



CENTRO DE
ANÁLISIS Y
RESOLUCIÓN
DE CONFLICTOS

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

Exp. 2973-345-20

Exp. 2973-345-20

**NORDIC PHARMACEUTICAL COMPANY S.A.C. Y MINISTERIO DEL
INTERIOR**

LAUDO ARBITRAL PARCIAL

DEMANDANTE:
NORDIC PHARMACEUTICAL COMPANY S.A.C.
(en adelante, NORDIC)

DEMANDADO:
MINISTERIO DEL INTERIOR
(en adelante, MININTER)

ÁRBITRO ÚNICO:

Derik Roberto Latorre Boza

SECRETARÍA ARBITRAL:

Alex Salinas Villaorduña

Lima, 2 de setiembre de 2021

DECISIÓN N° 7

Habiéndose realizado las actuaciones arbitrales de acuerdo con la ley, el Reglamento de Arbitraje de la Unidad de Arbitraje del Centro de Resolución de Conflictos de la Pontificia de la Universidad Católica del Perú (en adelante, el Reglamento de Arbitraje del Centro), y las normas establecidas por las partes, analizados los argumentos sometidos a consideración del Árbitro Único y de la deliberación alrededor de la objeción a la continuidad del arbitraje, y excepciones de caducidad e incompetencia formuladas por la Entidad, el Árbitro Único procede a dictar el siguiente Laudo Parcial.

I. GLOSARIO DE TÉRMINOS:

Demandante o Contratista o NORDIC	NORDIC PHARMACEUTICAL COMPANY S.A.C.
Demandada o Entidad o MININTER	MINISTERIO DEL INTERIOR
Ley de Arbitraje	Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje
LCE	Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado. Aprobado mediante Decreto Supremo N° 082-2019-EF y publicado en el Diario Oficial El Peruano el 13 de marzo de 2019.
RLCE	Decreto Supremo N° 344-2018-EF, que aprueba el Reglamento de la Ley N° 30225, modificado por Decreto Supremo N° 377-2019-EF.

II. CONSTITUCIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

1. Con fecha 9 de diciembre de 2020, el abogado Derik Roberto Latorre Boza remite su aceptación como Árbitro Único, quedando el Tribunal Arbitral Unipersonal constituido.

III. ANTECEDENTES

1. El escrito presentado por el MININTER el 31 de mayo de 2021, mediante el cual objeta la continuidad del arbitraje.
2. El escrito presentado por NORDIC el 02 de julio de 2021, mediante el cual absuelve la objeción a la continuidad del arbitraje.
3. El escrito presentado por el MININTER el 11 de junio de 2021, mediante el cual contesta la demanda y deduce excepciones de caducidad e incompetencia.
4. El escrito presentado por NORDIC el 12 de julio de 2021, mediante el cual absuelve excepciones de caducidad e incompetencia.

IV. ANÁLISIS:

POSICIÓN DEL MININTER

1. Mediante el escrito de Antecedente (1), el MININTER objeta la continuidad del arbitraje conforme a los siguientes argumentos:
 - El convenio arbitral debe constar por escrito. Lo que aclara no ha ocurrido en el presente caso, toda vez que no existe ningún contrato suscrito entre la Entidad y el contratista; por ende, no hay un convenio arbitral.
 - Aun cuando la Ley de Arbitraje no sanciona la inobservancia de tal formalidad (ser escrito) con la nulidad, lo concreto aquí es que el ordenamiento jurídico sí exige obligatoriamente el consentimiento (acuerdo) de las partes de someter a arbitraje sus controversias ya sea presentes o futuras. Dicha exigencia, tampoco aparece en ningún medio probatorio ni de la solicitud de arbitraje como de la demanda arbitral.
 - Además, afirma el MININTER que no se observa de los documentos

adjuntados que se haya concertado mediante la ejecución de otros actos o por cualquier otro medio, algún pacto entre las partes de pretender someter a arbitraje cualquier controversia.

- Afirma el MININTER que se emitió la Orden de Compra Guía de Internamiento N° 0000201, con el fin de que se regularice la adquisición de 800 000 mascarillas de tres pliegues quirúrgicas desechables planas (Covid-19) vía Contratación Directa, en virtud a la emergencia sanitaria establecida mediante Decreto Supremo N° 044-2020-PCM y sus modificatoria, debido a las graves circunstancias que afectan la vida de la Nación a consecuencia del brote del COVID-19. No obstante, agrega que, mediante Memorando N° 434-2020/IN/OGAF del 30 de junio de 2020, la Oficina General de Administración y Finanzas en atención al Informe N° 000349-2020/IN/OGAF/OAB de la Oficina de Abastecimiento, dispuso dejar sin efecto las actuaciones preparatorias de la Contratación Directa para la adquisición de las 800 000 mascarillas en mención, que derivaron en la emisión de la Orden de Compra - Guía de Internamiento N° 0000201, por incumplimiento de las disposiciones establecidas en el Artículo 29 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, motivo por el cual no se suscribió el contrato respectivo.
- Considera el MININTER que en la relación jurídica patrimonial que se atribuye a su representada no está probado el consentimiento (acuerdo) de ambas partes de someter las controversias a arbitraje, aunado a que tampoco se ha demostrado con suficiencia que la contratación que se indica se desprenda de órdenes de compra o de servicios de Acuerdo Marco; en consecuencia, tales hechos representan una falta de convenio arbitral que autorice la tramitación del presente proceso en la vía arbitral.
- Por tanto, formula objeción a la continuación del presente arbitraje, por cuanto la vía arbitral no es la adecuada para pronunciarse sobre el reclamo de las pretensiones planteadas; por lo que, resulta inviable continuar con el arbitraje; por consiguiente, solicita se declare procedente su objeción sobre la continuación del presente arbitraje, ordenando el archivo definitivo del presente proceso.

2. Mediante el escrito de Antecedente (3), el MININTER contesta la demanda, pero a la vez deduce excepciones de caducidad e incompetencia conforme a los siguientes argumentos:

2.1. Excepción de caducidad respecto a la primera pretensión

- Señala el MININTER que es preciso tener en cuenta lo establecido en el artículo 2006 del Código Civil, el cual permite que esta figura pueda ser declarada de oficio, esto debido a que se trata de una institución de orden público; por tanto, en la medida que se busca proteger el interés público, nada impide que la caducidad pueda ser declarada de oficio.
- Asimismo, señala que el demandante en su demanda, refiere en el numeral 3.2. que cumplieron con entregar el íntegro de las referidas mascarillas, el 08 de mayo de 2020, y, asimismo, que en el numeral 4.12. reconoce que en innumerables oportunidades ha remitido cartas notariales solicitando la conformidad y el pago correspondiente. Por lo que, afirma el MININTER que, al haber exigido en varias oportunidades la demandante, que se otorgue la conformidad y el pago de la contraprestación, correspondía dar inicio a una conciliación o un arbitraje en el marco de lo dispuesto por la normativa de contrataciones del Estado.
- Citando el artículo 45 del TUO de la LCE, afirma el MININTER que el contratista tenía 30 días hábiles, para poder solicitar vía conciliación o arbitraje, que la Entidad cumpla con otorgarle la conformidad; el mismo que comenzaba a contabilizarse desde el día siguiente de vencido el plazo de los diez (10) días que tenía la Entidad para emitir la conformidad de los bienes entregados por el contratista; es decir, conforme a lo señalado en la demanda, el proveedor efectuó la entrega el 08 de mayo de 2020, siendo el plazo límite para que la Entidad emita la conformidad el 18 de mayo de 2020; por tanto desde el día siguiente, 19 de mayo de 2020, se contabiliza el plazo para que el proveedor hubiera iniciado las acciones correspondientes de acuerdo a lo conveniente a su derecho, conforme a lo regulado en el dispositivo legal antes invocado.
- Con Decreto Supremo N° 044-2020-PCM se declaró el Estado de Emergencia Nacional y el aislamiento social obligatorio por el brote del COVID-19 desde el 16 de marzo de 2020, situación que trajo como consecuencia la suspensión de los plazos procesales en los arbitrajes. Y que mediante Decreto Supremo N° 101-2020-PCM se aprueba la Fase 2 de la Reanudación de Actividades Económicas dentro del marco de la declaratoria de Emergencia Sanitaria Nacional, entre estas actividades se encontraba las actividades jurídicas. Por ello, el MININTER afirma que el plazo para que la demandante pueda iniciar cualquier mecanismo alternativo de solución comenzaba a contabilizarse desde el día siguiente, es decir

desde el 05 de junio de 2020.

