

LAUDO DE DERECHO

Lima, 5 de agosto de 2013

Resolución N°15

CONSIDERANDO:

1. Antecedentes

Este proceso se deriva de la contratación para el suministro de un conjunto de medicamentos hasta por el monto total de S/. 68,779.31 (Sesenta y Ocho Mil Setecientos Setenta y Nueve con 31/100 Nuevos Soles) efectuada por la Dirección Regional de Salud de Loreto (en adelante, la "DIRESA") adscrita al Gobierno Regional de dicha localidad (en adelante, el "Gobierno Regional", la "ENTIDAD" o la "Demandada", respectivamente), a favor de Amazon Pharmaceutical E.I.R.L. (en adelante, indistintamente, "AMAZON", el "Contratista" o la "Demandante").

Mediante Informe N° 014-2010-GRL-DRSL-PROCESOS de fecha 6 de abril de 2010 (Anexo 1-B de la Demanda), el Área de Procesos de Selección de la DIRESA declaró haber recibido un pedido para la compra de medicamentos de la Fuente de Financiamiento Recursos Directamente Recaudados – DIREMID, realizándose un cuadro comparativo de precios entre las empresas Eske S.R.L, Drogería El Samaritano S.R.L. y el Contratista.

En dicha oportunidad se manifestó que "todos los ítems, no superan las tres (03) UIT por lo cual, en aplicación al (sic) artículo 19º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (...) no corresponde convocar a proceso de selección alguno, puesto que los montos individuales no superan las tres (03) UIT, por lo tanto están exceptuadas de la aplicación de los mecanismos de la normativa vigente en contrataciones".

En tal sentido, se dejó constancia de que se procedería a realizar la orden de compra mediante adjudicación sin proceso (compra directa) a la empresa que ofertara los mejores costos, siendo ésta, de acuerdo con lo consignado en dicho informe, AMAZON.

Con fecha 19 de abril de 2010 el Jefe de la Oficina de Coordinación Interna de Presupuesto de la DIRESA emitió la Certificación del Crédito Presupuestario N° 001247 (Anexo 1-C de la Demanda) hasta por la suma de S/. 68,779.31 (Sesenta y Ocho Mil Setecientos Setenta y Nueve con 31/100 Nuevos Soles), a fin de que se proceda con la referida contratación declarando que se trataba de un proceso de selección bajo la modalidad de Adjudicación Directa Selectiva.

El 20 de abril de 2010 la Dirección de Administración General de Salud de Loreto emitió la Orden de Compra N° 661 (Anexo 1-D de la Demanda) por los siguientes medicamentos a entregarse en un plazo de cinco (5) días calendario por el valor total de S/. 68,779.31 (Sesenta y Ocho Mil Setecientos Setenta y Nueve con 31/100 Nuevos Soles):

Cantidad	Descripción	Precio S/.
50,000	ACIDO FOLICO-FERROSO SULFATO HEPTAHIDRATO (EQUIV. HIERRO ELEMENTAL) 400UG -60MG TAB	10,750.00
4,500	BENCILPENICILINA PROCAINICA 1000000 UI INY	8,910.00
4,000	BENCIPENICILINA SODICA 1000000 UI INY	6,356.00
10,000	CIPROFLOXACINO 500mg TAB	2,500.00
4,000	CLINDAMICINA 600 mg INY 4 ml	9,160.00
2,000	ERITROMICINA 250 mg/5ml SUS 60ml	10,560.00
2,000	FERROSO SULFATO HEPTAHIDRATO (EQUIV. HIERRO ELEMENTAL) 15mg/5ml JBE 180 ml	9,800.00
8,201	LIDOCAINA CLORHIDRATO + EPPINEFRINA 20mg + 10ug/ml INY 1.8 ml	10,743.31
TOTAL		68,779.31

Cabe señalar que la Orden de Compra, tal y como obra como Anexo 1-D de la Demanda, fue suscrita por el Responsable de Adquisiciones y por el Responsable de Abastecimiento y Servicios Auxiliares de la DIRESA. No obra en dicho documento fecha de suscripción de la misma por dichas personas ni constancia de recepción de la misma por parte de AMAZON.

No obstante la falta de constancia de recepción de la misma por AMAZON, al día siguiente, el 21 de abril de 2010, ésta procedió con la entrega de los medicamentos solicitados y emitió la Factura N° 000027 por la suma de S/. 68,779.31 (Sesenta y Ocho Mil Setecientos Setenta y Nueve con 31/100 Nuevos Soles) (Anexo 1-I de la Demanda).

Mediante Informe N° 208-2010-AE-SISMED-GRL-DRSL de fecha 28 de abril de 2010 (Anexo I-G de la Demanda), el Responsable de Almacén Especializado de la Dirección Ejecutiva de Medicamentos, Insumos y Drogas (DIREMID) de la ENTIDAD informó al Director Ejecutivo de la misma dirección haber recibido, con fecha 21 de abril de 2010, cuarenta y cinco (45) cajas de medicamentos procedentes de AMAZON en relación con la Orden de Compra N° 661 y la Factura N° 000027 para ser utilizado en el SISMED, expresando que “(...) se constató que la cantidad es conforme (...) por lo cual solicito su ingreso para su respectiva distribución”.

En dicha oportunidad se adjuntó la siguiente información que no obra como parte del presente expediente arbitral: (a) Constancia de Registro, (b) Protocolo / Certificados de Análisis, (c) Informe de Ensayo y (d) Resolución Directoral. Asimismo, se adjuntó la Nota de Entrada al Almacén N° 236 (Anexo 1-F de la Demanda), suscrita por el Responsable del Almacén Especializado, mediante la cual se dejó constancia del ingreso con fecha 21 de abril de 2010 de la totalidad de medicamentos materia de la Orden de Compra al Almacén Especializado de la DIREMID. A dicha Nota se adjuntó el Acta de Recepción para el Ingreso de Productos Farmacéuticos y Afines al Almacén Especializado (Anexo 1-E de la Demanda), suscrita por el Responsable de Almacén Especializado, que si bien no lista el detalle de la totalidad de medicamentos ingresados hace mención a la recepción de las cuarenta y cinco (45) cajas materia de los mismos.

De la misma manera, mediante Memorando N° 424-2010-GRL-DRSL-30.11 de fecha 28 de abril de 2010 (Anexo 1-H de la Demanda) el Director Ejecutivo de

Medicamentos, Insumos y Drogas de la ENTIDAD informó al Director de Logística haber recibido, con fecha 21 de abril de 2010, cuarenta y cinco (45) cajas de medicamentos procedentes de AMAZON en relación con la orden de compra N° 661 y la Factura N° 000027, expresando que “(...) se verifico (sic) que la cantidad es conforme , por lo que solicita su ingreso para su debida distribución (...)”.

