

Legajo 946 - 2014

Caso Arbitral
MEDIFARMA S.A.
DIRECCIÓN DE ABASTECIMIENTO DE RECURSOS ESTRATEGICOS EN SALUD - DARES

CÉDULA DE NOTIFICACIÓN N° 33-2015

Destinatario: DIRECCIÓN DE ABASTECIMIENTO DE RECURSOS
ESTRATÉGICOS EN SALUD - DARES
Dirección: Avenida Dos de Mayo 590 - San Isidro


Por medio de la presente, cumplimos con notificarles un ejemplar del Laudo Arbitral de Derecho emitido por el Árbitro Único Daniel Triveño Daza, el mismo que consta de cincuenta y dos (52) folios.

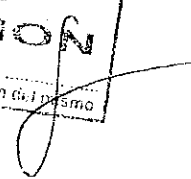
Dicho Laudo Arbitral resuelve de manera definitiva las controversias surgidas entre la empresa MEDIFARMA S.A. y la Dirección De Abastecimiento De Recursos Estratégicos En Salud - DARES, el mismo que es notificado dentro del plazo establecido de acuerdo al Acta de Instalación del Tribunal Arbitral de fecha 15 de mayo de 2014.

Fdo. Daniel Triveño Daza, Árbitro Único; Alberto Molero Rentería, Secretario Arbitral Ad Hoc.

Lo que notificamos a ustedes de acuerdo a Ley.

San Isidro, 17 de noviembre de 2015.


Alberto Molero Rentería
Secretario Arbitral Ad Hoc

MINISTERIO DE SALUD
PROCURADURIA PUBLICA
20 NOV. 2015
RECEPCION
Hora: 3:34 Firma: 
La recepción respalda aceptación del mismo

Proceso arbitral seguido entre MEDIFARMA S.A. y DIRECCIÓN DE ABASTECIMIENTO DE RECURSOS ESTRATÉGICOS EN SALUD - DARES
Contrato N° 045-2013/DARES/MINSA

Arbitro Único
Daniel Triveño Daza

LAUDO DE DERECHO

Laudo de Derecho que en la controversia surgida entre la DIRECCIÓN DE ABASTECIMIENTO DE RECURSOS ESTRATÉGICOS EN SALUD - DARES y MEDIFARMA S.A., dicta el Árbitro Único Daniel Triveño Daza.

Número de Expediente de Instalación: I 300-2014

Demandante: MEDIFARMA S.A. (en adelante, LA DEMANDANTE o EL CONTRATISTA)

Demandado: LA DIRECCIÓN DE ABASTECIMIENTO DE RECURSOS ESTRATÉGICOS EN SALUD - DARES (en adelante, LA DEMANDADA o LA ENTIDAD)

Contrato :N° 045-2013-DARES/MINSA, para la contratación de Medicamento Estibogluconato sódico - 5 a 30 ML, equivalente 100MG de Antimonio Pentavalente /ML - Inyectable.

Monto del Contrato: S/. 3'174,000.00

Cuantía de la Controversia: S/. 3'174,000.00

Tipo y Número de Proceso de Selección: Licitación Pública N° 006-2013-DARES-MINSA.

Árbitro Único: Daniel Triveño Daza.

Secretario Arbitral: Alberto Molero Rentería.

Monto de los honorarios del Tribunal Arbitral: S/. 35,800.00 (Treinta y Cinco Mil Ochocientos y 00/100 Nuevos Soles)

Monto de los honorarios de la Secretaría Arbitral: S/. 20,100.00 (Veinte Mil Cien y 00/100 Nuevos Soles)

Fecha de emisión del laudo: 17 de noviembre de 2015

N° de Folios: 52

Proceso arbitral seguido entre MEDIFARMA S.A. y DIRECCIÓN DE ABASTECIMIENTO DE RECURSOS
ESTRATÉGICOS EN SALUD – DARES
Contrato N° 045-2013/DARES/MINSA

Arbitro Único
Daniel Triveño Daza

Pretensiones (controversias relacionadas a las siguientes materias):

- Nulidad, invalidez, inexistencia y/o ineficacia del contrato.
- Resolución del contrato.
- Ampliación del plazo contractual.
- Defectos o vicios ocultos.
- Formulación, aprobación o valorización de metrados.
- Recepción y conformidad.
- Liquidación y pago.
- Mayores gastos generales.
- Indemnización por daños y perjuicios.
- Otros.