- Del Acta de Conciliación N° 180-2020, signada con Expediente N° 174-2020, documento que fue adjuntado por el contratista, a través de su escrito de subsanación de demanda, el MININTER advierte que la solicitud de conciliación fue presentada el 27 de agosto de 2020 a horas 16:00 pm, conforme al sello de recepción.
- En virtud de que la Entidad no cumplió con otorgarle la conformidad, señala el MININTER que el contratista debía haber presentado su solicitud de conciliación dentro de los 30 días hábiles; luego de autorizarse las labores de los centros de conciliación extrajudicial (04 de junio de 2020); sin embargo, el demandante presentó su solicitud de conciliación el día 27 de agosto de 2020; luego de vencido el plazo de los 30 días, pues señala que el plazo para promover alguno de los mecanismos de solución de controversias venció el 20 de julio de 2020.
- Agrega el MININTER que el demandante no ha ejercitado su acción arbitral, respecto al otorgamiento de conformidad, dentro de los treinta días hábiles siguientes de haberse reiniciado las labores de las actividades jurídicas (Fase 2 de la reactivación económica), habiéndolo efectuado un mes después de vencido el plazo. De acuerdo a ello, afirma que la primera pretensión principal de la demanda en relación a la conformidad resulta ser improcedente; por ende, la segunda pretensión respecto al pago, que depende de la primera, deviene en INFUNDADA, al haber operado la caducidad, conforme a lo previsto en el artículo 45.2 de la LCE.

2.2. Excepción de incompetencia

- Señala el MININTER que no corresponde que la controversia continúe ventilándose en sede de arbitraje, correspondiendo a la empresa demandante incoar la acción legal ante el fuero judicial, debido a que no existe convenio arbitral para el sometimiento de las controversias a arbitraje, máxime que el contrato no se perfeccionó.
- Seguidamente, señala que la contratación directa para la "ADQUISICIÓN DE MASCARILLA TRES PLIEGUES QUIRURGICAS DESECHABLE PLANA – COVID 19" no se concretó, conforme se acredita con el Memorando N° 000434-2020/IN/OGAF del 30 de junio del 2020, mediante el cual, el ex Director General de la OGAF, dispuso a la Oficina de Abastecimiento dejar sin efecto las actuaciones preparatorias de la contratación directa de la adquisición de 800 000 mascarillas de tres pliegues quirúrgica desechable plana

- COVID 19, que derivaron en la emisión de la Orden de Compra N° 201-2020, por incumplimiento de las disposiciones establecidas en el Artículo 29 del RLCE.
- Dicha decisión se encuentra sustentada en el Informe N° 000349-2020/IN/OGAF/OAB del 22 de junio de 2020, emitido por la entonces Directora de la Oficina de Abastecimiento, que a su vez se fundamenta en el Informe N° 000784-2020/IN/OGAJ de la Oficina General de Asesoría Jurídica y el Informe N° 000322-2020/IN/OGAF/OAB del anterior funcionario a cargo de la Oficina de Abastecimiento.
- En ese sentido, al no haberse perfeccionado el contrato no existe convenio arbitral, por consiguiente, no corresponde a la competencia del Tribunal conocer y resolver las cuestiones debatidas pretendidas por la contratista demandante.

POSICIÓN DE NORDIC

- 3.** Mediante el escrito de Antecedente (2), NORDIC absuelve la objeción a la continuidad del arbitraje:
 - Afirma NORDIC que la Procuraduría Pública del MININTER se contradice, debido a que mediante su escrito de fecha 13 de noviembre del 2020 aceptó el presente arbitraje y señaló expresamente que debe ser institucional y además propuso que el presente arbitraje esté a cargo de un Tribunal Arbitral Unipersonal designado por el Centro de Arbitraje de la PUCP.
 - La norma aplicable al presente caso es la norma especial, es decir, la LCE y el RLCE, normas que establecen claramente en su Artículo 45.1 que toda controversia que surja en la ejecución contractual con el Estado se resolverá mediante conciliación o arbitraje; no existen otros mecanismos de solución. Asimismo, señala que la demandada deja de lado el inciso 4) del Artículo 13 del Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el Arbitraje.
 - Señala que el 07 de mayo de 2020 el MININTER emitió, mediante correo electrónico, la Orden de Compra - Guía de Internamiento N° 0000201 solicitando que interne en sus almacenes 800 000 (ochocientas mil) mascarillas con suma urgencia, por un valor de S/ 2 040 000.00 (Dos millones cuarenta mil con 00/100 Soles). Agrega que la Orden de Compra antes señalada ha sido emitida por los

funcionarios de la oficina administrativa competente del MININTER de acuerdo al Reglamento de Organización y Funciones de dicha institución y se ha emitido en ESTADO DE EMERGENCIA SANITARIA DEBIDAMENTE DECLARADA, por ende, resulta aplicable la Opinión N° 104-2020/DTN del 27 de octubre del 2020 que concluye lo siguiente:

"Cuando en virtud de la configuración de la causal de situación de emergencia —a que se refiere el literal b) del artículo 27 de la Ley—, la Entidad contrata bienes, servicios en general, consultorías u obras con un proveedor, regulariza la documentación a la que se refiere el artículo 100 del Reglamento, entre la que se encuentra la resolución o acuerdo que la aprueba, dentro del plazo previsto en la normativa de contrataciones del Estado o en las normas emitidas por el Gobierno Nacional que sean aplicables a la contratación, para tales efectos".

- Señala NORDIC que previamente a la emisión de la mencionada Orden de Compra, su representada el 06 de mayo del 2021 recibió el correo de solicitud de cotización de EPP para el MININTER, el cual fue respondido el mismo 06 de mayo del 2021 presentando su registro de RNP, Declaración Jurada, Ficha Técnica de Mascarilla, Constancia de Experiencia de su representada y la cotización correspondiente, siendo el resultado de dichas cotizaciones la Orden de Compra N° 0000201 del 07/05/2021, con lo cual se ha configurado o perfeccionado el contrato en estricta aplicación del Artículo 137 del RLCE en concordancia con el Artículo 1352 del Código Civil, aplicable supletoriamente al presente, debido a que existió un pedido de cotización de un producto, luego la cotización misma de su representada señalando precios y condiciones de entrega, luego de eso finalmente se emite la Orden de compra, con lo cual, se configura la fuente de adquisición de las obligaciones que ambas partes han asumido, configurándose el contrato debido a que todas las condiciones contractuales se ha determinado en cuanto al precio, plazo y condiciones, las obligaciones y ambas partes han expresado su consentimiento que establece el Artículo 1373 del Código Civil.

4. Mediante el escrito de Antecedente (4), NORDIC absuelve las excepciones formuladas por el MININTER

4.1. Respecto a la excepción de caducidad

- NORDIC señala que el MININTER omite señalar que el objeto del presente proceso arbitral es una contratación directa realizada por

el Ministerio demandado y basado en la causal de Estado de Emergencia (de conocimiento público) y que la misma está regulada en el literal b.4) del inciso b) del artículo 100 del RLCE y respaldado por el literal b) del Artículo 27.1 de la LCE, hecho que está totalmente acreditado con la Orden de Compra – Guía de Internamiento N° 201 del 07 de mayo del 2020 donde se señala “MASCARILLA DESCARTABLE QUIRÚRGICA 3 PLIEGUES ADQUISICIÓN DE MASCARILLA DE TRES PLIEGUES QUIRÚRGICAS DESECHABLE PLANA (COVID 19) EN VIA DE REGULARIZACIÓN POR CAUSAL DE SITUACIÓN DE EMERGENCIA –DECRETO SUPREMO N° 008-2020-SA”, confirmado con el Informe N° 000998-2020/IN/OAGF/OAB del 30 de noviembre del 2020 adjuntado en autos por la propia procuraduría pública.