Mediante Carta N° 006-2010-A.PHA de fecha 18 de mayo de 2010 (Anexo 1-J de la Demanda) AMAZON expresó su preocupación por la factura pendiente de pago. En dicha oportunidad señaló que el área de logística de la DIRESA le habría informado que la factura correspondiente habría sido observada sin expresar motivo alguno. Mediante carta notarial de fecha 18 de octubre del mismo año (Anexo 1-K de la Demanda) AMAZON reiteró a la ENTIDAD su solicitud de pago de la factura antes señalada.

Mediante Carta N° 120-2010-GRL-DRSL/30.01 de fecha 23 de octubre de 2010, la ENTIDAD manifestó que se había procedido a derivar al Órgano de Control Institucional de la DIRESA la contratación en cuestión a fin de que se investiguen hechos presuntamente delictuosos relacionados con la sobrevaloración de los medicamentos adquiridos y que, por tal motivo, se habría paralizado el pago del saldo adeudado. Dicha carta no forma parte del expediente pero se encuentra mencionada en la carta notarial de fecha 5 de noviembre de 2010 (Anexo 1-L de la Demanda).

Mediante carta notarial de fecha 5 de noviembre de 2010 (Anexo 1-L de la Demanda) y posteriormente mediante escrito de fecha 4 de enero de 2011 (Anexo 1-LL de la Demanda) AMAZON reiteró su solicitud de pago. Asimismo, en esta última comunicación solicitó se declare procedente su declaración de no tener impedimento alguno para contratar con el Estado, aspecto que se deja constancia no es parte de la materia controvertida en este arbitraje.

A la fecha, continúa pendiente de pago la referida factura, extremo en el cual ambas partes coinciden.

2. Hechos del caso

Mediante carta notarial de fecha 17 de agosto de 2011 AMAZON comunicó a la ENTIDAD su voluntad de someter a arbitraje la controversia generada en torno al pago de la Factura N° 000027, proponiendo que el mismo se tramite como un arbitraje Ad Hoc.

Mediante Carta N° 0361-2011-GRL-DRSL/30.06 de fecha 23 de agosto de 2011 el Director General de la DIRESA comunicó encontrarse de acuerdo con solucionar la controversia por la vía del arbitraje, expresando sin embargo que el mismo debe realizarse conforme a ley y, por tanto, debía tramitarse como un arbitraje institucional.

Con fecha 8 de setiembre de 2011 AMAZON presentó ante el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (en adelante, “OSCE”) una solicitud de designación de Árbitro Único expresando su petitorio.

Siguiendo el procedimiento de trámite del arbitraje Ad Hoc, mediante Resolución N° 624-2011-OSCE/PRE, de fecha 14 de octubre de 2011, la Presidencia Ejecutiva del OSCE designó a la suscrita como Árbitro Único para resolver la controversia, designación que me fue comunicada mediante Oficio N° 9040-2011-OSCE/DAA con fecha 19 de octubre de 2011 y fue aceptada mediante carta de fecha 10 de noviembre de 2011.

El 21 de febrero de 2012 se llevó a cabo la Audiencia de Instalación de Árbitro Único con la presencia de los representantes de ambas partes. Antes de dar inicio a la audiencia programada, el Árbitro Único informó a las partes que, en virtud de la Orden de Compra N° 0000661 de fecha 20 de abril de 2010, resulta de aplicación el artículo 216 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF, vigente al momento de la contratación, por el cual se incorporó al Contrato, ante la ausencia del acuerdo de las partes, la cláusula tipo del Sistema Nacional de Arbitraje OSCE, en base a la cual debía de tramitarse el arbitraje como uno institucional. En vista de ello, en dicho acto, ambas partes manifestaron su acuerdo de modificar la cláusula tipo aplicable al presente caso a falta de acuerdo expreso y someterse a un arbitraje AD-HOC, NACIONAL y de DERECHO, de conformidad con el artículo 52º de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Legislativo N° 1017, ratificando además el nombramiento del Árbitro Único. En tal sentido, el árbitro único ratificó la aceptación del encargo y prosiguió con la diligencia, fijando las reglas procesales que regirían el arbitraje.

Con fecha 14 de marzo de 2012 AMAZON presentó su Demanda Arbitral en contra de la DIRESA solicitando que en el laudo se disponga lo siguiente:

- U
- (a) El cumplimiento efectivo de la prestación al haber atendido la orden de compra – guía de internamiento N° 661.
 - (b) Se disponga el pago de la Factura N° 000027 de fecha 21 de abril de 2010 hasta por el monto de S/. 68,779.73 (Sesenta y Ocho Mil Setecientos Setenta y Nueve con 73/100 Nuevos Soles), más el pago de los intereses legales, costas y costos del procedimiento arbitral.

Con fecha 28 de agosto de 2012 la ENTIDAD presentó su escrito de Contestación de Demanda negando (i) el perfeccionamiento del contrato entre la ENTIDAD y AMAZON (en adelante, el "Contrato") por haber sido suscrito por funcionarios que no contaba con representación suficiente para vincular a la ENTIDAD, (ii) haber dado la conformidad a la recepción de los bienes entregados por AMAZON y (iii) que la Factura N° 00027 y la Orden de Compra – Guía de Internamiento N° 661 se encuentren debidamente autorizados por el representante legal de la ENTIDAD.

Toda vez que se constató que no estaban debidamente acreditadas en el expediente las facultades de representación de los representantes de AMAZON y que la demanda fue interpuesta en contra de la DIRESA y, no obstante, contestada por el Gobierno Regional de Loreto, existiendo inconsistencias en la designación de la parte demandada en este proceso, mediante Resolución N° 6 de fecha 17 de octubre de 2012, el Árbitro Único requirió a ambas partes subsanar aspectos relacionados con la personería de las partes de este arbitraje y su representación. En tal sentido, requirió a AMAZON la presentación de los documentos que acrediten adecuadamente su representación en el presente proceso y a ambas partes para que presenten su posición sobre si es al Gobierno Regional de Loreto o a la DIRESA a quien debía considerarse como parte material y procesal en el arbitraje.

Mediante escrito de fecha 25 de octubre de 2012 AMAZON presentó copia de los poderes que acreditarían la condición de Gerente General de su representante y manifestó que la DIRESA había sido transferida del Gobierno Central al Gobierno Regional asumiendo la defensa de sus intereses la Procuraduría Pública Regional de

Loreto. Por su parte, la ENTIDAD, mediante escrito de fecha 5 de noviembre de 2012, manifestó que la DIRESA era una unidad ejecutora y que orgánicamente depende de la Gerencia Regional de Desarrollo social, que, a su vez, es un órgano de línea del Gobierno Regional de Loreto, no obstante lo cual argumentó que debía ser considerada como demandada al ser quien tiene una relación jurídica material y procesal con la Demandante.

Mediante Resolución N° 7 de fecha 21 de noviembre de 2012 el Árbitro Único declaró que correspondía considerar como parte demandada en este proceso al Gobierno Regional de Loreto, del cual la DIRESA es órgano de línea, modificándose el Acta de Instalación y la resoluciones N° 1, 2, 3, 4, 5 y 6 en lo referente a la referencia a la parte demandada. Asimismo, dejó constancia de que ambas partes habían cumplido con acreditar debidamente a sus representantes y resolvió admitir la Contestación de Demanda, continuando de esta forma con el trámite de proceso.