Proceso arbitral seguido entre MEDIFARMA S.A. y DIRECCIÓN DE ABASTECIMIENTO DE RECURSOS
ESTRATÉGICOS EN SALUD – DARES
Contrato N° 045-2013/DARES/MINSA

Arbitro Único
Daniel Triveño Daza

RESOLUCIÓN N° 17

En Lima, a los 17 días del mes de noviembre de 2015, realizadas las actuaciones arbitrales de conformidad con la ley y las normas establecidas por las partes, escuchados los argumentos del demandante y del demandado, el Árbitro Único dicta el presente Laudo de Derecho.

VISTOS:

I. EXISTENCIA DEL CONVENIO ARBITRAL.-

Con fecha 04 de julio de 2013, MEDIFARMA S.A. y DIRECCIÓN DE ABASTECIMIENTO DE RECURSOS ESTRATÉGICOS EN SALUD – DARES, suscribieron el Contrato N° 045-2013/DARES/MINSA, en adelante EL CONTRATO.

De acuerdo a la Cláusula Vigésima de EL CONTRATO, las partes acordaron lo siguiente:

"SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Cualquiera de las partes tiene el derecho a iniciar el arbitraje administrativo a fin de resolver las controversias que se presente durante la etapa de ejecución contractual dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 144, 170, 175, 176, 177 y 181 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado o, en su defecto en el artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado.

Facultativamente, cualquiera de las partes podrá someter a conciliación la referida controversia sin perjuicio de recurrir al arbitraje en caso no se llegue a un acuerdo entre ambas, según lo señalado en el artículo 214 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado".

Arbitro Único
Daniel Triveño Daza

De acuerdo a lo anterior, queda establecida la competencia arbitral, al haberse verificado el convenio arbitral suscrito entre MEDIFARMA S.A. y DIRECCIÓN DE ABASTECIMIENTO DE RECURSOS ESTRATÉGICOS EN SALUD - DARES e inserto en EL CONTRATO.

II. DESIGNACIÓN DEL ARBITRO ÚNICO.-

El árbitro único declara que ha sido debidamente designado de acuerdo a ley y al convenio arbitral celebrado entre las partes, manifestando no tener ninguna incompatibilidad ni compromiso alguno con las partes. Se deja constancia que la designación se realizó de modo residual por parte del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, mediante la Resolución N° 106-2014-OSCE/PRE, del 28.03.2014.

Asimismo, se obliga a desempeñar con justicia, imparcialidad y probidad la labor encomendada, tal como lo dispone el Código de Ética aprobado mediante Resolución No 258-2008-CONSUCODE/PRE y publicado en el Diario Oficial El Peruano el 11 de junio de 2008.

III. TIPO DE ARBITRAJE.-

El día 15 de mayo de 2014 se llevó a cabo en la sede institucional del Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado, la Audiencia de Instalación de Árbitro Único Ad Hoc. A dicha audiencia asistió el Sr. Juan Gualberto Gabriel Apéstegui, acompañado por la doctora Julissa Alexandra Acosta Arango, en representación de MEDIFARMA S.A., en calidad de parte demandante; el doctor Juan Ramos Castilla en representación de la DIRECCIÓN DE ABASTECIMIENTO DE RECURSOS ESTRATÉGICOS EN SALUD -

Proceso arbitral seguido entre MEDIFARMA S.A. y DIRECCIÓN DE ABASTECIMIENTO DE RECURSOS
ESTRATÉGICOS EN SALUD – DARES
Contrato N° 045-2013/DARES/MINSA

Arbitro Único
Daniel Triveño Daza

DARES, en calidad de parte demandada.

En la referida Audiencia de Instalación de Árbitro Único Ad Hoc, se estableció que en virtud de lo pactado en la Cláusula Vigésima de EL CONTRATO, el arbitraje sería Ad Hoc, Nacional y de Derecho.

IV. REGLAS APLICABLES AL PRESENTE ARBITRAJE.-

En la referida Audiencia de Instalación de Árbitro Único Ad Hoc, el árbitro se ratificó en su aceptación al cargo para el que fue nombrado y quedaron firmes las reglas procesales consignadas en dicha Acta.