- Los procedimientos y los plazos son completamente distintos a los señalados por la Procuraduría Pública en su excepción, debido a que el RLCE establece claramente que, “como máximo, dentro del plazo de diez (10) días hábiles siguientes de efectuada la entrega del bien [...] la Entidad regulariza aquella documentación referida a las actuaciones preparatorias, el informe o los informes que contienen el sustento técnico legal de la Contratación Directa, la resolución o acuerdo que la aprueba, así como el contrato y sus requisitos, que a la fecha de la contratación no haya sido elaborada, aprobada o suscrita, según corresponda; debiendo en el mismo plazo registrar y publicar en el SEACE los informes y la resolución o acuerdos antes mencionados. Para la regularización de la garantía, el plazo puede ampliarse por diez (10) días adicionales”. Por tanto, la entidad debió regularizar la documentación correspondiente en un plazo máximo de 20 (veinte) días hábiles de entregadas las 800 000 mascarillas, el 08 de mayo del 2020.
- De esta manera, señala que la excepción deducida no resulta aplicable al presente caso en aplicación estricta de lo establecido en el Artículo 45.6 de la LCE, debido a que su pretensión de emitirse la conformidad es teniendo en cuenta que la contratación ha sido directa y con causal de emergencia sanitaria debidamente declarada, es decir, es completamente excepcional y distinta a lo establecido en el Artículo 45.5 de la LCE que pretende aplicar el Ministerio demandado mediante la Procuraduría Pública en el presente caso, motivo por el cual solicita se declare infundada la excepción deducida, máxime cuando la caducidad debe aplicarse de manera restrictiva y basada en aplicación estricta de normas sustantivas sin interpretaciones extensivas.
- Sin perjuicio de lo señalado precedentemente, señala NORDIC que

se debe tener en cuenta la suspensión del cómputo de los plazos de tramitación de los procedimientos administrativos establecido en el DECRETO SUPREMO N° 087-2020-PCM denominado "Decreto Supremo que dispone la prórroga de la suspensión del cómputo de plazos regulada en el numeral 2 de la Segunda Disposición Complementaria Final del D.U. N° 026-2020, ampliado por el Decreto Supremo N° 076-2020-PCM y de lo dispuesto en el artículo 28 del Decreto de Urgencia N° 029-2020, ampliado por el Decreto de Urgencia N° 053-2020", por la presencia de la pandemia COVID 19 y por medidas de distanciamiento social obligatoria. Esta norma ha establecido que se han suspendido todos los plazos administrativos hasta el 10 de junio del 2020.

- En ese sentido, señala NORDIC el inicio del cómputo del plazo para la regularización de la contratación directa debe computarse desde el 11 de junio del 2020, con lo cual, el plazo máximo (20 días hábiles) para la regularización será el 09 de julio del 2020 y a partir del 10 de julio se computa el plazo para que la Entidad demandada emita la conformidad de la recepción de los bienes (800 000 mascarillas) el mismo que vence el 19 de julio del 2020 y desde el 20 de julio del 2020 se inicia el cómputo del plazo para inicio del proceso arbitral respecto a la pretensión de la emisión de la conformidad de entrega del producto, el mismo que vence el 31 de agosto del 2020.
- Agrega que su representada ha iniciado el proceso de conciliación con fecha 7 de agosto del 2020 con Expediente N° 150-2020, con la finalidad de buscar resolver la falta de respuesta de la Entidad respecto a la regularización documentaria de la contratación directa por estado de emergencia declarada, la emisión de la conformidad y el pago correspondiente, procedimiento de conciliación al cual el Ministerio se opuso por haber planteado la pretensión de ENRIQUECIMIENTO INDEBIDO, tal como acredita con su escrito de fecha 27/08/2020 a pesar que el día 26/08/2020 se había apersonado, hecho por el cual el Centro de Conciliación le remite la Carta N° 005-2020-CCI del 27/08/2020 donde incluye el informe N° 005-2020 dando por concluido el proceso de conciliación porque su solicitud tiene una pretensión que no es materia conciliable y para salvaguardar el derecho de las partes, pero el mismo día de cierre del proceso de conciliación, se inicia el proceso de conciliación con fecha 27/08/2020, hecho que solicita se tenga presente a efectos de declarar infundada la excepción de la Entidad demandada.

4.2. Respecto a la excepción de incompetencia

- Afirma NORDIC que la Procuraduría Pública del Ministerio del Interior

se contradice, debido a que mediante su escrito de fecha 13 de noviembre del 2020 aceptó el presente arbitraje y señaló expresamente que debe ser institucional y además propuso que el presente arbitraje esté a cargo de un Tribunal Arbitral Unipersonal designado por el Centro de Arbitraje de la PUCP.

- Por otro lado, señala que la norma aplicable al presente caso es la norma especial, es decir, la LCE y el RLCE, siendo que el artículo 45.1 de la LCE establece que toda controversia que surja en la ejecución de contractual con el Estado se resolverá mediante conciliación o arbitraje. Asimismo, agrega que la demandada dejó de lado el inciso 4) del Artículo 13 del Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el Arbitraje
- Señala NORDIC que el 07 de mayo de 2020, el MININTER emitió, mediante correo electrónico, la Orden de Compra - Guía de Internamiento N° 0000201 solicitando que cumpla su representada con internar en sus almacenes 800 000 (ochocientos mil) mascarillas con suma urgencia por un valor de S/ 2 040 000,00 (Dos millones cuarenta mil con 00/100 Soles). Agrega que la Orden de Compra antes señalada ha sido emitida por los funcionarios de la oficina administrativa competente del MININTER de acuerdo al Reglamento de Organización y Funciones de dicha institución y se ha emitido en ESTADO DE EMERGENCIA SANITARIA DEBIDAMENTE DECLARADA, por ende, resulta aplicable la Opinión N° 104-2020/DTN del 27 de octubre del 2020 que concluye lo siguiente:

"Cuando en virtud de la configuración de la causal de situación de emergencia —a que se refiere el literal b) del artículo 27 de la Ley—, la Entidad contrata bienes, servicios en general, consultorías u obras con un proveedor, regulariza la documentación a la que se refiere el artículo 100 del Reglamento, entre la que se encuentra la resolución o acuerdo que la aprueba, dentro del plazo previsto en la normativa de contrataciones del Estado o en las normas emitidas por el Gobierno Nacional que sean aplicables a la contratación, para tales efectos".

- Señala NORDIC que antes de la emisión de la mencionada Orden de Compra, su representada el 06 de mayo del 2021 recibió el correo de solicitud de cotización de EPP para el MININTER, el cual fue respondido el mismo 06 de mayo del 2021 presentando su registro de RNP, Declaración Jurada, Ficha Técnica de Mascarilla, Constancia de Experiencia de su representada y la cotización correspondiente, siendo el resultado de dichas cotizaciones la Orden de Compra N° 0000201 del 07/05/2021, con lo cual se ha configurado o

perfeccionado el contrato en estricta aplicación del Artículo 137 del RLCE en concordancia con el Artículo 1352 del Código Civil, aplicable supletoriamente al presente, debido a que existió un pedido de cotización de un producto, luego la cotización misma de su representada señalando precios y condiciones de entrega, luego de eso finalmente se emite la Orden de compra, con lo cual, se configura la fuente de adquisición de las obligaciones que ambas partes han asumido, configurándose el contrato debido a que todas las condiciones contractuales se ha determinado en cuanto al precio, plazo y condiciones las obligaciones y ambas partes han expresado su consentimiento que establece el Artículo 1373 del Código Civil.