Con fecha 10 de diciembre de 2012 se llevó a cabo la Audiencia de Conciliación, Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios oportunidad en la cual el Árbitro Único fijó los puntos controvertidos sobre los cuales deberá versar este pronunciamiento, declaró saneado el proceso y admitió los medios probatorios ofrecidos por ambas partes.

En el mismo acto, el Árbitro Único declaró concluida la etapa probatoria, atendiendo a que todos los medios probatorios ofrecidos y admitidos resultaban de actuación inmediata, y otorgó a las partes un plazo de siete (7) días hábiles para la presentación de sus alegatos finales por escrito.

Con fecha 28 de diciembre 2012, AMAZON presentó sus alegatos finales. Si bien dicho escrito fue presentado fuera del plazo concedido para el efecto, el Árbitro Único resolvió admitirlo al considerar que no existía en dicha etapa del proceso impedimento para que las partes presenten argumentaciones adicionales. La ENTIDAD no presentó alegatos finales pese a habersele otorgado debidamente la oportunidad para ello.

Con fecha 26 de febrero de 2013 se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales con la sola presencia de la Demandante, pese a haber sido la ENTIDAD debidamente notificada y haber solicitado previamente la reprogramación de la diligencia.

Mediante Resolución N° 11 de fecha 26 de febrero de 2013, el Árbitro Único requirió a ambas partes la presentación de ciertos documentos que consideró necesarios para contar con elementos de juicio suficientes para resolver la controversia, entre otros, copia completa del expediente de contratación, copia del Contrato y copia de la Orden de Compra N° 661 que contuviera el sello de recepción de la misma por parte del Contratista.

Mediante escrito de fecha 12 de abril de 2013 AMAZON señaló que: (a) En cuanto al requerimiento para que se presente el contrato suscrito con la ENTIDAD, este contrato no existe, puesto pues que la contratación se formalizó con la emisión de la Orden de Compra por parte de la ENTIDAD; (b) En cuanto a la presentación de la Orden de Compra debidamente sellada por el contratista, señaló que dicho documento obraba en poder de la DIRESA. Por su parte, la ENTIDAD no absolvio dicho requerimiento y, corriéndosele traslado del escrito de la Demandante, se limitó a ratificarse en lo señalado en su Contestación de Demanda.

Mediante Resolución N° 13 de fecha 7 de mayo de 2013 se declaró el cierre de la etapa de instrucción y se fijó el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles, el que por Resolución N° 14 de fecha 18 de junio de 2013 fue prorrogado en treinta (30) días hábiles adicionales.

El proceso se ha tramitado conforme a ley y a las reglas acordadas por las partes tratándose a las partes con equidad y dándosele igual oportunidad de ejercer su derecho de defensa. Se han ofrecido, admitido y actuado las pruebas correspondientes. Cumplidos los trámites y, habiendo las partes expresado sus respectivas posiciones, la controversia se encuentra expedita para ser resuelta, venciendo el plazo con el que cuenta el Árbitro Único para estos efectos con fecha 9 de agosto de 2013.

3. Posiciones de las partes

3.1 Posición de la Demandante

AMAZON argumenta que la ENTIDAD debe pagar la Factura N° 000027 de fecha 21 de abril de 2010 hasta por el monto de S/. 68,779.73 (Sesenta y Ocho Mil Setecientos Setenta y Nueve con 73/100) en tanto ha quedado acreditado en el expediente que la ENTIDAD recibió los medicamentos requeridos mediante la Orden de Compra N° 661. En consecuencia, al haber cumplido con la prestación debida, considera que corresponde a la ENTIDAD cumplir con el pago correspondiente. Asimismo, considera que respecto de dicho monto deben aplicarse intereses, toda vez que ha existido una demora en cumplir con la fecha oportuna de pago por parte de la ENTIDAD.

AMAZON considera que la referida Orden de Compra cumplió con las exigencias de validez al haber sido suscrita y sellada por los servidores responsables de la DIRESA y contuvo toda la información necesaria del proceso convocado. En tal sentido, AMAZON manifiesta que la contratación respectiva se formalizó mediante la emisión de dicha Orden de Compra, habiendo reconocido expresamente, a solicitud del Árbitro Único, en su escrito de fecha 12 de abril de 2013, que no se suscribió un contrato para el efecto.

Finalmente, solicita se ordene a la Demandada el pago de las costas y costos del presente proceso arbitral.

3.2 Posición de la Demandada

La ENTIDAD argumenta que el Contrato no se perfeccionó, dado que la Orden de Compra no fue suscrita por el titular de la ENTIDAD, el Director Regional de la DIRESA. Asimismo, alega que el responsable de almacén no dio su conformidad a la prestación del Contratista, por lo que no se habría generado el derecho al pago del Contratista.

4. Competencia del Árbitro Único

Como se señala en la sección de antecedentes, este arbitraje se inicia al amparo de las normas de contratación pública, la Ley de Contrataciones del Estado, Decreto Legislativo N° 1017 (en adelante, la "LCE"), y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF (en adelante, el "Reglamento de la LCE" o "el Reglamento"), de acuerdo con el texto vigente en abril de 2010, fecha de la contratación.

En ese sentido, la competencia del Árbitro Único se encuentra enmarcada en este caso por lo establecido en el Artículo 216º del Reglamento de la LCE, de acuerdo con el cual quedó automáticamente incorporado a dicho contrato una cláusula arbitral según el texto de cláusula tipo establecido en dicha norma¹, modificado por las partes en el Acta de Instalación de Árbitro Único en lo referente a su voluntad de tramitar el presente arbitraje como uno Ad Hoc.

Cabe resaltar que en virtud del principio de separabilidad del Convenio Arbitral la competencia del Árbitro Único es independiente de la validez o eficacia del contrato y alcanza a pronunciarse respecto del cualquier aspecto relacionado con su nulidad e invalidez, competencia que es explícitamente reconocida por los artículos 216 y 228 del Reglamento².

5. La Materia discutida

Los puntos controvertidos materia de la presente controversia han sido fijados en los siguientes términos:

1. Determinar si corresponde declarar el cumplimiento de la prestación de la Contratista al haber atendido la Orden de Compra – Guía de Internamiento N° 661.
 - a. ¿Se ha perfeccionado el contrato entre la CONTRATISTA y la ENTIDAD mediante la recepción de la Orden de Compra – Guía de Internamiento N° 661? Específicamente en este punto se analizara si se siguieron las formalidades requeridas por la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento y si la Orden de Compra fue debidamente suscrita por el funcionario responsable de la ENTIDAD.