Así, se estableció que para el proceso arbitral serán de aplicación las reglas procesales establecidas por las partes y por el árbitro en la presente Acta y, supletoriamente por lo dispuesto en el Decreto Legislativo 1017, Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF, así como lo establecido en el Decreto Legislativo 1071, Decreto Legislativo que norma el Arbitraje.

Aunado a ello, en caso de deficiencia o vacío de las reglas que anteceden, el Árbitro Único resolverá en forma definitiva del modo que considere apropiado, aplicando la prelación establecida en el artículo 52° del Decreto Legislativo 1017, Ley de Contrataciones del Estado.

V. ALEGACIONES DE LAS PARTES.-

Mediante escrito presentado el día 04 de junio de 2014, MEDIFARMA S.A. formuló las siguientes pretensiones:

Arbitro Único
Daniel Triveño Daza

5.1. Pretensiones formuladas en la Demanda presentada por MEDIFARMA S.A.:

Las pretensiones planteadas por LA DEMANDANTE se transcriben a continuación:

Primera Pretensión Principal: "Se interprete correctamente el objeto del contrata teniendo en consideración las Bases, el Contrato y nuestra oferta. En ese sentido debe establecerse que las entregas deben ser:".

1era entrega	2da entrega	3era entrega	4ta entrega
Nov - 13	Feb - 14	May - 14	Ago - 14
144,00 iny	168,00 iny	144,00 iny	144,00 iny

Primera Pretensión Accesorio a la Primera Pretensión Principal: "Como efecto jurídico de la interpretación a que se refiere la primera pretensión principal, se determine que la prestación hasta la fecha ha sido cumplida por nuestra representada".

Segunda Pretensión Accesorio a la Primera Pretensión Principal: "Dejar sin efectos los extremos de la Carta Notarial N° 105834 de fecha 23.12.2013".

Tercera Pretensión Accesorio a la Primera Pretensión Principal: "Se determine que existe contraprestación pendiente por 300,000 ampallas a cargo de DARES; la misma que asciende a la suma de S/. 3'174,000.00 (TRES MILLONES CIENTO SETENTA Y CUATRO MIL CON 00/100 SOLES).

Segunda Pretensión Principal: "Que, como consecuencia del cumplimiento de la prestación, no se aplique ninguna penalidad por retrasa atribuible al contratista".

Arbitro Único
Daniel Triveño Daza

Tercera Pretensión Principal: "Que, la Entidad cumpla con pagar los gastos arbitrales que comprende los honorarios profesionales del árbitro, Secretaria Arbitral y los honorarios profesionales del abogada que asume nuestra defensa a partir de la fecha de la Instalación del proceso arbitral".

5.2. **Posición de MEDIFARMA S.A.:**

LA DEMANDANTE sustenta su posición en los siguientes fundamentos:

5.2.1. **Fundamentos de Hecho de la Demanda**

Fundamentos de Hecho de la Primera Pretensión Principal:

Con fecha 04 de julio de 2013, MEDIFARMA S.A. y DIRECCIÓN DE ABASTECIMIENTO DE RECURSOS ESTRATÉGICOS EN SALUD - DARES celebraron el Contrato N° 045-2013/DARES/MINSA para el suministro del producto farmacéutico ESTIBOGLUCONATO SÓDICO - 5 a 30 ml, como consecuencia de haberse otorgado a LA DEMANDANTE la Buena Pro en la Licitación Pública N° 006-2013-DARES/MINSA.

Respecto al objeto del contrato, las Bases señalan:

Item	DRESCRIPCIÓN	CONCENTRACIÓN	FF	MES 1º	MES 2º	MES 3º	MES 4º
1	ESTIBOGLUCONATO SÓDICO - 5 A 30 ML	Equivalente 100 mg antimonio pentavalente	INYECTABLE	72,000	84,000	72,000	72,000

Del mismo modo, el contrato suscrito señala:

Arbitro Único
 Daniel Triveño Daza

Item	DRESCRIPCIÓN	CONCENTRACIÓN	FF	MES 1º	MES 2º	MES 3º	MES 4º
1	ESTIBOGLUCONATO SODICO - 5 A 30 ML	Equivalente 100 mg antimonio pentavalente	INYECTABLE	72,000	84,000	72,000	72,000

Conjuntamente, su Propuesta Técnica expresamente fue de la siguiente forma:

CONCEPTO	CANTIDAD	PRECIO UNITARIO	COSTO TOTAL s/.
ESTIBOGLUCONATO DE SODIO 1.5g/5ml	300,000*	8.77	2,631.000.00
TOTAL			2,631.000.00

*300 INYECTABLES

En ese sentido, conforme a su oferta, en concordancia con las Bases y El contrato, la entrega de la prestación debe ser por unidades (ampollas). En otras palabras, la entrega debía ser de la siguiente forma:

Item	DRESCRIPCIÓN	CONCENTRACIÓN	FF	MES 1º	MES 2º	MES 3º	MES 4º
1	ESTIBOGLUCONATO SODICO - 5 A 30 ML	Equivalente 100 mg antimonio pentavalente	INYECTABLE	72,000 Iny Equivalente a 36,000 gr	84,000 Iny Equivalente a 42,000 gr	72,000 Iny Equivalente a 36,000 gr	72,000 Iny Equivalente a 36,000 gr

Fundamentos de Hecho de la Primera Pretensión Accesorio a la Primera Pretensión Principal:

Que la presente accesoria tiene relación directa con la respectiva pretensión principal, por lo que si la principal se declara fundada, esta debe ser declarada fundada de igual modo.

Arbitro Único
Daniel Triveño Daza

Que, hasta la fecha, LA DEMANDANTE realizó las entregas de INY conforme a las guías de internamiento, por lo que se aprecia con claridad que hasta la fecha se cumplieron con la entrega de la presentación (Segunda Entrega).

Fundamentos de Hecho de la Segunda Pretensión Accesorio a la Primera Pretensión Principal:

Que, mediante la Carta Notarial N° 105834 de fecha 23.12.2013, LA DEMANDADA le comunica a LA DEMANDANTE el supuesto incumplimiento de entrega de medicamentos relacionados con la segunda entrega –Orden de Compra 0000401 referente al Ítem 1 – del producto Estibogluconato Sódico, otorgándole el plazo de 5 días para el cumplimiento de dicho requerimiento, bajo apercibimiento de resolver el contrato suscrito con LA ENTIDAD.

Que, según la interpretación de LA DEMANDADA, la prestación se cuantifica por gramos y no por inyectables, por lo que esta considera que la misma aún no ha sido cumplida totalmente. Por tal motivo, LA DEMANDANTE fue apercibida por la entrega de la primera y segunda entrega, lo cual la forzó a solicitar una y otra vez ampliaciones de plazo y la reprogramación correspondiente. Sin embargo, las interpretaciones que realizan las partes de la relación contractual respecto del objeto del contrato son distintas.

Fundamentos de Hecho de la Tercera Pretensión Accesorio a la Primera Pretensión Principal:

Que, a efectos de evitar la resolución del contrato, LA DEMANDANTE tuvo que realizar la entrega de 600,000 ampollas en lugar de las 300,000 pactadas en el contrato, por lo que solicita que el Árbitro declare como accesorio a la primera pretensión principal que existe contraprestación pendiente por 300,000 ampollas a cargo de DARES; la misma que asciende a la suma de S/.

Arbitro Único
Daniel Triveño Daza

3'174,000.00 (TRES MILLONES CIENTO SETENTA Y CUATRO MIL CON
00/100 SOLES).

Fundamentos de Hecho de la Segunda Pretensión Principal:

Que, de resolverse la pretensión principal en sentido legal y lógico, LA DEMANDANTE afirma no existe razón de hecho ni de derecho para aplicar la penalidad por retraso injustificado, pues ha cumplido con entregar a la fecha 600,000 ampollas.

Que, respecto al supuesto retraso imputado por LA DEMANDADA, LA DEMANDANTE sostiene que el mismo ha obedecido a causas ajenas a su voluntad. Además, que ha cumplido con su deber de diligencia contractual por haber entregado inclusive las 600,000 ampollas equivalentes a los 300,000 gramos que determinó LA ENTIDAD de modo arbitrario.

Que, pese a la "onerosidad del cumplimiento de la prestación", LA DEMANDANTE ha cumplido fielmente con el deber de diligencia contractual, el cual no es otro que la diligencia ordinaria a que se refiere el artículo 1314 del Código Civil aplicable al caso de conformidad con el artículo 142 del Reglamento de la Ley, pues entregó 600,000 ampollas, pese a que se suscribió EL CONTRATO por 300,000 ampollas.