- Respecto al no perfeccionamiento del contrato, señala que el Procurador Pública de manera conveniente omite señalar que el objeto del presente proceso arbitral es una CONTRATACION DIRECTA realizada por el Ministerio demandado y basado en la causal de ESTADO DE EMERGENCIA (de conocimiento público) y que la misma está regulada en el literal b.4) del inciso b) del Artículo 100 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado y respaldado por el literal b) del Artículo 27.1 de la Ley de Contrataciones del Estado, hecho que acredita con la Orden de Compra – Guía de Internamiento N° 201 del 07 de mayo del 2020 donde se señala “MASCARILLA DESCARTABLE QUIRURGICA 3 PLIEGES ADQUISICION DE MASCARILLA DE TRES PLIEGUES QUIRURGICAS DESECHABLE PLANA (COVID 19) EN VIA DE REGULARIZACIÓN POR CAUSAL DE SITUACIÓN DE EMERGENCIA – DECRETO SUPREMO N° 008-2020-SA” confirmado con el Informe N° 000998-2020/IN/OAGF/OAB del 30 de noviembre del 2020.

CONSIDERACIONES DEL ÁRBITRO ÚNICO

Objeción a la continuidad del arbitraje y excepción de incompetencia

5. Respecto a la objeción a la continuidad del arbitraje y a la excepción de incompetencia formuladas por la Entidad, se verifica que ambas se encuentran fundamentadas en los mismos argumentos, por lo que dicha objeción y excepción serán resueltas de forma conjunta.

El MININTER señala que no existe convenio arbitral para el sometimiento de las controversias a arbitraje, porque el contrato no se perfeccionó, ya que la contratación directa para la “ADQUISICIÓN DE MASCARILLA TRES PLIEGUES QUIRURGICAS DESECHABLE PLANA – COVID 19” no se

concretó, debido a que mediante el Memorando N° 000434-2020/IN/OGAF del 30 de junio del 2020, el ex Director General de la OGAF, dispuso a la Oficina de Abastecimiento dejar sin efecto las actuaciones preparatorias de la contratación directa.

6. El artículo 32.3 de la LCE establece que los contratos incluyen necesariamente y bajo responsabilidad, entre otras, la cláusula de Solución de controversias; es decir, la que contiene el Convenio Arbitral. Además, el artículo 32.4 señala que el RLCE “establece el procedimiento, plazos y requisitos para el perfeccionamiento del contrato, así como los casos en que el contrato puede perfeccionarse mediante una orden de compra o servicio, no debiendo necesariamente en estos casos incorporarse las cláusulas indicadas, sin perjuicio de su aplicación legal”.
7. El literal b) del artículo 27.1 de la LCE, establece que, excepcionalmente, las Entidades pueden contratar directamente con un determinado proveedor, ante una situación de emergencia derivada de acontecimientos catastróficos, situaciones que afecten la defensa o seguridad nacional, situaciones que supongan el grave peligro de que ocurra alguno de los supuestos anteriores, o de una emergencia sanitaria declarada por el ente rector del sistema nacional de salud.

En el caso del brote del Coronavirus (COVID-19), el OSCE ha concluido que aquél constituye un acontecimiento catastrófico¹ a los efectos de la normativa de contrataciones del Estado, que habilita a cualquier Entidad, en el marco de sus competencias, a aplicar la causal de contratación directa por situación de emergencia, prevista en el literal b del artículo 27.1 de la LCE.

De acuerdo a lo establecido en el artículo 100 del RLCE, la Entidad puede contratar directamente con un proveedor solo cuando se configure alguno de los supuestos del artículo 27 de la LCE. Asimismo, establece que *“en dichas situaciones, la Entidad contrata de manera inmediata los bienes, servicios en general, consultorías u obras estrictamente necesarios, tanto para prevenir los efectos del evento próximo a producirse, como para atender los requerimientos generados como consecuencia directa del evento producido, sin sujetarse a los requisitos formales de la presente norma. Como máximo, dentro del plazo de diez (10) días hábiles siguientes de efectuada la entrega del bien, o la primera entrega en el caso de suministros o del inicio de la prestación del servicio, o del inicio de la ejecución de la obra, la Entidad regulariza aquella documentación referida a las actuaciones preparatorias, el informe o los informes que contienen el sustento técnico legal de la Contratación Directa, la resolución o acuerdo que la aprueba, **así como el contrato y sus requisitos**, que a la fecha de la contratación no haya sido elaborada, aprobada o suscrita, según*

¹ Comunicado OSCE N° 011 de fecha 26 de abril de 2020.

corresponda; debiendo en el mismo plazo registrar y publicar en el SEACE los informes y la resolución o acuerdos antes mencionados. Para la regularización de la garantía, el plazo puede ampliarse por diez (10) días adicionales”.

8. Debe tenerse en cuenta que, conforme a la normativa de contrataciones del Estado, la actividad contractual del Estado se desarrolla a través de tres etapas sucesivas, claramente establecidas y reguladas: 1) etapa de actuaciones preparatorias y planificación, 2) etapa de selección y 3) etapa de ejecución contractual. La etapa de selección busca que la Entidad, a través de los procedimientos establecidos y cumpliendo los principios de la contratación pública, entre ellos, los de transparencia y de libre competencia, elija, sobre la base de criterios objetivos, la mejor oferta que se haya presentado para atender el requerimiento que haya planteado. En este caso, entonces, se busca desterrar todo indicio de subjetividad en la elección del cocontratante.



Sin embargo, la LCE y el RLCE establecen los supuestos (excepcionales) en los que las Entidades tienen permitido prescindir de la segunda etapa, es decir, la del procedimiento de selección, y elegir directamente al proveedor con el que contratarán (contrataciones directas), así como incluso de desarrollar los actos preparatorios y la ejecución contractual con un orden distinto al previsto normalmente. Uno de los supuestos que autoriza esa contratación directa es la situación de emergencia.

De acuerdo con la Opinión N° 104-2020/DTN, “la normativa de contrataciones del Estado ha previsto que, cuando se configura la situación de emergencia a la que se refiere el literal b) del artículo 27 de la Ley, la Entidad se encuentra facultada a **contratar inmediatamente** los bienes,

*servicios en general, consultorías u obras estrictamente necesarios, tanto para prevenir los efectos del evento próximo a producirse, como para atender los requerimientos generados como consecuencia directa del evento producido, con la **posibilidad de regularizar —dentro del plazo previsto en la normativa de contrataciones del Estado o en las normas emitidas por el Gobierno Nacional que sean aplicables a la contratación—**, aquella documentación a que se refiere el penúltimo párrafo del literal b) del artículo 100 del reglamento; es decir, la contratación directa por situación de emergencia es el **único caso** en el que la normativa de contrataciones del Estado ha establecido que **la Entidad puede contratar antes de que se realicen las actuaciones antes referidas**".*

De tal manera que, en la contratación directa por situación de emergencia, se tiene que, en primer lugar, se procede a la contratación material directa, incluyendo la ejecución de las prestaciones en cuanto ello sea posible; mientras que, en segundo lugar, se regularizan las actuaciones preparatorias y se perfecciona o formaliza la contratación. No obstante, materialmente el contrato existe desde antes de que se "regularice" las formalidades como el perfeccionamiento del Contrato.

En esa línea también se tiene que el OSCE ha señalado mediante la Opinión N° 120-2020/DTN que "En la contratación directa por situación de emergencia, **la Ley habilita a la Entidad a formar el acuerdo (es decir, a contratar)** sin ceñirse a los requisitos que 'ordinariamente' exige la normativa de Contrataciones del Estado para estos efectos. Siendo así, se puede afirmar que, en una contratación directa por situación de emergencia, **el contrato existirá desde el momento** en que concurra, de un lado, la voluntad del proveedor (oferta) y, de otro, la aceptación de la **Entidad**, no siendo necesario que se observe —en dicho momento— los requisitos formales que 'ordinariamente' exige la normativa de Contrataciones Estado. En una contratación directa por situación de emergencia, **la 'regularización' es simplemente una formalización o legalización del contrato ya celebrado**, lo que significa que en dicha regularización no se podría modificar el contrato ya existente".