¹ Decreto Supremo N° 184-2008-EF, Artículo 216.- Convenio Arbitral

"En el convenio arbitral las partes pueden encomendar la organización y administración del arbitraje a una institución arbitral, a cuyo efecto el correspondiente convenio arbitral tipo puede ser incorporado al contrato. La OSCE publicará en su portal institucional una relación de convenios arbitrales tipo aprobados periódicamente.

Si en el convenio arbitral incluido en el contrato, no se precisa que el arbitraje es institucional, la controversia se resolverá mediante un arbitraje ad hoc. El arbitraje ad hoc será regulado por las Directivas sobre la materia que para el efecto emita el OSCE.

Si el contrato no incorpora un convenio arbitral, se considerará incorporado de pleno derecho el siguiente texto, que remite a un arbitraje institucional del Sistema Nacional de Arbitraje - OSCE, cuya cláusula tipo es:

"Todos los conflictos que deriven de la ejecución e interpretación del presente contrato, incluidos los que se refieran a su nulidad e invalidez, serán resueltos de manera definitiva e inapelable mediante arbitraje de derecho, de conformidad con lo establecido en la normativa de contrataciones del Estado, bajo la organización y administración de los órganos del Sistema Nacional de Arbitraje del OSCE y de acuerdo con su Reglamento".

² Decreto Supremo N° 184-2008-E F, Artículo 228.- Regulación del Arbitraje

"En cualquier etapa del proceso arbitral, los jueces y las autoridades administrativas se abstendrán de oficio o a petición de parte, de conocer las controversias derivadas de la validez, invalidez, rescisión, resolución, nulidad, ejecución o interpretación de los contratos y, en general, cualquier controversia que surja desde la celebración de los mismos, sometidos al arbitraje conforme al presente Reglamento, debiendo declarar nulo todo lo actuado y el archivamiento definitivo del proceso judicial o administrativo que se hubiere generado, en el estado en que éste se encuentre.

Durante el desarrollo del arbitraje, los árbitros deberán tratar a las partes con igualdad y darle a cada una de ellas plena oportunidad para ejercer su derecho de defensa".

- b. ¿Se ha acreditado el cumplimiento efectivo de la prestación por parte de AMAZON, a satisfacción de la ENTIDAD?
- c. ¿Emitió la ENTIDAD su conformidad con la ejecución de la prestación de acuerdo con lo exigido por las leyes aplicables?
2. Determinar si corresponde ordenar que la ENTIDAD pague la Factura N° 000027 de fecha 21 de abril de 2012 por la suma de sesenta y ocho mil setecientos setenta y nueve y 73/100 nuevos soles (S/. 68,779.73) más intereses.
- Teniendo en cuenta lo resuelto en el punto anterior, ¿corresponde a este Árbitro Único ordenar a la ENTIDAD el pago de un monto ascendente a la suma de S/. 68,779.73 (Sesenta y Ocho Mil Setecientos Setenta y Nueve con 73/100 Nuevos Soles) por concepto de contraprestación por compra de productos farmacéuticos y afines?
 - ¿Corresponde ordenar el pago de los intereses devengados respecto de dicho monto?
 - De ser afirmativa la respuesta a la pregunta anterior, ¿desde qué fecha deben devengarse los intereses a favor de AMAZON y cuál es la tasa aplicable?
3. Costas y Costos: ¿Debe alguna de las partes asumir los gastos del arbitraje y, de ser el caso, en qué proporción?

Asimismo, dejó expresamente establecido, con la aceptación de ambas partes, que no formaría parte de la materia controvertida en este arbitraje, en tanto ambas partes coincidían en dichos extremos, lo siguiente:

- El monto pactado como contraprestación.
- Que la ENTIDAD no ha cumplido con el pago de la contraprestación correspondiente por la entrega de los productos farmacéuticos.

Adicionalmente, en este acto, el Árbitro Único deja claramente establecido que no forma parte de su pronunciamiento, por no encontrarse dentro del ámbito de sus competencias, los posibles ilícitos o infracciones administrativas que hubieren podido cometerse con ocasión de la contratación que dio origen a la presente controversia, de acuerdo con lo referido en la carta notarial de fecha 5 de noviembre de 2010 remitida por la ENTIDAD a AMAZON, ni la posible nulidad del proceso de selección.

Finalmente, cabe señalar que en el Acta de Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios el Árbitro Único dejó claramente establecido que se reservaba el derecho a analizar los puntos controvertidos no necesariamente en el orden en el que están señalados en dicha Acta y que, de determinarse al pronunciarse sobre algún punto controvertido que carece de objeto pronunciarse sobre otros puntos controvertidos con los que guarde vinculación, podrá omitir pronunciarse, expresando las razones de dicha omisión.

6. Análisis

Tal y como se desprende de los antecedentes, la presente controversia versa principalmente sobre la obligación de pago de la Factura N° 000027 de fecha 21 de abril de 2010 hasta por la suma de S/. 68,779.73 (Sesenta y Ocho Mil Setecientos Setenta y Nueve con 73/100 Nuevos Soles) por parte de la ENTIDAD a favor de AMAZON.

Toda obligación de pago debe tener necesariamente como fuente o título un acto jurídico al cual el ordenamiento jurídico le atribuye la capacidad de originar o hacer surgir una obligación y el consecuente derecho para el acreedor. Es precisamente este acto lo que da nacimiento, origina o genera la obligación. Es, en otras palabras, la causa, la razón jurídica o antecedente del derecho de la cual emana. Es el título jurídico del derecho del acreedor y de la correspondiente obligación del deudor³.

En este caso, de acuerdo con lo alegado por la Demandante, dicha obligación de pago se derivaría como contraprestación por la entrega de diversos medicamentos bajo los términos del contrato que habría sido formalizado mediante la Orden de Compra N° 0000661. Dicho contrato fue celebrado en el mes de abril de 2010 al amparo de la LCE y su Reglamento vigentes en dicha oportunidad. Así, el Árbitro Único ha fijado como primer punto controvertido, a efectos de resolver la pretensión de pago del Demandante, la verificación del perfeccionamiento del Contrato teniendo en cuenta lo dispuesto bajo dicha normativa.

Verificada la existencia de un contrato válido, como segundo punto controvertido, debe analizarse la ejecución de la prestación materia de la solicitud pago por parte de la Demandante a satisfacción del acreedor. Al respecto, cabe señalar que tratándose de una contratación al amparo de la Ley de Contrataciones del Estado y sus normas reglamentarias, el derecho de pago del contratista va ligado a la manifestación de conformidad con la ejecución de la prestación y se genera luego de haberse dado la conformidad a la prestación por disposición expresa del artículo 177 del Reglamento de la LCE⁴, aspecto que también es discutido por las partes y cuya evaluación también ha sido fijado como punto controvertido, si bien la Demandada no ha discutido en este arbitraje el monto pactado como contraprestación ni tampoco alega haber cumplido con el referido pago.

