sí constituye materia arbitrable, e incluso ha sostenido que no cuenta con naturaleza extracontractual, sino que más bien es contractual⁵. No obstante ello, las partes, en aplicación de su autonomía de la voluntad pudieron haber pactado que se excluya del arbitraje todo tipo de controversias referidas al enriquecimiento sin causa, aunque su arbitrabilidad esté autorizada por el ordenamiento jurídico nacional. En tal sentido, corresponde formularnos la siguiente pregunta:

ii. ¿El Convenio Arbitral permite que el Árbitro Único resuelva respecto de reclamos por enriquecimiento sin causa y/o indemnizaciones?

37. Como las partes han señalado, el suministro del oxígeno en cuestión no estuvo precedido de la celebración de un contrato administrativo, por lo que no existe un documento físico que reúna las condiciones o los términos en que las partes acordaron que dicho suministro se realizaría. Sin perjuicio de ello, y una vez suscitada la controversia, las partes libremente y en pleno uso de la autonomía privada de la voluntad, el 14 de julio de 2011 celebraron un convenio arbitral.

38. Dicho convenio arbitral estableció literalmente lo siguiente:

"EL INSTITUTO NACIONAL DE ENFERMEDADES NEOPLÁSICAS (...) y AGA S.A. (...), por medio de la presente acuerdan someter la solución de la controversia suscitada en torno al suministro de oxígeno líquido sin sustento contractual por el período comprendido desde el 17 de enero al 16 de junio de 2009.

Al respecto, les manifestamos que la empresa AGA SA⁶ y el INSTITUTO NACIONAL DE ENFERMEDADES NEOPLÁSICAS – INEN, están de acuerdo en que la solución del conflicto se resuelva a través de un arbitraje único de

⁴ Art. 2° - Materias susceptibles de arbitraje

1.- Pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen.

2.- Cuando el arbitraje sea internacional y una de las partes sea el Estado o una sociedad, organización o empresa controlada por un Estado, esa parte no podrá invocar las prerrogativas de su propio derecho para sustraerse a las obligaciones derivadas del convenio arbitral".

⁵Campos Medina, Alexander. "La arbitrabilidad del enriquecimiento sin causa. A propósito de los contratos administrativos", en: Revista Peruana de Arbitraje, N° 3, Lima 2006, p. 317.

⁶La empresa AGA S.A. cambió de denominación social, ahora se denomina LINDE S.A.

derecho, a cargo de un árbitro designado por la Cámara de Comercio de Lima, hecho que se confirma mediante el presente documento, el cual es suscrito por los representantes legales de ambas partes.

Asimismo, cumplimos con indicar que la presente controversia involucra un monto ascendente a S/. 183,483.21 incluido IGV (...), correspondiente al suministro de oxígeno líquido, brindado al instituto en el año 2009.

(...)

Por lo expuesto, solicitamos se sirva proceder a dar inicio al procedimiento correspondiente". (Subrayado y negritas nuestras)

39. Como se desprende de la propia redacción del convenio arbitral, las partes sometieron al arbitraje la controversia "**suscitada en torno al** suministro de oxígeno líquido **sin sustento contractual**, por el período contractual comprendido desde el 17 de enero al 16 de junio de 2009"; sin efectuar limitación o restricción alguna a las materias que se podrán arbitrar. Mucho menos se hizo la división atendiendo a un criterio contractual, pues en el propio convenio arbitral se reconoce que el suministro de oxígeno se efectuó sin existir de por medio un contrato.
40. Además, en el segundo párrafo de la carta que contiene el convenio arbitral, las partes indicaron que "*están de acuerdo en que la solución del conflicto se resuelva a través de un arbitraje único de derecho (...)*". Nótese, que la voluntad de las partes fue que un árbitro único hallase una solución al conflicto surgido a raíz del suministro de oxígeno realizado por LINDE, sin discriminar las controversias en función a su naturaleza jurídica; la cual en este caso, al no haber contrato, evidentemente iba a ser de una distinta a la contractual.
41. Cabe mencionar que, si bien mediante un convenio arbitral las partes se comprometen a arbitrar aquellas controversias derivadas de una relación jurídica contractual también es perfectamente posible que esta relación o vinculación sea de otra naturaleza.
42. En ese sentido, el Árbitro Único es de la opinión que la cláusula arbitral ha sido redactada con claridad y permite que él sea competente para solucionar la controversia en cuestión.
43. Pero aún si la cláusula arbitral no hubiese sido lo suficientemente clara y/o hubiese dejado dudas respecto de si el enriquecimiento sin causa debía conocerse en la vía arbitral, la respuesta hubiese sido también afirmativa pues, como indica el experto en arbitraje internacional Gary Born⁷: "*las cláusulas arbitrales válidas generalmente se deben interpretar expansivamente y, en caso de duda, extenderla para que concuerde con la disputa reclamada en concreto (...)*".