Que, los antecedentes señalados anteriormente deben constituir criterios para la motivación de la decisión arbitral que, a su juicio, deberá declarar la presente accesoria, dejando sin efecto la penalidad aplicada.

Fundamentos de Hecho de la Tercera Pretensión Principal:

Arbitro Único
Daniel Triveño Daza

Que, respecto a los gastos incurridos por el presente proceso arbitral, LA DEMANDANTE considera que el Árbitro Único solucionará la controversia conforme a derecho y que, por tal motivo, estos serán asumidos por LA DEMANDADA.

5.3. Posición de DIRECCIÓN DE ABASTECIMIENTO DE RECURSOS
ESTRATÉGICOS EN SALUD - DARES:

LA DEMANDADA sustenta su posición en los siguientes fundamentos:

1. Que, con fecha 09 de mayo de 2013 LA DEMANDADA convocó a Licitación Pública N° 006-2013-DARES/MINSA para la Adquisición del producto estibogluconato sódico 5 a 30 ml (equivalente a 100 mg pentavalente/ml - inyectable), por un valor referencial de S/. 3'174,000.00 nuevos soles; proceso en el cual se adjudicó la Buena Pro a LA DEMANDANTE, con quien se suscribió el Contrato N° 045-2013-DARES/MINDA, de fecha 04 de julio de 2013.
2. Que, respecto al objeto de EL CONTRATO, LA DEMANDADA precisa que las especificaciones técnicas establecidas por el área usuaria, las mismas que forman parte de las Bases Integradas del contrato, señalan el requerimiento con la siguiente descripción:

ITEM	DESCRIPCIÓN	CONCENTRACIÓN	FF	CANTIDAD
1	SODICO - 5 a 30 mL	equivalente 100 mg antimonio pentavalente/ml	Inyectable	300,000

*La cantidad requerida está calculada en gramos de antimonio pentavalente

Arbitro Único
Daniel Triveño Daza

Asimismo, EL CONTRATO establece en su cláusula novena el siguiente cronograma de entrega:

ITEM	Descripción	Concentración	FF	Cronograma de entregas			Mes 10
				Mes 1	Mes 4	Mes 7	
1	ESTIBOGLUCONATO SODIO ^o -5 A 30 mL	Equivalente 100 mg antimonio pentavalente/ml	Iny.	72,000	84,000	72,000	72,000

Además, los plazos de internamiento del producto eran de cuarenta y cinco (45) días para la primera entrega, contados a partir de la firma de contrato, y las entregas posteriores de acuerdo al cronograma establecido en el mismo.

3. Que, respecto a la lectura que debe realizarse al requerimiento del área usuaria, LA DEMANDADA sostiene que debe efectuarse correctamente, en vista que LA DEMANDANTE realiza una interpretación torcida, exponiendo los hechos de modo conveniente a fin de sustentar su posición.
4. Que, al respecto, LA DEMANDADA refiere que LA DEMANDANTE manifiesta que el requerimiento fue de 300,000 inyectables, lo cual es totalmente ajeno a la realidad, pues, de la revisión de las especificaciones técnicas, las mismas que fueron incorporadas en las Bases Integradas, el cuadro de requerimiento señala textualmente que la cantidad requerida está textualmente calculada en gramos de antimonio pentavalente.
5. Por otro lado, respecto a la afirmación de LA DEMANDANTE de que habría ofertado 300,000 inyectables, LA DEMANDADA sostiene que ello desconoce

Arbitro Único
Daniel Triveño Daza

el alcance de su propuesta, ya que las Bases Integradas no solicitaban esa cantidad de inyectables, sino de gramos de antimonio pentavalente.