6.1 Perfeccionamiento y validez del Contrato

Como bien señala CASSAGNE, si bien como regla general el contrato se perfecciona con el acuerdo de voluntades, el perfeccionamiento del contrato administrativo, por lo común, acota el margen de libertad formal de los contratantes no sólo en el proceso de selección sino en el perfeccionamiento del vínculo contractual⁵.

³ Manuel DE LA PUENTE y LAVALLE. El Contrato General. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1996. p. 20.

⁴ Decreto Supremo N° 184-2008-EF, Artículo 177.- Efectos de la conformidad
"Luego de haberse dado la conformidad a la prestación se genera el derecho al pago del contratista. Efectuado el pago culmina el contrato y se cierra el expediente de contratación respectivo.

Toda reclamación o controversia derivada del contrato inclusive por defectos o vicios ocultos se resolverá mediante conciliación y/o arbitraje, en los plazos previstos para cada caso".

⁵ Juan Carlos CASSAGNE. El Contrato Administrativo, 2^a edición, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2005, p. 111.

El perfeccionamiento de los contratos celebrados con el Estado Peruano al amparo de las normas de contratación pública se encuentra regulado por el artículo 138 del Reglamento de la LCE⁶. La regla general contenida en dicha norma es que los contratos se perfeccionan con la suscripción del documento que lo contiene, suscripción que es obligatoria para ambas partes una vez que la adjudicación de la Buena Pro ha quedado consentida, de conformidad con el artículo 137 del Reglamento de la LCE⁷.

La norma en cuestión establece a modo de excepción los supuestos en los cuales no será necesaria la suscripción del Contrato para el perfeccionamiento del mismo, que pueden resumirse de la siguiente manera: (a) En el caso de procesos de Adjudicaciones de Menor Cuantía, distintas a las convocadas para la ejecución y consultorías de obras, en cuyo caso el contrato se podrá perfeccionar con la recepción de la orden de compra o de servicios, (b) en el caso de procesos de selección por relación de ítems, en cuyo caso se podrá perfeccionar el contrato con la suscripción del documento que lo contiene o con la recepción de la orden de compra o de servicio según el monto referencial de cada ítem.

No se ha presentado en este proceso contrato suscrito alguno por las partes mediante la cual se hubiere formalizado la contratación materia de la presente controversia. A requerimiento del Árbitro Único, mediante escrito de fecha 12 de abril de 2013, AMAZON precisó que en este caso no se suscribió contrato alguno, argumentando la Demandante que el Contrato fue perfeccionado mediante la Orden de Compra respectiva. El hecho de que no se haya suscrito un contrato no ha sido discutido por la Demandada.

En tal sentido, cabe analizar si la contratación se encuentra en alguna de las excepciones establecidas en el artículo 138° del Reglamento que admiten el perfeccionamiento del Contrato sin dicha formalidad.

Como hemos señalado, bajo las normas de contratación pública, la formalidad requerida para el perfeccionamiento del Contrato varía en función del proceso de selección aplicable. Al respecto, el Árbitro Único discrepa de la interpretación expresada en el Informe N° 014-2010-GRL-DRSL-PROCESOS del Operador Logístico de la Dirección Regional en el sentido de que el proceso de selección aplicable en este caso se correspondía con un proceso por relación de ítems por aplicación del penúltimo párrafo

⁶ Decreto Supremo N° 184-2008-EF, Artículo 138.- Perfeccionamiento del contrato
"Artículo 138.- Perfeccionamiento del Contrato

El contrato se perfecciona con la suscripción del documento que lo contiene. Tratándose de procesos de Adjudicaciones de Menor Cuantía, distintas a las convocadas para la ejecución y consultoría de obras, el contrato se podrá perfeccionar con la recepción de la orden de compra o de servicio. En el caso de procesos de selección por relación de ítems, se podrá perfeccionar el contrato con la suscripción del documento que lo contiene o con la recepción de una orden de compra o de servicio según el monto del valor referencial de cada ítem. En caso que un mismo proveedor resulte ganador en más de un ítem, podrá suscribirse un contrato por cada ítem o un solo contrato por todos ellos. La Entidad deberá informar al SEACE de cada ítem contratado.

En las órdenes de compra o de servicios que se remitan a los postores ganadores de la Buena Pro, figurará como condición que el contratista se obliga a cumplir las obligaciones que le corresponden, bajo sanción de quedar inhabilitado para contratar con el Estado en caso de incumplimiento.

Los contratos y, en su caso, las órdenes de compra o de servicio, así como la información referida a su ejecución, deberán ser registrados en el SEACE en un plazo no mayor de diez (10) días hábiles siguientes a su perfeccionamiento, ocurrencia o aprobación, según corresponda".

⁷ Decreto Supremo N° 184-2008-EF, Artículo 137.- Obligación de contratar

"Una vez que la Buena Pro ha quedado consentida o administrativamente firme, tanto la ENTIDAD como el o los postores ganadores, están obligados a suscribir el o los contratos respectivos. (...)".

del artículo 19 del Reglamento de la LCE y, asimismo, que se encontraba exceptuado de la aplicación de los mecanismos de contratación establecidos en la normativa vigente en contrataciones.

A criterio del Árbitro Único, teniendo en cuenta el monto de la contratación, ascendente a la suma de S/. 68,779.31 (Sesenta y Ocho Mil Setecientos Setenta y Nueve con 31/100 Nuevos Soles), y de conformidad con el artículo 19 del Reglamento⁸, resultaba aplicable a la presente contratación la realización de un proceso de selección por Adjudicación Directa Selectiva⁹. Dicho proceso debe convocarse cuando el monto de la contratación es inferior al 50% del límite máximo establecido para el rango de la Adjudicación Directa en las normas presupuestarias.

En cuanto a la contratación por relación de ítems, cabe señalar que éste es un mecanismo excepcional mediante el cual, teniendo en cuenta la viabilidad técnica, económica y/o administrativa de la contratación se faculta a la ENTIDAD a contratar en un solo proceso de selección bienes, servicios u obras distintas pero vinculadas entre sí por montos individuales, los que no pueden ser inferiores a tres (3) UIT sin que ello sea considerado un fraccionamiento indebido. Cabe señalar que se configura un supuesto de fraccionamiento indebido cuando concurre la división artificial de una contratación unitaria debidamente programada con la finalidad de modificar la modalidad o tipo del proceso de

⁸ Decreto Supremo N° 184-2008- EF, Artículo 19.- Tipos de procesos de selección

"De conformidad con lo establecido en los artículos 15, 16, 17 y 18 de la Ley, son procesos de selección los siguientes:

1. Licitación Pública, que se convoca para la contratación de bienes y obras, dentro de los márgenes que establecen las normas presupuestarias.
2. Concurso Público, que se convoca para la contratación de servicios, dentro de los márgenes establecidos por las normas presupuestarias.
3. Adjudicación Directa, que se convoca para la contratación de bienes, servicios y ejecución de obras, genes establecidos por las normas presupuestarias.

La Adjudicación Directa puede ser Pública o Selectiva.