⁷Gary B. Born. International Commercial Arbitration. Volumen I. Kluwer Law International. Netherlands, 2009. P. 1067



44. Dicho de otro modo, si la redacción de la cláusula arbitral no hubiese sido lo suficientemente clara, en aplicación del principio de *pro arbitri* y siguiendo a la doctrina autorizada, el alcance objetivo de la misma se tendría que interpretar de manera extensiva, de modo que, se incluya al enriquecimiento sin causa.
45. Por consiguiente, en atención a los fundamentos antes expuestos ha quedado acreditado que el Árbitro Único es competente para resolver la presente controversia. Dicho esto, corresponde ingresar al fondo de la misma, a efectos de determinar si se le debe pagar a LINDE por el oxígeno líquido que suministró a favor de INEN.

III.2 SOBRE LA PRETENSIÓN PLANTEADA POR LINDE

46. Como indicamos en el acápite de Antecedentes, la pretensión de LINDE es la siguiente:

“Que (...) se reconozca en calidad de monto indemnizatorio a favor de nuestra compañía, la suma ascendente a S/. 183, 483.21, por el suministro de INEN de un volumen de oxígeno líquido que totaliza 63, 489 metros cúbicos durante el período comprendido desde el 17 de enero al 16 de junio de 2009”

47. En tal sentido, antes de decidir si corresponde declarar fundada la demanda y ordenar al INEN indemnice a LINDE, por concepto del enriquecimiento sin causa, responderemos los siguientes puntos controvertidos:

iii. ¿LINDE suministró oxígeno líquido a INEN durante el período comprendido desde el 17 de enero al 16 de junio de 2009?

48. A efectos de acreditar el suministro de oxígeno líquido efectuado a favor del INEN, LINDE presentó como medios probatorios: (i) guías de remisión, y (ii) Oficios e informes elaborados por funcionarios del INEN, en los cuales se pronuncian en relación al suministro en cuestión.
49. En efecto, LINDE presentó siete (7) guías de remisión, las cuales supuestamente dejarían constancia de las fechas en que se realizó la entrega del oxígeno líquido, de las cantidades suministradas y si algún funcionario o trabajador del INEN lo recibió. En siguiente cuadro detalla, las guías de remisión presentadas:

Guía de Remisión	Fecha	Volumen de O2 líquido
813-004325	¿?	6,892
813-004326	¿?	4914
813-004327	25.2.09	11.820 (anulado)
813-004347	31.3.09	31,989
813-004362	30.04.09	12,600
813-004379	28.05.09	12,921
813-004389	30.06.09	13,128

50. De una revisión de las mencionadas guías de remisión, el Árbitro Único concluye que efectivamente LINDE suministró oxígeno líquido a favor de INEN, durante los meses de enero – junio del año 2009, y que éstos fueron recibidos por INEN, según consta de las mismas guías de remisión, las cuales fueron suscritas en señal de conformidad por el Jefe de la Unidad de Almacén del Organismo Público Descentralizado del INEN.

51. A continuación, insertamos la imagen de una de las guías de remisión, en la que se aprecia el remitente, el destinatario, el producto, y la recepción del mismo por el INEN:

52. Si bien hemos graficado el contenido de una sola guía de remisión, esta información se desprende también de las 6 restantes.

53. Cabe mencionar que, en dos de las siete guías de remisión no es posible identificar la fecha del suministro. Asimismo, tampoco se puede determinar con precisión cuál fue la cantidad suministrada, pues el total de los metros cúbicos del oxígeno líquido consignado en tales documentos es mayor al que LINDE declara haber suministrado. Sin perjuicio de ello, el Árbitro Único posteriormente se pronunciará en relación a la cantidad del producto suministrado.