En el presente caso, las acciones específicas que ocurrieron en la contratación directa por situación de emergencia fueron las siguientes:

Actos preparatorios y planificación

1. Requerimientos
2. Determinación de especificaciones
3. Consolidación de requerimiento
4. Indagación de mercado
7. Inclusión en el Plan Anual de Contrataciones
8. Sustentar la contratación mediante informes técnico y legal
9. Aprobación de la contratación directa
10. Aprobación de las Bases

Ejecución del contrato

5. Notificación de la Orden de Compra a Nordic
6. Entrega de productos por parte de Nordic
11. Perfeccionamiento del contrato y sus requisitos

- 9.** Es necesario tener en cuenta que el MININTER solicitó a NORDIC que presentara su cotización de EPP con fecha 6 de mayo y que dicha empresa formuló dicha cotización (que constituiría en buena cuenta su oferta) el mismo 6 de mayo del 2021. Asimismo, que el 07 de mayo de 2020, se emite la Orden de Compra – Guía de Internamiento N° 0000201 por 800 000 mascarillas por el precio de S/ 2 040 000,00, señalándose explícitamente que la adquisición se hace en “vía de regularización por causal de situación de emergencia – Decreto Supremo N° 008-2020-SA”. En este caso, tenemos que, con la notificación de la referida Orden de Compra, se concreta la contratación directa (sin procedimiento de selección) de Nordic por parte del Ministerio del Interior, toda vez que con dicho documento el MININTER da cuenta clara de que aceptó la oferta planteada por NORDIC el 6 de mayo de 2021. Asimismo, se tiene conocimiento que el 08 de mayo de 2020, la Contratista entrega las mascarillas a la Entidad, adjuntando Guía de Remisión N° 0012-0004863, la cual fue sellada por el Área de Almacén de la Oficina de Abastecimiento – OGAF del Ministerio del Interior, lo cual no ha sido negado por la Entidad. Luego, ambas partes coinciden en que, luego de la contratación directa, no se regularizó las actuaciones preparatorias, ni se perfeccionó el Contrato. En el gráfico anterior se ha señalado las actuaciones pendientes de “regularizar” en letras rojas. Sin embargo, resulta claro que el hecho de que no se hayan regularizado esas actuaciones, incluyendo el perfeccionamiento del Contrato, no enerva el hecho de que se haya desarrollado una contratación directa, regulada por la LCE y el RLCE, prescindiendo conforme a nuestro ordenamiento, del procedimiento de selección, y dando cumplimiento a las prestaciones requeridas de manera anticipada; es decir, el contrato ya existía a ese momento.
- 10.** Respecto a la Orden de Compra – Guía de Internamiento N° 0000201, si bien para este caso, considerando el monto de la contratación, no resulta ser un documento suficiente para el perfeccionamiento del contrato (conforme a lo establecido en el artículo 137.1 del RLCE), sin embargo, se trata de un documento idóneo que prueba de manera fehaciente que la Entidad sí dio el trámite correspondiente a una contratación directa con la Contratista; es más, fue dicho documento el que generó las actuaciones materiales posteriores; es decir, el cumplimiento a cargo de Nordic de la entrega de los productos requeridos. Asimismo, la entrega de las mascarillas, que no ha sido negada por la Entidad, da cuenta de la ejecución derivada de dicha contratación directa. Por tanto, si bien no se regularizó la suscripción del contrato como tal, se verifica que sí se concretó la contratación directa, así como que se procedió con la ejecución del mismo, de acuerdo a lo establecido en la normativa de contrataciones del Estado. Asimismo, se tiene que la Entidad ha reconocido que se efectuó la entrega y distribución de las mascarillas a los usuarios finales proporcionadas por la empresa NORDIC.

11. De acuerdo con artículo 45 de la LCE, “**las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución**, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez **del contrato se resuelven, mediante conciliación o arbitraje**, según el acuerdo de las partes”.

Por tanto, existe evidencia contundente de que la contratación directa por situación de emergencia derivada de un evento catastrófico (COVID 19), iniciada por el MININTER se concretó, materialmente, con la oferta formulada por NORDIC el 6 de mayo de 2021, aceptada por el MININTER mediante la Orden de Compra – Guía de Internamiento N° 0000201, recibida por NORDIC el 7 de mayo de 2021. Cabe precisar, además, que dicha contratación material derivó en la ejecución de las prestaciones a cargo de Nordic, a pesar de que el MININTER no efectuó la formalización correspondiente, lo que no enerva la existencia del contrato, razón por la que, de acuerdo al artículo 45 de la LCE, el mecanismo de solución de controversia para este caso, es la conciliación o el arbitraje.

Asimismo, si bien no se cuenta con un convenio arbitral incluido expresamente en en la Orden de Compra, este último documento sí señalaba expresamente que la adquisición se hacía en “vía de regularización por causal de situación de emergencia – Decreto Supremo N° 008-2020-SA”, estando dicho tipo de contratación regulado por la LCE y el RLCE, normas que como se ha señalado establecen el arbitraje como el medio natural de solución de controversias que se susciten.

El artículo 226, numeral 2 del RLCE, señala que, entre otros supuestos, el arbitraje es iniciado ante cualquier institución arbitral: **a) Cuando no se ha incorporado un convenio arbitral expreso en el contrato**. Por tanto, considerando que por tratarse de una contratación directa por supuesto de emergencia, la normativa de contrataciones del Estado establece que el perfeccionamiento del contrato se regularizará luego de efectuada, materialmente, la contratación, el contrato como tal sí existe previamente a la regularización de su perfeccionamiento y, por tanto, conforme a la normativa de contrataciones del Estado, los medios para resolver las controversias que se susciten en relación con dicho contrato, son la conciliación y arbitraje. Por otro lado, como se ha señalado antes, esta contratación tuvo un nivel inicial de formalización con la notificación de la Orden de Compra – Guía de Internamiento N° 0000201, documento que también constituye una de las formas prevista para perfeccionar el contrato, aunque en supuestos de contrataciones menores. No obstante, en el presente caso, dicha Orden de Compra atribuye mínimos de formalidad a la relación contractual entre las partes y constituye la aceptación expresa de la oferta de NORDIC por parte del MININTER. Por tanto, la normativa de contrataciones del Estado resulta de

aplicación a esta contratación y, por ende, las controversias que se susciten se deben resolver mediante conciliación o arbitraje en aplicación directa de la referida normativa.

12. Sin perjuicio de lo anterior, es preciso señalar que, de acuerdo al artículo 13, numeral 3, de la Ley de Arbitraje, **“Se entenderá que el convenio arbitral es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio”.**

El hecho de que se haya efectuado la presente contratación para atender una emergencia sanitaria, recurriendo al supuesto de contratación directa previsto en la LCE y en el RLCE, considerando, además, que la Entidad notificó al Contratista la Orden de Compra – Guía de Internamiento N° 0000201 en clara aceptación de la oferta formulada por NORDIC, dan cuenta de que existe un contrato bajo el ámbito de aplicación de la LCE y el RLCE y, por tanto, ese solo hecho implica que la solución de controversias relacionadas con dicho contrato deba darse vía conciliación o arbitraje. A ello debemos agregar que la propia Entidad en su contestación a la solicitud de arbitraje señaló expresamente lo siguiente: “Teniendo en consideración que el presente proceso arbitral deriva de una Orden de Compra, las discrepancias se resolverán mediante arbitraje de DERECHO, conforme al artículo 225 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado”. Es claro, entonces, que todos estos actos analizados de manera conjunta dan cuenta de que se ha producido un concierto de voluntades de las partes y se ha configurado una contratación regida por la LCE y el RLCE y, por ende, que las controversias que se susciten en ella sean resueltas mediante conciliación o arbitraje conforme a esas normas.