La Adjudicación Directa Pública se convoca cuando el monto de la contratación es mayor al cincuenta por ciento (50%) del límite máximo establecido para la Adjudicación Directa en las normas presupuestarias. En caso contrario, se convoca a Adjudicación Directa Selectiva.

4. Adjudicación de Menor Cantidad, puede ser Adjudicación de Menor Cantidad y Adjudicación de Menor Cantidad Derivada.

La Adjudicación de Menor Cantidad, se convoca para:

a) La contratación de bienes, servicios y obras, cuyos montos sean inferiores a la décima parte del límite mínimo establecido por las normas presupuestarias para las Licitaciones Públicas o Concursos Públicos, según corresponda;

b) La contratación de expertos independientes para que integren los Comités Especiales.

La Adjudicación de Menor Cantidad Derivada, se convoca para los procesos declarados desiertos, cuando corresponda, de acuerdo a lo establecido en el artículo 32 de la Ley.

Para la determinación del proceso de selección se considerará el objeto principal de la contratación y el valor referencial establecido por la Entidad para la contratación prevista. En el caso de contrataciones que involucren un conjunto de prestaciones, el objeto principal del proceso de selección se determinará en función a la prestación que represente la mayor incidencia porcentual en el costo. En cualquier caso, los bienes o servicios que se requieran como complementarios entre sí, se consideran incluidos en la contratación objeto del contrato. (...)".

⁹ De acuerdo con la Ley de presupuesto del sector público para el año fiscal 2010, Ley N° 29465, ley aplicable para determinar el proceso de selección correspondiente según el monto de la contratación, que debieron emplear las entidades públicas el año 2010 para contratar obras y/o servicios, como es el caso del presente, siendo el valor máximo de la Adjudicación Directa, para el caso de adquisición de bienes y de suministros, ciento cuatro (104) UIT, el valor de las adjudicaciones directas selectivas debió ser de entre diez punto cuatro (10.4) UIT y hasta cincuenta y dos (52) UIT. Siendo el valor de la UIT el año de 2010 de S/. 3,600.00 (Tres Mil Seiscientos y 00/100 Nuevos Soles), la contratación ascendente a S/. 68,779.31 se encontraba claramente dentro del rango de entre S/. 37,440.00 (AMC) y S/.187,200.00 (ADS) para el cual resultaba aplicable el proceso de Adjudicación Directa Selectiva.

selección a fin de que los procesos se revistan de menores requisitos de publicidad, transparencia y concurrencia que el proceso de selección inicialmente programado¹⁰.

Es claro que en este caso no sólo no resultaba de aplicación el supuesto de hecho de dicha norma sino que la contratación se efectuó en base a un único monto global que comprendía el total de medicamentos requeridos por la ENTIDAD y no en base a montos individuales por ítems, adjudicándose a un único proveedor (el Demandante). Tanto el hecho que el proceso se llevara a cabo por un único monto como la adjudicación a un único proveedor confirma la interpretación del Árbitro Único de que no se trató de un proceso por selección de ítems, resultando aplicable un proceso de Adjudicación Directa Selectiva.

A mayor abundamiento, la conclusión de este Árbitro Único respecto del proceso de selección aplicable queda confirmada por el hecho que así se previó la contratación en la Certificación del Crédito Presupuestario N° 001247 expedida con fecha 19 de abril de 2010 el Jefe de la Oficina de Coordinación Interna de Presupuesto de la DIRESA, en la que se señaló expresamente que se trataba de una proceso de selección en la modalidad de "Adjudicación Directa Selectiva" (Anexo 1-C de la Demanda).

Así, es claro que esta contratación no se encontraba dentro de los supuestos de excepción contenidos en el artículo 138 del Reglamento que admiten el perfeccionamiento del Contrato sin la suscripción del documento que lo contiene en tanto no se trató de un proceso de Adjudicación por Menor Cantidad ni tampoco de un proceso de selección de ítems.

Así, en opinión del Árbitro Único, con independencia de la discusión suscitada entre las partes respecto del perfeccionamiento del Contrato en virtud de la representación del funcionario de la ENTIDAD que habría suscrito la Orden de Compra, el Contrato no fue formalizado de acuerdo con lo establecido en las normas de contratación pública que resultaban aplicables. En vista de lo anterior, carece de objeto evaluar si fue suficiente para vincular a la ENTIDAD la representación de los funcionarios públicos que suscribieron la misma a nombre de ésta por no haber tenido la condición de representantes legales de la ENTIDAD.

6.2 Efectos de la falta de perfeccionamiento y procedencia de la orden de pago

Explica CASSAGNE que “(...) recién a partir del perfeccionamiento del acuerdo de voluntades es que nacen propiamente los derechos y obligaciones del contrato y de la Administración y, por ende, la responsabilidad contractual en caso de incumplimiento”¹¹.

A criterio de la suscrita, el hecho que el Contrato no se haya perfeccionado de acuerdo con la norma imperativa contenida en el artículo 138 del Reglamento de la LCE determina la nulidad del Contrato por aplicación de los artículos 140 y 219 del Código

¹⁰ Al respecto, ver por ejemplo Opinión N° 063-2006/GNP, numeral 4.1, de fecha 1 de agosto de 2006: “4. CONCLUSIONES

4.1. El fraccionamiento proscrito en la normativa de contratación pública se configura cuando concurre la división artificial de una adquisición o contratación unitaria debidamente programada y que cuenta con disponibilidad presupuestal; y la finalidad del funcionario de cambiar la modalidad o tipo del proceso de selección a fin de que los procesos se revistan de menores requisitos de publicidad, transparencia y concurrencia que el proceso de selección inicialmente programado en un mismo ejercicio fiscal”.

¹¹ Juan Carlos CASSAGNE. Op. cit., p. 111.

Civil, según los cuales para la validez de un acto jurídico debe observarse la forma prescrita por la ley bajo sanción de nulidad¹².

Cabe señalar que dichas normas son de aplicación supletoria a la presente contratación por disposición del artículo 142º del Reglamento de la LCE¹³.

Es pertinente resaltar que, adicionalmente a la falta de suscripción de documento que contenía el contrato, de lo actuado en autos se desprende que existirían una serie de indicios de irregularidades y deficiencias en el proceso de selección realizado para efectos de la contratación materia de controversia. Así, cabe señalar que pese a haber sido requeridos para el efecto por el Árbitro Único, a lo largo de este proceso ninguna de las partes ha podido acreditar el cumplimiento de las etapas y requisitos del proceso de selección en la modalidad de Adjudicación Directa Selectiva como son la realización y publicación de una Convocatoria, la elaboración de Bases, calificación de propuestas y dentro de éstas la propuesta presentada por la Demandante y el otorgamiento de la Buena Pro¹⁴. Significativamente, tampoco existe constancia de registro alguno relacionado con esta adquisición en el Sistema Electrónico de Adquisiciones y

¹² Código Civil, Artículo 140.- Noción de Acto Jurídico: elementos esenciales

El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez se requiere:

1.- Agente capaz.
2.- Objeto física y jurídicamente posible.
3.- Fin lícito.