54. Suma a lo antes expuesto el hecho que INEN ha reconocido expresamente que LINDE le suministró el oxígeno líquido, tal como se desprende del Informe N° 111-2010-UALM-PL-OGA/INEN, de fecha 09 de julio de 2010, elaborado por el Jefe de la Unidad de Almacén del INEN, Teodoro Vergara Bautista y enviado a la Directora Ejecutiva de la Oficina de Logística, Lic. Adm. Cecilia Pérez-Palma Garreta, en el que éste le informa que desde el 17 de enero hasta el 16 de junio de 2009, se consumieron 63,489 metros cúbicos del proveedor AGA S.A. (ahora, LINDE). A continuación, citamos el referido informe:

"AÑO DE LA CONSOLIDACIÓN ECONÓMICA Y SOCIAL DEL PERÚ"

INFORME N° 111-2010-UALM-OL-OGA/INEN

A: Lic. Adm. Cecilia V. Pérez-Palma Garreta
Directora Ejecutiva de la Oficina de Logística

DE: Sr. Teodoro Vergara Bautista
Jefe de la Unidad Funcional de Almacén General

ASUNTO: Informe del Oxígeno Líquido Medicinal

FECHA: Surquillo, 09 de Julio del 2010

RECIBIDO
09 JUL. 2010

Mediante el presente me dirijo a usted para saludarla, y a la vez informarle sobre el Consumo de Oxígeno Líquido Medicinal del mes de Enero a Junio del 2009, teniendo como referencia la lectura del control Digital:

- El 17 Enero 2009 Inicia la lectura con 246,147 y termina al 31 Enero con 252,024 de lectura, teniendo 5,877 m3 de consumo.
- El 01 Febrero 2009 Inicia la lectura con 252,024 y termina al 28 Febrero con 264,381 de lectura, teniendo 12,357 m3 de consumo.
- El 01 Marzo 2009 Inicia la lectura con 264,381 y termina al 31 Marzo con 277,135 de lectura, teniendo 12,754 m3 de consumo.
- El 01 Abril 2009 Inicia la lectura con 277,135 y termina al 30 Abril con 289,697 de lectura, teniendo 12,562 m3 de consumo.
- El 01 Mayo 2009 Inicia la lectura con 289,697 y termina al 31 Mayo con 303,311 de lectura, teniendo 13,614 m3 de consumo.
- El 01 Junio 2009 Inicia la lectura con 303,311 y termina al 16 Junio con 309,636 de lectura, teniendo 6,325 m3 de consumo.

En Total del 17 Enero 2009 se inicia la lectura con 246,147 y termina al 16 Junio con 309,636 de lectura, teniendo 63,489 m3 de consumo.


Cabe precisar que este reporte corresponde al consumo de oxígeno líquido adquirido de la empresa AGA y que no fue cancelado.

Se adjunta cuadros comparativos del consumo.

Agradeciendo su atención quedo de usted.

Atentamente,

IVIMBY
T. C. Andino


TEODORO VERGARA BAUTISTA
JEFE DE LA UNIDAD DE ALMACEN
ORGANISMO PUBLICO DESCENTRALIZADO
Instituto Nacional de Enfermedades Neoplásicas



INSTITUTO NACIONAL DE ENFERMEDADES NEOPLÁSICAS
AV. ALMIRANTE Gato 2520 Lima - 24 Telf. 710-6900 Fax 620-4891 Web: www.inen.gob.pe e-mail: postmaster@inen.sld.pe


55. En ese mismo sentido, se pronunció el INEN en el Informe N° 143-2010-OL/INEN de fecha 6 de octubre de 2010, y en el Memorando N° 1300-2011-OL-OGA/INEN de fecha 25 de julio de 2011.
56. Por lo anterior, ha quedado demostrado que LINDE efectivamente suministró oxígeno líquido a INEN, durante los meses de febrero, marzo, abril, mayo y junio del 2009. Así, habiendo dicho esto queda por determinar lo siguiente:

iv. ¿Qué cantidades de oxígeno suministró LINDE al INEN y a qué precio?
¿A cuánto asciende el valor del oxígeno suministrado?

57. Como indicamos líneas arribas, no es posible determinar con exactitud la cantidad del oxígeno suministrada a partir de la revisión de las guías de remisión. No obstante ello, en el Informe N° 143-2010-OL/INEN la Jefa de la Unidad de Adquisiciones del INEN indicó lo siguiente:

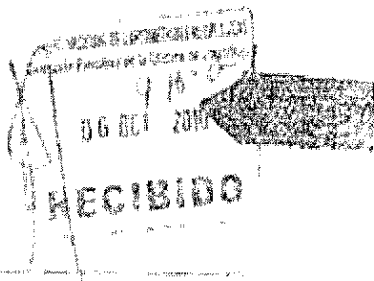
9-A



INFORME N° 143-2010-OL/INEN

A.	El Jefe de la Unidad de Adquisiciones del INEN	
B.	El Jefe de la Unidad de Almacén del INEN	
C.	El Jefe de la Unidad de Logística del INEN	
D.	El Jefe de la Unidad de Mantenimiento del INEN	
E.	El Jefe de la Unidad de Limpieza del INEN	
F.	El Jefe de la Unidad de Seguridad del INEN	
G.	El Jefe de la Unidad de Asesoría del INEN	
H.	El Jefe de la Unidad de Control de Calidad del INEN	
I.	El Jefe de la Unidad de Registro del INEN	
J.	El Jefe de la Unidad de Estadística del INEN	
K.	El Jefe de la Unidad de Investigación del INEN	
L.	El Jefe de la Unidad de Promoción del INEN	
M.	El Jefe de la Unidad de Prevención del INEN	
N.	El Jefe de la Unidad de Rehabilitación del INEN	
O.	El Jefe de la Unidad de Radiación del INEN	
P.	El Jefe de la Unidad de Transmisión del INEN	
Q.	El Jefe de la Unidad de Vigilancia del INEN	
R.	El Jefe de la Unidad de Diagnóstico del INEN	
S.	El Jefe de la Unidad de Tratamiento del INEN	
T.	El Jefe de la Unidad de Seguimiento del INEN	
U.	El Jefe de la Unidad de Evaluación del INEN	
V.	El Jefe de la Unidad de Investigación del INEN	
W.	El Jefe de la Unidad de Promoción del INEN	
X.	El Jefe de la Unidad de Prevención del INEN	
Y.	El Jefe de la Unidad de Rehabilitación del INEN	
Z.	El Jefe de la Unidad de Radiación del INEN	



Firma: _____

Nombre: ANA MARIA GARCIA GARCIA

Cargo: Jefa de la Unidad de Adquisiciones del INEN

58. Así pues, en el informe antes citado se reconoce nuevamente que LINDE suministró oxígeno a favor de INEN, y que de conformidad con el reporte de lectura del control digital emitido por el Jefe de la Unidad de Almacén del INEN, éste ascendió a 63,489 metros cúbicos.

59. Si bien es cierto, LINDE sostuvo en su demanda arbitral haber suministrado esta cantidad, esa afirmación sólo constituía un mero dicho de parte. Sin embargo, luego de haber conocido el informe antes mencionado, el Árbitro Único concluye que, LINDE suministró a favor de INEN 63,489 metros cúbicos de oxígeno líquido, durante los meses de febrero a junio de 2009.

60. En relación al precio del oxígeno líquido, es importante señalar que las guías de remisión no contienen información alguna en ese sentido, en consecuencia no es posible determinar cuál habría sido el precio pactado por las partes por dicho producto. Sin embargo, ello se torna irrelevante, en la medida que, LINDE y el INEN coinciden en fijar como precio la suma de S/. 2.89 (Dos con 89/100 Nuevos Soles), el cual corresponde al costo promedio por metro cúbico de oxígeno líquido del año 2009.

61. En consecuencia, el Árbitro Único concluye que LINDE suministró al INEN 63,489 metros cúbicos, por la suma de S/. 2.89 por metro cúbico.

v. **¿INEN pagó a LINDE el total del valor del oxígeno líquido suministrado? De ser negativa la respuesta: ¿A cuánto asciende el monto del valor del oxígeno suministrado por LINDE y no pagado por el INEN?**

62. En el Memorando N° 1300-2011-OL-OGA/INEN de fecha 25 de julio de 2011, enviado por la Directora Ejecutiva del Área de Logística del INEN, Cecilia Pérez – Palma al Director de la Oficina de Asesoría Jurídica, Luis Alejandro Liendo Liendo se señala que existe una deuda a favor de LINDE por el oxígeno suministrado y que ésta asciende a la suma de S/. 183,483.21, producto de multiplicar el volumen del oxígeno suministrado por el precio de metro cúbico. El detalle es el siguiente:

Producto	Volumen	Precio por m3	Total
Oxígeno Líquido	63,489	2.89	183,483.21

63. Si bien es cierto, el reconocimiento de la deuda por parte de INEN data de julio del 2011 y desde ese momento hasta la fecha de terminación del arbitraje las circunstancias pudieron haber cambiado, como por ejemplo, el INEN pudo haber efectuado el pago de la deuda a favor de LINDE, en este caso el Árbitro Único no cuenta con evidencias en ese sentido. En ninguna de las actuaciones arbitrales el INEN señaló que el pago estuviese en vías de ejecución o que se hubiese realizado parcialmente. Incluso, en el último escrito que presentó del 05 de noviembre de 2012 omitió pronunciarse en relación a los hechos como a la deuda que se le imputaba.