6. Además, LA DEMANDADA sostiene que es insostenible el argumento de LA DEMANDANTE que pretende desconocer el contenido de las especificaciones técnicas que se incorporaron en las Bases Integradas, pues a través de los anexos Nº 5 y Nº 4 queda claro que MEDIFARMA S.A. conocía, aceptaba y se sometía a las disposiciones señaladas en las Bases y que, a partir de ello, realizaba su oferta de conformidad con las especificaciones técnicas.
7. Que, de la revisión de la forma de presentación ofertada contenida en la propuesta técnica del Contratista, LA DEMANDADA señala que el postor ofreció inyectables de 5 mL equivalente 500 mg de antimonio pentavalente, lo cual significa que cada inyectable de 5 mL contiene 0.5 gramos de antimonio pentavalente, por lo que el postor debía entregar 600,000 inyectables a efectos de cumplir con entregar 300,000 gramos de antimonio pentavalente.
8. Asimismo, LA DEMANDADA precisa que en ningún extremo de las Bases se manifestó que la cantidad solicitada era de 300,000 inyectables, como ha pretendido argumentar LA DEMANDANTE, y que dicho hecho es totalmente objetivo, por lo que no está sujeto a interpretación.
9. Que, respecto al cumplimiento de las obligaciones contractuales, LA DEMANDADA refiere que la DEMANDANTE cumplió en cada entrega con la totalidad del producto estibogluconato sódico 5 a 30 ml (equivalente a 100 mg pentavalente/ml - inyectable) en la cantidad de gramos solicitada conforme a las Bases Integradas y al contrato. No obstante, tanto en la primera entrega como en la segunda y en la tercera, LA DEMANDANTE

Arbitro Único
Daniel Triveño Daza

incurrió en retrasos injustificados, por los que se le remitieron cartas notariales en cada ocasión, requiriendo el cumplimiento de las obligaciones contractuales correspondientes.

10. Asimismo, respecto a la primera entrega, LA DEMANDADA refiere que LA DEMANDANTE manifiesta en su demanda que había aceptado la posición de LA ENTIDAD, lo cual quedó confirmado con la entrega de 144,000 inyectables, por lo que queda claro, que MEDIFARMA S.A. conocía la cantidad respecto a la entrega del referido producto.
11. Que, en ese sentido, LA DEMANDADA sostiene que la presente controversia no es respecto a la interpretación del objeto del contrato, sino que simplemente se trata del requerimiento del cumplimiento estricto de lo establecido en las especificaciones técnicas, las mismas que fueron incorporadas en las Bases Integradas y que no solicitaban la cantidad en inyectables, sino en gramos de antimonio pentavalente.
12. Por otro lado, LA DEMANDANTE aduce que LA DEMANDADA no ha dado respuesta a la Carta de fecha 30 de setiembre de 2013, en la cual LA DEMANDANTE solicita la ampliación de plazo para la primera entrega por un periodo de cuarenta y cinco (45) días de presentada dicha solicitud, sustentándose en el hecho de haber suscrito con fecha 27 de setiembre de 2013 una Primera Adenda al Contrato N° 045-2013/DARES/MINSA, ocasionando la reprogramación interna del plan de reproducción, con relación a la cantidad por entregar, como consecuencia de la referida Adenda.
13. Que, al respecto, LA DEMANDADA precisa que no ha suscrito la Primera Adenda al Contrato N° 045-2013-DARES-MINSA de fecha 27 de setiembre

Arbitro Único
Daniel Triveño Daza

del 2013, por lo que no se encuentra registrada en los archivos de LA ENTIDAD.

14. Que, del mismo modo, LA DEMANDADA advierte que la Carta de fecha 30 de setiembre del 2013 no ha ingresado por mesa de partes de LA ENTIDAD y que, en consecuencia, no se encuentra registrada en el sistema de trámite documentario, tal como lo confirma el personal de dicha área.
15. Por otro lado, mediante la Carta N° 07743-2013-AVI-MIF de fecha 20 de diciembre del 2013, LA DEMANDANTE solicita la reprogramación de las entregas, así como la ampliación de plazo hasta el 15 de enero del 2014 para la segunda entrega del producto estibogluconato sódico 5 a 30 ml (equivalente a 100 mg pentavalente/ml – inyectable), debido a que la primera entrega se realizó en el mes de noviembre 2013 (después de setenta y nueve (79) días vencido el plazo contractual).
16. Que, al respecto, LA DEMANDADA sostiene que LA DEMANDANTE no contaba con sustento alguno, ni documentación que demostrara que esta última actuó diligentemente para el cumplimiento de EL CONTRATO, de conformidad con lo establecido en el artículo 41º de la Ley de Contrataciones del Estado, razón por la cual denegó la solicitud de ampliación de plazo. Además, afirma que los argumentos expresados por LA DEMANDANTE no justificaban el otorgamiento de ampliación de plazo, más aun si no se había amparado en ninguna de las causales establecidas en el artículo 175º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
17. Que, de conformidad con lo expuesto, LA DEMANDADA infiere que no está en discusión la cantidad del producto que debió entregar LA DEMANDANTE para el cumplimiento de sus obligaciones, pues resulta contradictorio que