4.- Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad.

Artículo 219º.- Causales de nulidad

El acto jurídico es nulo:

1.- Cuando falta la manifestación de voluntad del agente.
2.- Cuando se haya practicado por persona absolutamente incapaz, salvo lo dispuesto en el artículo 1358.
3.- Cuando su objeto es física o jurídicamente imposible o cuando sea indeterminable.
4.- Cuando su fin sea ilícito.
5.- Cuando adolezca de simulación absoluta.
6.- Cuando no revista la forma prescrita bajo sanción de nulidad.
7.- Cuando la ley lo declare nulo. (*)
8.- En el caso del artículo V del Título Preliminar, salvo que la ley establezca sanción diversa.

¹³ Dicha norma dispone que "en lo no previsto en la Ley [LCE] y el presente Reglamento, son de aplicación supletoria las normas de derecho público y, sólo en ausencia de éstas, las de derecho privado".

¹⁴ En efecto el artículo 22º del Reglamento de la LCE establece una serie de etapas de obligatorio cumplimiento para llevar a cabo un proceso de adjudicación directa selectiva, constituyendo su incumplimiento causal de nulidad de las siguientes etapas del proceso.

Decreto Supremo N° 184-2008- EF, Artículo 22.- Etapas de los Procesos de Selección

"Los procesos de selección contendrán las etapas siguientes, salvo las excepciones establecidas en el presente artículo:

1. Convocatoria.
2. Registro de participantes.
3. Formulación y absolución de consultas.
4. Formulación y absolución de observaciones.
5. Integración de las Bases.
6. Presentación de propuestas.
7. Calificación y evaluación de propuestas.
8. Otorgamiento de la Buena Pro.

En los procesos de Adjudicación Directa y Adjudicación de Menor Cuantía para obras y consultoría de obras se fusionarán las etapas 3 y 4. Asimismo, en los procesos de Adjudicación de Menor Cuantía para bienes y servicios no se incluirán en el proceso las etapas 3, 4 y 5.

El incumplimiento de alguna de las disposiciones que regulan el desarrollo de estas etapas constituye causal de nulidad de las etapas siguientes del proceso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley, y lo retrotrae al momento anterior a aquél en que se produjo dicho incumplimiento. (...)" (El subrayado y énfasis son nuestros).

Contrataciones del Estado ("SEACE")¹⁵. Así, existen indicadores de que, en los hechos, no se efectuó un proceso de Adjudicación Directa Selectiva, dado que contrató directamente con AMAZON. A criterio de este Árbitro Único, dichas deficiencias e irregularidades hubieren determinado la nulidad del Contrato por aplicación del artículo 56 de la LCE¹⁶ incluso en el supuesto que éste se hubiere perfeccionado debidamente mediante la suscripción del documento correspondiente. Bajo dicha norma, al no haberse seguido el proceso de selección correspondiente, la vulneración del ordenamiento jurídico origina la nulidad del acto producido e implica que éste no surta efectos.

La nulidad implica la consiguiente inexigibilidad de las obligaciones derivadas del Contrato. Como consecuencia de la nulidad, no hay una fuerte jurídica válida en base a la cual este Árbitro Único pueda emitir una orden de pago de la Factura N° 000027 de fecha 21 de abril de 2010 emitida por AMAZON a la ENTIDAD hasta por la suma de sesenta y ocho mil setecientos setenta y nueve y 73/100 nuevos soles (S/. 68,779.73). No puede ordenarse el pago en la medida que éste no es consecuencia directa de una obligación válidamente contraída pues ello no se ha verificado en este caso.

Siendo ello así debe declararse infundada la Segunda Pretensión de la Demandante, careciendo de objeto que este Árbitro Único se pronuncie sobre la ejecución de la prestación por parte de AMAZON y la emisión de la conformidad por parte de la ENTIDAD.

Sin perjuicio de lo anterior este Árbitro Único estima que no puede perderse de vista que en este caso AMAZON ejecutó determinadas actividades a favor de la ENTIDAD en el entendido que el Contrato gozaba de una apariencia de validez. Al respecto, si bien a lo largo de este proceso no ha quedado acreditado que la ENTIDAD haya cumplido con emitir la Constancia de Conformidad, toda vez que no existe documento en autos que acredite que la ENTIDAD haya prestado su conformidad con los medicamentos entregados por AMAZON de acuerdo con la formalidad requerida por la normativa de contrataciones, esto es mediante un acta de conformidad o mediante un sello de conformidad consignado en la misma Orden de Compra, existen abundantes evidencias en el expediente de que la ENTIDAD recibió conforme los medicamentos solicitados a AMAZON y dispuso de los mismos.

Así, hemos explicado en los antecedentes que mediante Informe N° 208-2010-AE-SISMED-GRL-DRSL de fecha 28 de abril de 2010 (Anexo 1-G de la Demanda), el Responsable de Almacén Especializado de la ENTIDAD manifestó haber recibido cuarenta y cinco (45) cajas por total de medicamentos materia del requerimiento. Si bien

¹⁵ Decreto Supremo N° 184-2008- EF, Artículo 51.- Publicación en el SEACE

"La convocatoria de las Licitaciones Públicas, Concursos Públicos y Adjudicaciones Directas se realizará a través de su publicación en el SEACE, oportunidad en la que se deberán publicar las Bases y un resumen ejecutivo del estudio de posibilidades que ofrece el mercado, bajo sanción de nulidad. No corresponde publicar el resumen ejecutivo en los procesos de selección sujetos a la modalidad de Convenio Marco en los que se haya optado no utilizar valor referencial. (...)" . (El subrayado y énfasis son nuestros).

¹⁶ Decreto Supremo N° 184-2008- EF, Artículo 56.- Nulidad de los actos derivados de los procesos de contratación

"(...) En caso de contratarse bienes, servicios u obras, sin el previo proceso de selección que correspondiera, se incurrirá en causal de nulidad del proceso y del contrato, asumiendo responsabilidades los funcionarios y servidores de la ENTIDAD contratante conjuntamente con los contratistas que celebraron dichos contratos irregulares.

Cuando corresponda al árbitro único o al Tribunal Arbitral evaluar la nulidad del contrato, se considerarán en primer lugar las causales previstas en el presente Decreto Legislativo y su Reglamento, y luego las causales de nulidad reconocidas en el derecho público aplicable". (El subrayado y énfasis son nuestros).

el texto del informe señala encontrarse conforme con la cantidad, no puede perderse de vista que se señala que se adjuntan a dicho documento los protocolos y certificados de análisis y el informe de ensayo de los productos y se solicita su “ingreso para su debida distribución”, como también sucede en el Memorándum N° 424-2010-GRL-DRSL-30.11 dirigido por el Director Ejecutivo de Medicamentos al Director de Logística, lo que no sería posible en caso los productos no se hubieren encontrado conformes respecto de su calidad y contenido. Asimismo, en el Acta de Recepción que obra como Anexo 1-E de la Demanda y que se refiere a las mismas cuarenta y cinco (45) cajas, si bien no detalla el listado de todos los medicamentos, se deriva que la ENTIDAD se encontró conforme con la cantidad, protocolos de análisis, registros sanitarios, embalaje y envases y contenido de los productos en cuestión. Más aún, cabe señalar que si bien la ENTIDAD ha negado en este arbitraje haber dado la conformidad a la ejecución de la prestación, cumpliendo con lo establecido en el artículo 178º del Reglamento de la LCE, no ha cuestionado haber recibido los medicamentos materia de su requerimiento en la cantidad y condiciones apropiadas.