Asimismo, se tiene que el mismo artículo 13, en el numeral 6, señala que **La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula de arbitraje constituye un convenio arbitral por escrito, siempre que dicha referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.**

En el presente caso, la contratación material directa por situación de emergencia, se ha concertado mediante actos y medios diferentes a los previstos para situaciones normales, pues se trata de una contratación de naturaleza especial y para atender una emergencia producida por una situación catastrófica, dado el contexto de emergencia sanitaria. Dichos actos se encuentran regulados por la normativa de contrataciones del Estado, la misma que establece como mecanismo de solución de controversia para la etapa de ejecución contractual, a la conciliación o arbitraje. La Entidad al contratar bajo el supuesto de contratación directa (lo que se concretó con la

remisión y notificación a Nordic de la Orden de Compra – Guía de Internamiento N° 0000201), regulado expresamente por la LCE y el RLCE, y la Contratista al momento de remitir su oferta y con la ejecución del contrato, se someten a las condiciones y disposiciones establecidas en dicha normativa.

La existencia de este Convenio Arbitral fue aceptada por la propia Entidad en la contestación a la solicitud de arbitraje.

- 13.** Por tanto, se tiene que la normativa de contrataciones del Estado, que regula la contratación directa por emergencia y que fue tramitada por la Entidad y ejecutada por la Contratista, constituyen un supuesto de contratación material en el que la regularización de las formalidades contractuales está autorizada para un momento posterior, lo que no niega la existencia del contrato como tal, considerando las voluntades de las partes contenidas en la oferta de NORDIC (cotización remitida al MININTER el 6 de mayo de 2021) y en la aceptación de esa oferta por el MININTER (la que se dio con la notificación de la Orden de Compra – Guía de Internamiento N° 0000201, el 7 de mayo de 2021), lo que da cuenta de la existencia de un vínculo contractual entre las partes, regulado por la LCE y el RLCE, normas que presumen la existencia del Convenio Arbitral incluso en los supuestos bajo su ámbito de aplicación en que este no se haya incluido formalmente. Por tanto, corresponde que se declare infundada la objeción a la continuidad del arbitraje y la excepción de incompetencia.

Excepción de caducidad

- 14.** Un primer asunto a tomar en cuenta es que, mediante Decreto de Urgencia N° 025-2020, se dictaron “medidas urgentes y excepcionales destinadas a reforzar el Sistema de Vigilancia y Respuesta Sanitaria frente al COVID-19 en el territorio nacional”. Dicha norma, conforme a su artículo 1 tiene como objetivo, “dictar medidas urgentes destinadas a reforzar el sistema de vigilancia y respuesta sanitaria frente al grave peligro de la propagación de la enfermedad causada por un nuevo coronavirus (COVID-19) en el territorio nacional, a efectos de establecer mecanismos inmediatos para la protección de la salud de la población y minimizar el impacto sanitario de situaciones de afectación a ésta”.

En esa línea, en su numeral 6.4, dispuso que, “para las contrataciones de bienes y servicios que realicen las entidades en el marco del literal b) del artículo 27 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 082-2019-EF, y artículo 100 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF, para alcanzar el

objetivo del presente Decreto de Urgencia, la regularización se efectúa en un plazo máximo de treinta (30) días hábiles, cuyo inicio se computa de acuerdo a lo previsto en dicho Reglamento". Es decir, se amplía de manera considerable el plazo para las regularizaciones requeridas por la normativa de contrataciones del Estado para las contrataciones directas ante situaciones de emergencia.

Tómese en cuenta que, en el penúltimo párrafo del literal b del artículo 100 del RLCE, se señala que "En dichas situaciones, la Entidad contrata de manera inmediata los bienes [...], tanto para prevenir los efectos del evento próximo a producirse, como para atender los requerimientos generados como consecuencia directa del evento producido, sin sujetarse a los requisitos formales de la presente norma. Como máximo, dentro del plazo de diez (10) días hábiles siguientes de efectuada la entrega del bien, o la primera entrega en el caso de suministros [...], la Entidad regulariza aquella documentación referida a las actuaciones preparatorias, el informe o los informes que contienen el sustento técnico legal de la Contratación Directa, la resolución o acuerdo que la aprueba, así como el contrato y sus requisitos, que a la fecha de la contratación no haya sido elaborada, aprobada o suscrita, según corresponda; debiendo en el mismo plazo registrar y publicar en el SEACE los informes y la resolución o acuerdos antes mencionados. Para la regularización de la garantía, el plazo puede ampliarse por diez (10) días adicionales".

Así, se tiene que toda documentación que a la fecha de la contratación no haya sido elaborada, aprobada o suscrita, según corresponda, debe ser regularizada dentro del plazo de diez (10) días hábiles.

Conforme a lo dispuesto en el Decreto de Urgencia N° 025-2020, este plazo se habría ampliado hasta 30 días hábiles, con la finalidad de que se logre "establecer mecanismos inmediatos para la protección de la salud de la población y minimizar el impacto sanitario de situaciones de afectación a ésta".

15. De acuerdo con el artículo 144.2-a del RLCE, en el caso de adquisición de bienes, el contrato rige "Hasta que el funcionario competente da la conformidad de la recepción de la prestación a cargo del contratista y se efectúe el pago, salvo que este sea condición para la entrega de los bienes o la prestación de los servicios, en cuyo caso el contrato se encuentra vigente hasta la conformidad respectiva". Como se aprecia de esta norma, la conformidad constituye una etapa central en la contratación y, por tanto, esta no puede dejarse en el aire o simplemente omitirse, pues resulta relevante tanto para la Entidad como para el contratista.

El OSCE ha señalado en la Opinión N° 090-2014/DTN que “La conformidad de los bienes o servicios no puede entenderse aprobada por defecto, debiendo existir un pronunciamiento por parte de la Entidad”. Y precisa que, “si el órgano de administración o aquel establecido en las Bases no otorgara la conformidad de la prestación al contratista o lo hiciera fuera del plazo máximo previsto, la consecuencia sería el incumplimiento de la normativa de contrataciones del Estado, correspondiendo al Titular de la Entidad ordenar la determinación de responsabilidades [...]”.

Debe tenerse en cuenta que las Entidades Públicas, como contratantes, tienen en su ámbito de competencias, una serie de deberes que son fundamentales para la ejecución del contrato. Así, se tiene el deber de recibir la prestación que se encuentre conforme al contrato “no pudiendo incluir exigencias adicionales para recibirla, condicionarla a otras acciones, demorarse en exceso del plazo, etc.”².

Por tanto, aunque en puridad no constituye una obligación contractual de la Entidad el otorgar la conformidad —sino más bien un deber—, esta debe evaluar si las prestaciones a cargo del Contratista cumplen o no con lo requerido, debiendo: i) otorgar la conformidad si dichas prestaciones están de acuerdo a lo requerido en el contrato; ii) formular observaciones en caso que se requiriera alguna acción adicional por parte del Contratista para lograr el cumplimiento, o iii) formular la no conformidad en caso las prestaciones no se ajusten a lo requerido.

De acuerdo con la literatura especializada, la conformidad “Es el acto de control a cargo del área usuaria por el que expresa la comprobación favorable de la cantidad y calidad de las prestaciones comprometidas por el Contratista (bienes entregados, funcionamiento, rendimiento, medición de la obra, calidad del servicio, etc.), previa realización de las pruebas necesarias. La conformidad de la prestación produce los siguientes efectos: activa el mecanismo para proceder al pago al Contratista, aprueba las prestaciones realizadas en su favor (incluso si hubiera modificaciones o incremento de prestaciones), libera de los posibles vicios o defectos manifiestos en la prestación [...]”³.

- 16.** El artículo 168.1 del RLCE establece que “La recepción y conformidad es responsabilidad del área usuaria”. Es más, conforme al artículo 168.2, “La conformidad requiere del informe del funcionario responsable del área usuaria, quien verifica, dependiendo de la naturaleza de la prestación, la calidad, cantidad y cumplimiento de las condiciones contractuales, debiendo realizar las pruebas que fueran necesarias”. Por último, se establece en el artículo 168.3 que “La conformidad se emite en un plazo máximo de diez (10) días de

² MORÓN URBINA, Juan Carlos. La contratación estatal, Gaceta Jurídica, Lima, 2016, p. 681

³ *Ibidem*, p. 679

producida la recepción. Dependiendo de la complejidad o sofisticación de la contratación, o si se trata de consultorías, la conformidad se emite en un plazo máximo de veinte (20) días”.