Arbitro Único
Daniel Triveño Daza

pretenda dar otra interpretación al objeto del contrato cuando la primera demostró lo contrario con su accionar, pues cumplió con la cantidad de gramos correspondientes a las primeras entregas, razón por la cual la demanda arbitral debe ser declarada infunda en todos sus extremos.

18. Que, en ese sentido, LA DEMANDADA solicita que la demanda arbitral debe ser declarada infunda en todos sus extremos y que debe condenarse a LA DEMANDANTE al pago de las costas y costos del proceso, por ser de su entera responsabilidad el incumplimiento en el que incidió al no haber actuado acorde a las condiciones y plazos establecidos en las bases integradas y el contrato.

VI. AUDIENCIAS Y DECISIONES ADOPTADAS EN EL PRESENTE PROCESO ARBITRAL.-

6.1. Determinación de Puntos Controvertidos:

Con fecha 21 de julio de 2014, se llevó a cabo la Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos, en la cual se determinó como puntos controvertidos del presente proceso, los siguientes:

1. Determinar el objeto del Contrato N° 045-2013-DARES/MINSA suscrito el 4 de julio de 2013, teniendo en cuenta las Bases, la Oferta Ganadora y los demás documentos que contienen obligaciones para las partes.
2. Determinar si corresponde o no señalar que las entregas materia de contrato debían ser realizadas según el cuadro siguiente:

Arbitro Único
Daniel Triveño Daza

1era entrega	2da entrega	3era entrega	4ta entrega
nov-13	feb-14	may-14	ago-14
144,000 lny	168,000 lny	144,000 lny	144,000 lny

3. Determinar si corresponde o no establecer si la empresa MEDIFARMA S.A., a la fecha de interposición de la demanda, ha cumplido con sus obligaciones contractuales.
4. Determinar si corresponde o no dejar sin efecto la Carta Notarial N° 105834 de fecha 23 de diciembre de 2013.
5. Determinar si corresponde o no disponer que la DIRECCIÓN DE ABASTECIMIENTO DE RECURSOS ESTRATÉGICOS EN SALUD - DARES pague a favor de MEDIFARMA S.A. la suma de S/. 3'174,000.00 por concepto de contraprestación pendiente por 300,000 unidades de ampollas.
6. Determinar si corresponde o no declarar la inaplicación de penalidad alguna a la empresa MEDIFARMA S.A. por parte de la DIRECCIÓN DE ABASTECIMIENTO DE RECURSOS ESTRATÉGICOS EN SALUD - DARES.
7. Determinar si corresponde a la DIRECCIÓN DE ABASTECIMIENTO DE RECURSOS ESTRATÉGICOS EN SALUD - DARES asumir la totalidad de las costas y costos derivados del presente proceso arbitral.

6.2. **Admisión de Pruebas:**

En la misma Audiencia de Determinación de Puntos Controvertidos, el Árbitro Único procedió a admitir las siguientes pruebas:

Arbitro Único
Daniel Triveño Daza

- En cuanto a la empresa MEDIFARMA S.A., el árbitro Único admite todos los medios probatorios ofrecidos en el escrito de la demanda, detallados en el acápite IV denominado *MEDIOS PROBATORIOS, SIGNAMOS CON LOS NUMERALES 1 AL 13.*
- De igual manera, respecto a la DIRECCIÓN DE ABASTECIMIENTO DE RECURSOS ESTRATÉGICOS EN SALUD - DARES, el Árbitro Único admite todos los documentos probatorios ofrecidos en su escrito de apersonamiento y contestación de demanda, detallados en el acápite VI denominado *MEDIOS PROBRATORIOS*, signados con los numerales 1 al 20.

En este mismo acto, respecto a la exhibición del Expediente de Contratación, las Bases Integradas, así como la propuesta técnica económica de MEDIFARMA S.A. solicitada por la parte demandante, el Árbitro Único advirtió que LA DEMANDADA ha ofrecido como pruebas -entre otras- las Bases integradas y la propuesta técnica económica presentada por la empresa MEDIFARMA S.A, por lo que debe tenerse por cumplida la exhibición referida en estos extremos.