Toda vez que ha quedado acreditado que AMAZON entregó efectivamente y la ENTIDAD recibió los medicamentos señalados en la Orden de Compra, no existiendo otra vía para solicitar el pago de la contraprestación correspondiente, podría encontrarse expedita para el Demandante la vía del enriquecimiento sin causa, regulada en el artículo 1954º del Código Civil, según el cual “[a]quel que se enriquece indebidamente a expensas de otro está obligado a indemnizarlo”, cuyo alcance escapa la competencia de este tribunal por no haber sido este extremo incluido dentro del petitorio ni la materia controvertida.

En efecto, un principio general del derecho de las obligaciones es que toda atribución patrimonial debe estar sustentada en una causa justa. Por esta razón, el “enriquecimiento sin causa”, “enriquecimiento indebido”, “enriquecimiento injusto” o “enriquecimiento torticero”, se presenta cuando una persona recibe una ventaja, provecho o utilidad, sin fundamento jurídico, de tal modo que el ordenamiento otorga al empobrecido este remedio jurídico para lograr el restablecimiento de su equilibrio económico.

El Tribunal de Contrataciones del Estado ha reconocido en diversas oportunidades que, 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 causa¹⁷. Así en supuestos similares a los presentados en este caso, en relación con lo indicado, el Tribunal de Contrataciones 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 1954º 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”.

¹⁷ Ver por ejemplo la Resolución N° 176/2004.TC-SU y Opinión N° 083-2009/DTN.

De la misma manera el OSCE ha establecido que "(...) sin perjuicio de las responsabilidades de los funcionarios involucrados, la Entidad a favor de la cual un proveedor ejecuta determinadas prestaciones sin que medie un contrato que los vincule, tiene la obligación de reconocer al proveedor el precio de mercado de las prestaciones ejecutadas, el cual incluye la utilidad; ello en observancia del principio que proscribe el enriquecimiento sin causa, recogido en el artículo 1954 del Código Civil¹⁸.

Conviene precisar que en opinión de la suscrita, el que la ENTIDAD no haya brindado su conformidad con los medicamentos recibidos no es determinante para la configuración del enriquecimiento sin causa dado que para que el mismo se configure basta la atribución patrimonial a favor de una parte a costa de otra, sin que exista un título válido para dicha atribución.

6.3 El pago de intereses

Al haberse declarado que AMAZON no tiene derecho al pago del precio por los productos farmacéuticos que entregó a la ENTIDAD, por ser el Contrato nulo, carece de objeto pronunciarse sobre los intereses aplicables por la demora en el pago del precio.

6.4 Gastos del arbitraje

En cuanto a la atribución de los gastos arbitrales, tratándose de un arbitraje Ad Hoc, resulta aplicable el artículo 73º del Decreto Legislativo que norma el Arbitraje, aprobado por Decreto Legislativo N° 1071 (en adelante, la "Ley de Arbitraje"), la norma en cuestión establece que los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida, sin embargo, es facultad del Árbitro Único el distribuir y prorratear estos costos entre las partes si lo estima razonable teniendo en cuenta las circunstancias del caso¹⁹.

En este caso, el Árbitro Único estima pertinente tener en cuenta que ambas partes incumplieron flagrantemente los requisitos y formalidades aplicables por ley a la contratación que dio origen a la obligación de pago, y que estaban en aptitud de conocer por derivarse de mandato expreso de la ley.

Así, si bien AMAZON contó con razones atendibles para litigar, no puede perderse de vista que existe responsabilidad de ambas partes en los hechos que dieron lugar a la ejecución de una prestación derivada de una contratación respecto de la cual no se siguieron las normas imperativas que regulaban el proceso de selección y su formalización.

En razón de lo anterior, el Árbitro Único considera pertinente que sean ambas partes las que asuman en igual proporción los gastos arbitrales.

El Árbitro Único estima pertinente dejar constancia de que AMAZON ha asumido la totalidad de los honorarios del Árbitro Único y los gastos administrativos del Centro, según la liquidación efectuada por la Secretaría Arbitral de la Dirección de Arbitraje Administrativo del OSCE, a fin de llevar a cabo este proceso, monto que le deberá entonces ser reembolsado proporcionalmente por la ENTIDAD.

¹⁸ Cfr. Opinión N° 083-2012/DTN, de fecha 8 de agosto de 2012.

¹⁹ Ley de Arbitraje, Artículo 73.- Asunción o distribución de costos.

"1. El tribunal arbitral tendrá en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes. A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso. (...)".

SE RESUELVE:

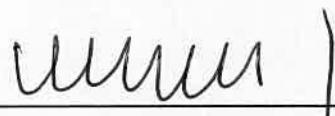
En atención a las consideraciones expuestas, y de conformidad con las normas legales citadas, el Árbitro Único a cargo de la presente controversia ha resuelto emitir el siguiente

LAUDO:

PRIMERO: Declarar la **NULIDAD** del Contrato entre el Gobierno Regional de Loreto y AMAZON, originado en virtud de la emisión de la orden de compra N° 661, de fecha 20 de abril de 2010, en virtud de lo cual **CARECE DE OBJETO** pronunciarse sobre el cumplimiento efectivo de la prestación a cargo de AMAZON derivada de dicha orden de compra.

SEGUNDO: Declarar **INFUNDADA** la Segunda Pretensión Principal de AMAZON consistente en ordenar al Gobierno Regional de Loreto pagar a AMAZON la Factura N° 000027, de fecha 21 de abril de 2010, ascendente a la suma de 68,779.31 (Sesenta y Ocho Mil Setecientos Setenta y Nueve con 31/100 Nuevos Soles) así como los respectivos intereses.

TERCERO: Declarar que corresponde que ambas partes asuman en igual proporción los gastos arbitrales derivados de la tramitación del presente proceso y, en consecuencia, que la **ENTIDAD** deberá reembolsar a la Demandante el 50% del total de los montos pagados por ésta por concepto de honorarios del Árbitro Único y los gastos administrativos por organización y administración de arbitrajes según la liquidación efectuada por la Secretaría Arbitral de la Dirección de Arbitraje Administrativo del OSCE.



CAROLINE A. DE TRAZEGNIES THORNE
Árbitro Único



ANTONIO CORRALES GONZALES
Director de Arbitraje Administrativo