Considerando el contexto catastrófico que constituye la pandemia del Covid-19 y el momento en que se desarrolló la presente contratación directa (mayo de 2020), es evidente que la contratación directa efectuada por el MININTER se encontraba también bajo el ámbito de aplicación del Decreto de Urgencia N° 025-2020 y, por tanto, el plazo para regularizar las formalidades se amplió hasta 30 días hábiles.

¿Las actuaciones por regularizar incluyen a la conformidad que debe otorgar la Entidad en cuanto al plazo? Es claro que la conformidad es un requisito sine quanum para que se proceda al pago de la contraprestación. La normativa de contrataciones del Estado no ha establecido con precisión si esta es una de las actuaciones susceptibles de regularizarse o si, por el contrario, se trata de una de las actuaciones que debe darse en estricto cumplimiento del plazo establecido en el artículo 168.3.

Se ha establecido, desde la Presidencia del Consejo de Ministros y el Ministerio de Economía y Finanzas que las Entidades, como criterio a tomar en cuenta por las Entidades públicas que contraten directamente por emergencia que tienen el plazo de 10 días hábiles para regularizar el expediente de una contratación por emergencia, incluyendo entre las actuaciones susceptibles de regularizar a la conformidad de la entrega de los bienes⁴. No obstante, esta pauta no constituye una regla normativa.

Ahora bien, ¿cuál es el plazo que tenía la Entidad para emitir la conformidad o formular observaciones? Conforme al artículo 168.3 este plazo sería de 10 días calendario o, si se trata de contrataciones complejas o sofisticadas, de hasta 20 días calendario.

- 17.** La Entidad afirma que el demandante no ha ejercitado su acción arbitral, respecto al otorgamiento de conformidad, dentro de los treinta días hábiles siguientes de haberse reiniciado las labores de las actividades jurídicas (Fase 2 de la reactivación económica).

El Contratista ha acreditado que el 07 de agosto, solicita conciliación a la Entidad respecto a las siguientes pretensiones:

⁴ ¿Qué debo saber para la atención de emergencia? Pautas para Municipios y Gobiernos Regionales en Emergencia. Ver en: <https://sgp.pcm.gob.pe/wp-content/uploads/2019/05/Pautas-emergencia.pdf>, p. 16.

Principales

1. *Que la Entidad cumpla con emitir conformidad de la recepción de las 800 000 unidades de mascarillas descartables quirúrgicas 3 pliegues señaladas en la Orden de Compra – Guía de Internamiento N° 0000201 del 07 de mayo de 2020 y conforme a la Guía de Remisión de Remitente N° 0012-0004863 del 08 de mayo de 2020.*
2. *Que la Entidad cumpla con pagar la suma de S/ 2 040 000,00 en mérito a la Factura Electrónica N° F003-0004583 más los intereses legales, costos, costas y gastos.*

Subordinada

3. *Que la Entidad cumpla con restituir a favor de su representada el valor de las 800 000 unidades de mascarillas descartables quirúrgicas 3 pliegues señaladas en la Orden de Compra – Guía de Internamiento N° 0000201 del 07 de mayo de 2020 y conforme a la Guía de Remisión de Remitente N° 0012-0004863 del 08 de mayo de 2020 ascendente a S/ 2 040 000,00 por causal de enriquecimiento sin causa, más los intereses legales, costos, costas y gastos.*

Accesorio a la principal y subordinada

4. *Que la Entidad cumpla con la indemnización por daños y perjuicios a su representada por la suma de S/ 200 000,00 por inejecución de obligaciones por culpa inexcusable, más los intereses, costos, costas y gastos.*

- 18.** Ambas partes coinciden que el 08 de mayo de 2020, la Contratista entrega las mascarillas a la Entidad, adjuntando la Guía de Remisión N° 0012-0004863, la cual fue sellada por el Área de Almacén de la Oficina de Abastecimiento – OGAF del Ministerio del Interior.

De acuerdo al Informe N° 000998-2020/IN/OGAF/OAB se tiene conocimiento que, mediante Memorando N° 000434-2020/IN/OGAF del 30 de junio de 2020, la Oficina de Abastecimiento de la Entidad dispuso dejar sin efecto las actuaciones preparatorias de la contratación directa de las 800 000 mascarillas. No obstante, conforme se indicó en la Audiencia Especial de fecha 26 de agosto de 2021, dicha decisión de “dejar sin efecto las actuaciones preparatorias” no fue notificada a la Contratista. Por tanto, dicho acto no podría surtir efectos en la relación contractual material existente entre las partes, es decir, la contratación directa por situación de emergencia ante evento catastrófico (COVID 19).

El OSCE ha señalado en la Opinión N° 003-2019/DTN, que “la aprobación de una contratación directa **no enerva la obligación de la Entidad de aplicar las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado** que regulan las fases de actuaciones preparatorias, **ni de ejecución contractual**; debiendo observar, para tal efecto, los requisitos, condiciones, formalidades, exigencias y garantías establecidos en la Ley y el Reglamento”.

De esta manera, siendo que los bienes fueron entregados por la Contratista y recibidos por la Entidad, correspondía que de acuerdo al artículo 168.3 del RLCE, “la conformidad se emita en un **plazo máximo de diez (10) días de producida la recepción. Dependiendo de la complejidad o sofisticación de la contratación, o si se trata de consultorías, la conformidad se emite en un plazo máximo de veinte (20) días**”.

Ahora bien, en el caso de que el MININTER tuviera observaciones respecto a los bienes entregados, conforme al artículo 168.4, debía haberlas comunicado al contratista, indicando claramente el sentido de estas, otorgándole un plazo para subsanar dichas observaciones

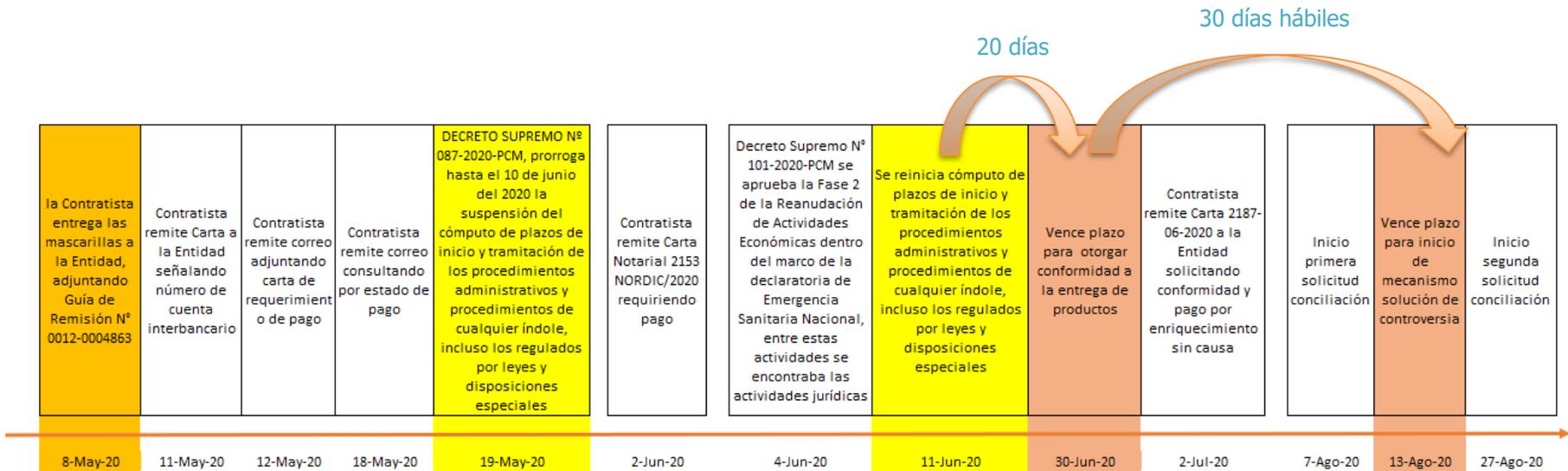
Sin embargo, el MININTER no formuló observaciones y tampoco emitió la conformidad, ni manifestó al Contratista que no otorgaría dicha conformidad. Simplemente no comunicó ninguna decisión al Contratista y ya en el presente proceso arbitral informó que habrían dejado sin efecto las actuaciones preparatorias de la contratación, decisión que no resulta clara ni precisa conforme al ordenamiento jurídico vigente, considerando, además, que se había configurado, con la oferta del Contratista y la aceptación de la Entidad, la contratación directa material y que, en ese estadio, lo que habría correspondido, en todo caso, es la declaración de nulidad de oficio del contrato, conforme al artículo 44 de la LCE, en tanto y en cuanto se hayan verificado vicios que afectaran la validez del mismo. ¿Cuáles son los alcances de esa decisión de “dejar sin efecto” las actuaciones preparatorias? No resulta claro, pero da la apariencia de que sus consecuencias serían similares a las de la nulidad, para lo cual debe tenerse en cuenta que, de acuerdo con el artículo 8.2 de la LCE, la declaración de nulidad de oficio y la aprobación de las contrataciones directas no pueden ser objeto de delegación.