64. Dicho de otro modo, el INEN no ha discutido la imputación de la deuda que efectúa LINDE, en virtud de lo cual, este Árbitro Único concluye que la deuda aún no se ha pagado.

vi. **Una vez determinado el monto supuestamente pendiente de pago referido en el punto anterior, ¿corresponde que INEN pague a LINDE dicho monto?**

65. Si bien es cierto, ha quedado suficientemente acreditado que LINDE suministró 63,489 metros cúbicos de oxígeno líquido a INEN, por la suma de S/. 2.89 por metro cúbico; corresponde determinar si el INEN debe indemnizar a LINDE, por enriquecimiento sin causa.

El enriquecimiento sin causa.-

66. De un lado, el artículo 1954° del Código Civil⁸ define al enriquecimiento sin causa como aquella situación en la que hay un sujeto que se enriquece indebidamente a expensas de otro, quedando este último obligado a indemnizarlo. De otro lado, el artículo 1955° del Código Civil regula un supuesto de su procedencia indicando que: *"no es procedente cuando la persona que ha sufrido el perjuicio puede ejercitar otra acción para obtener la respectiva indemnización"*.
67. Toda vez que LINDE y el INEN no celebraron contrato administrativo alguno, tal como ambos lo reconocieron expresamente; y que no existe ningún título justo, en virtud del cual se efectuó el suministro; concluimos que, LINDE no tenía otra vía, a través de la cual ejercitar otra acción a efectos de ser indemnizado. En consecuencia, si resulta procedente que LINDE invoque ésta institución jurídica habrá a efectos de ser indemnizado.
68. Sin perjuicio de lo anterior, y a fin de decidir si se declara fundada la demanda, es necesario verificar si concurren los requisitos para su configuración.
69. Llambías⁹ ha indicado que, para hacerse acreedor a una indemnización por enriquecimiento sin causa es necesario cumplir con los siguientes requisitos, a saber: (i) el enriquecimiento de una persona, (ii) el empobrecimiento de otra, (iii) la relación causal entre esos hechos, (iv) la ausencia de causa justificante del enriquecimiento, y (v) la carencia de otra acción útil para remediar el perjuicio.
70. El Árbitro Único considera que, al haberse demostrado que el suministro del oxígeno efectivamente se realizó y que, habiendo transcurrido, aproximadamente tres años desde la fecha de inicio del suministro, sin que INEN haya pagado a LINDE por tal concepto¹⁰ se produjo: (i) un enriquecimiento en el INEN, quien disfrutó y utilizó el oxígeno líquido que le fue proporcionado por LINDE, sin haber pagado en contraprestación su precio, (ii) un enriquecimiento en LINDE quien cumplió con la prestación a su cargo, sin haber recibido a cambio el precio de lo entregado; y (iii) una relación directa entre el enriquecimiento del INEN y el

⁸ Artículo 1954° del Código Civil: *"Aquel que se enriquece indebidamente a expensas de otro está obligado a indemnizarlo"*.

⁹ Llambías, Jorge Joaquín. Tratado de las Obligaciones. Buenos Aires: Perrot, 1964, tomo IV-B, p. 375.

¹⁰ Las partes no han indicado si la suma reclamada por LINDE corresponde a un saldo o a la totalidad de lo suministrado. Así, independientemente si se pagó poco o nada, lo importante a efectos de resolver esta controversia es que existe un saldo a favor de LINDE, pendiente de pago.

empobrecimiento de LINDE, en la medida que, el INEN se ha enriquecido por lo menos en la misma proporción que LINDE ha visto disminuido su patrimonio.