- 19.** Ahora bien, es preciso señalar que el procedimiento de emisión de conformidad o formulación de observaciones, no puede ser, en el presente caso, ajeno al procedimiento especial establecido por la normativa de contrataciones del Estado, para las contrataciones directas por situación de emergencia y, además, desarrolladas en la situación catastrófica generada por la Covid-19.

De esa manera y considerando que la adquisición de mascarillas en tanto EPP constituye una contratación compleja, el plazo establecido por el RLCE para la conformidad, en el caso específico de las contrataciones directas por situación de emergencia, deberá interpretarse sistemáticamente con lo establecido en el penúltimo párrafo del literal b del artículo 100 del RLCE y el numeral 6.4 del Decreto de Urgencia N° 025-2020. De esta manera, el plazo para emitir la

conformidad para el caso de las contrataciones directas por situación de emergencia, de acuerdo al artículo 168.3 del RLCE, sería de hasta veinte (20) días.

20. No resulta correcto señalar que el plazo para la conformidad recién se contabilizará luego de efectuada la regularización de la documentación requerida para la contratación directa, pues como ha establecido el OSCE en la Opinión N° 003-2019/DTN, la contratación directa no deja de lado las normas que regulan las actuaciones preparatorias ni de ejecución contractual. A entender de este Tribunal Arbitral Unipersonal, las normas de la contratación directa deben ser interpretadas de forma conjunta y coherente con los demás requisitos, condiciones, formalidades, exigencias y garantías establecidos en la LCE y RLCE.
21. Asimismo, se tiene que, de acuerdo al artículo 168.7 del RLCE, "las discrepancias en relación a la recepción y conformidad pueden ser sometidas a conciliación y/o arbitraje dentro del plazo de treinta (30) días **hábiles de ocurrida la recepción, la negativa de esta o de vencido el plazo para otorgar la conformidad**, según corresponda".
22. En el presente caso suscitaron los siguientes hechos:



- 23.** De acuerdo al Decreto Supremo N° 087-2020-PCM, se prorroga hasta el 10 de junio del 2020 la suspensión del cómputo de plazos de inicio y tramitación de los procedimientos administrativos y procedimientos de cualquier índole, incluso los regulados por leyes y disposiciones especiales. Dicha norma es aplicable para los procedimientos regulados por la normativa de contrataciones del Estado. Por tanto, es a partir del 11 de junio de 2020 que se contabiliza el plazo de 20 días calendario para que la Entidad emita la conformidad de los bienes; es decir, dicho plazo venció el día 30 de junio de 2021. Y una vez vencido dicho plazo, se empieza a contabilizar el plazo establecido por la normativa para someter a conciliación y/o arbitraje las discrepancias en relación a la recepción y conformidad, el cual vence el 13 de agosto de 2020.
- 24.** Se verifica que la primera solicitud de conciliación fue formulada por la Contratista el 07 de agosto de 2020, es decir, dentro del plazo establecido en la normativa de contrataciones del Estado, razón por la cual la caducidad no ha operado. Además, debe considerarse que se formuló una segunda solicitud de conciliación el 27 de agosto, atendiendo a que el propio MININTER cuestionó la primera solicitud por haber incorporado una pretensión no conciliable. Hay que tener en cuenta que, en ambas solicitudes, la Contratista incluyó, entre otros asuntos, el tema de la “conformidad”.

El artículo 224.5. del RLCE, señala que: “En caso el procedimiento conciliatorio concluya por acuerdo parcial o sin acuerdo, las partes pueden resolver la controversia en la vía arbitral. En caso de acuerdo parcial, el arbitraje solo puede versar sobre la parte controvertida”. Es claro que incluso, siendo una norma potestativa, luego de una primera conciliación el Contratista puede someter las controversias a arbitraje, aunque podría volver a intentar la vía conciliatoria como hizo en el presente caso.

- 25.** Es claro, entonces, que no ha caducado el plazo para iniciar los procedimientos de solución de controversias en el presente caso, razón por la que corresponde que se declare infundada la excepción de caducidad contra la primera pretensión de la demanda arbitral, formulada por la Entidad.

V. DECISIONES:

- 1) INFUNDADA** la objeción a la continuidad del arbitraje formulada por el MININTER con fecha 31 de mayo de 2021.

- 2) **INFUNDADA** la excepción de incompetencia formulada por el MININTER con fecha 11 de junio de 2021.
- 3) **INFUNDADA** la excepción de caducidad formulada por el MININTER con fecha 11 de junio de 2021.



Firmado digitalmente por:
LATORRE BOZA Derik
Roberto FIR 10285487 hard
Motivo: Soy el autor del
documento
Fecha: 02/09/2021 12:07:56-0500

Derik Roberto Latorre Boza
Árbitro Único

**Exp. N° 2973-345-20 | PUCP
NORDIC PHARMACEUTICAL COMPANY S.A.C. vs. MINISTERIO DEL
INTERIOR**

DECISIÓN N° 6

Lima, 01 de setiembre de 2021

ANTECEDENTE:

1. El escrito presentado el 24 de mayo 2021 por MINISTERIO DEL INTERIOR, bajo la sumilla: *“Informe sobre el registro en el SEACE”*.

ANÁLISIS:

1. Mediante el escrito del antecedente 1, el Ministerio del Interior adjunta el Memorando N° 000473-2021/in/OGAF, en el que se da cuenta de que “no es posible efectuar el registro del Árbitro Único y del Secretario Arbitral en el SEACE, debido a que no existe un procedimiento de selección convocado donde pueda efectuarse dicho registro, al haberse dejado sin efecto —en su oportunidad— las actuaciones preparatorias de la referida contratación directa”.
2. En atención a lo señalado, y teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 45.33 y 45.21 en tanto obligación de registrar la información relevante del arbitraje y el Laudo Arbitral en el SEACE, el Árbitro Único dispone que la Secretaria Arbitral comunique formalmente dicha situación a la Dirección del SEACE del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE, para su conocimiento y, de ser el caso, la solución que corresponda a tal inconveniente, pues no se podrá dar cumplimiento al registro del laudo en el SEACE.

DECISIÓN:

1. **DISPONER** que la Secretaria Arbitral comunique formalmente dicha situación a la Dirección del SEACE del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE, para su conocimiento y, de ser el caso, la solución que corresponda a tal inconveniente, pues no se podrá dar cumplimiento al registro del laudo en el SEACE.

Firmado por: Derik Latorre Boza, Árbitro Único.

Lo que notifico conforme a ley.



Atentamente,

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
CENTRO DE ANÁLISIS Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS



ALEX SANDRO SALINAS VILLAORDUÑA
Secretario Arbitral