71. En relación a la ausencia de causa justificante, las partes han reconocido que no se suscribió contrato alguno, y que ni siquiera se convocó a un proceso de selección para la adjudicación de la prestación de este servicio. Sobre este punto, es importante señalar que, en este arbitraje no se discute si los funcionarios del INEN incurrieron o no en responsabilidad funcional al haber obtenido oxígeno líquido, sin haber convocado un proceso de selección; y si este comportamiento estuvo o no acorde con la normativa de contratación estatal. Tales temas deberán ser discutidos o cuestionados por los órganos estatales correspondientes.
72. Si bien, la adquisición de este producto no siguió las formalidades y procedimientos de la contratación pública; lo cierto es que, un privado que de buena fe suministró un producto a favor de una entidad estatal, no se puede ver perjudicado económicamente por dicha omisión. Es decir, en los hechos una entidad estatal se ha beneficiado a costas de proveedor, LINDE; y no existe razón válida para denegarle a LINDE el beneficio económico correspondiente.
73. Tal como señaló la Dirección Técnico Normativa del Organismo Supervisor de las Contrataciones con el Estado, en la Opinión N° 042-2010/DTN:

“(…) para que en el marco de las contrataciones del Estado se verifique un enriquecimiento sin causa es necesario que: (i) la Entidad se haya enriquecido y el proveedor se haya empobrecido; (ii) que exista conexión entre el enriquecimiento de la Entidad y el empobrecimiento del proveedor, la cual estará dada por el desplazamiento de la prestación patrimonial del proveedor a la Entidad; y (iii) que no exista una causa jurídica para esta transferencia patrimonial, como puede ser la ausencia de contrato al haberse declarado su nulidad de oficio.

Por tanto, el proveedor que se encuentre en la situación descrita bien podría ejercer la acción por enriquecimiento sin causa ante la vía correspondiente a efectos que requerir el reconocimiento de las prestaciones ejecutadas a favor de la Entidad mediante una indemnización. Situación en la cual, la autoridad que conozca y resuelva dicha acción probablemente reconocería que, en los hechos, la Entidad se habría beneficiado (enriquecido a expensas del proveedor) con las prestaciones ejecutadas en su favor, y, en aplicación de los principios generales que vedan el enriquecimiento sin causa, ordenaría a la Entidad no solo reconocer el íntegro del precio de la prestación ejecutada y sus respectivos intereses, sino también las costas y costos derivados de la interposición de la acción”. (Subrayado y negritas nuestras)



74. Finalmente, en relación con el requisito (iv), ya la Dirección Técnica Normativa del OSCE ha señalado en la Opinión N° 050-2008/DOP lo siguiente:

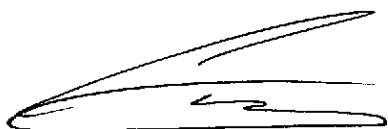
“Así, en la eventualidad que el contratista haya ejecutado actividades a favor de la Entidad, y ésta hubiera recibido un beneficio económico -las actividades ejecutadas- sin que haya retribuido el costo de las mismas, podría configurarse un enriquecimiento sin causa¹¹.

En relación con lo indicado, el Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, mediante la Resolución N° 176/2004.TC-SU, ha establecido lo siguiente: “(..) *nos encontramos frente a una situación de hecho, en la que ha habido – aún sin contrato válido – un conjunto de prestaciones de una parte debidamente aceptadas - y utilizadas por la otra, hecho que no puede ser soslayado para efectos civiles. En este sentido, cabe señalar que, conforme al artículo 1954° del Código Civil, el ordenamiento jurídico nacional no ampara en modo alguno el enriquecimiento sin causa. En efecto, no habiéndose suscrito el contrato correspondiente, no ha existido fundamento legal ni causa justa para dicha atribución patrimonial que sustente el enriquecimiento indebido en el que ha incurrido la Entidad, circunstancias que deberá ser ventilada por las partes en la vía correspondiente*”.
(Subrayado, negritas y cursivas nuestras)

75. Por todos los fundamentos antes desarrollados, el Árbitro Único concluye que en este caso se han configurado también cada uno de los requisitos para que se declare fundada una demanda por enriquecimiento sin causa.

IV. RESOLUCIÓN

76. Por consiguiente, este Árbitro Único resuelve declarar **FUNDADA** la demanda arbitral, en consecuencia, ordena al INEN pague a favor de LINDE, la suma de S/. 183,483.21 (Ciento Ochenta y Tres Mil Cuatrocientos Ochenta y Tres con 21/100 Nuevos Soles), por concepto de enriquecimiento sin causa, derivado del suministro de 63,489 metros cúbicos de oxígeno líquido que LINDE efectuó a favor de INEN, durante el período comprendido desde el 17 de enero al 16 de junio de 2009.



CARLOS NÚÑEZ CABALLERO

Árbitro Único



TATIANA HERRADA SÁNCHEZ

Secretaria Arbitral

¹¹ De conformidad con lo establecido por el artículo 1954° del Código Civil, “*Aquel que se enriquece indebidamente a expensas de otro está obligado a indemnizarlo.*”