De otro lado, el Árbitro Único considera pertinente actuar la prueba constituida por la exhibición referida, en los aspectos enmarcados en el Artículo 10 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, por lo que, el Árbitro Único estima pertinente conceder a la DIRECCIÓN DE ABASTECIMIENTO DE RECURSOS ESTRATÉGICOS EN SALUD - DARES el plazo de diez (10) días hábiles, para la presentación de dicho documento.

Del mismo modo, respecto al informe pericial ofrecido como medio probatorio por MEDIFARMA S.A., el Árbitro Único considera que previamente al pronunciamiento respecto de la necesidad de llevar adelante un informe pericial, es pertinente llevar a cabo una Audiencia Especial de Ilustración a fin de que las

Arbitro Único
Daniel Triveño Daza

partes expongan ante el árbitro, los aspectos de hecho materia de controversia, teniendo como base los puntos controvertidos señalados en la presente Audiencia.

En ese sentido, la actuación del mencionado medio probatorio sería establecida a través de una Resolución posterior.

Finalmente, el Árbitro Único consideró pertinente llevar adelante una Audiencia Especial de Ilustración con la finalidad de identificar con claridad los aspectos de hecho materia de controversia. No obstante, atendiendo a la inasistencia de una de las partes, la referida Audiencia sería comunicada a través de una Resolución posterior.

6.3. Audiencia Especial de Ilustración

Mediante escrito de fecha 11 de agosto de 2014, LA DEMANDADA cumple con presentar copia del Expediente de Contrataciones, remitido por la Directora General de la Dirección de Abastecimiento de Recursos Estratégicos en Salud, mediante Oficio N° 589-2014-DARES-MIMSA, de fecha 07 de agosto de 2014.

Mediante Resolución No. 9 de fecha 03 de setiembre de 2014, el Árbitro Único resuelve tener por exhibido el Expediente de Contratación por parte de la DIRECCIÓN DE ABASTECIMIENTO DE RECURSOS ESTRATÉGICOS EN SALUD - DARES, con conocimiento de la parte contraria.

Con fecha 09 de setiembre del 2014, se llevó a cabo la Audiencia Especial de Ilustración. En dicho acto, se concede el uso de la palabra por separado a los representantes de las partes a efectos de que expongan los aspectos de hecho materia de controversia.

Arbitro Único
Daniel Triveño Daza

Asimismo, el Árbitro Único formuló preguntas relacionadas a los hechos las mismas que fueron absueltas por las partes, culminando de esta forma la Audiencia.

Finalmente, el Árbitro Único concede a las partes un plazo de diez (10) días hábiles, a fin de que hagan llegar la documentación adicional y complementaria que estimen conveniente, luego del cual, el Árbitro Único dispondría lo pertinente.

6.4. Alegatos escritos e informe oral

Mediante Resolución No. 11 de fecha 06 de abril de 2015, el Árbitro Único resuelve: (i) Prescindir de la actuación de la prueba ofrecida por la empresa MEDIFARMA S.A., referida a la elaboración de un dictamen pericial de oficio, con el fin de que un Químico Farmacéutico informe sobre la forma farmacéutica de los productos entregados a DARES y su compatibilidad con el objeto de la contratación, (ii) Dar por concluida la etapa de actuación de pruebas y (iii) Conceder a las partes el plazo de diez (10) días hábiles para la presentación de sus respectivos alegatos escritos, plazo que deberá computarse a partir del día siguiente de notificada la presente Resolución.

Mediante escrito de fecha 27 de abril de 2015, LA DEMANDANTE presentó sus alegatos escritos.

Asimismo, mediante escrito de fecha 29 de abril de 2015, LA DEMANDADA presentó sus alegatos escritos.

Mediante Resolución No. 12 de fecha 30 de abril de 2015, el Árbitro Único resuelve: (i) Tener por presentados los alegatos escritos tanto por la empresa

Arbitro Único
Daniel Triveño Daza

MEDIFARMA S.A. como por la empresa DIRECCIÓN DE ABASTECIMIENTO DE RECURSOS ESTRATÉGICOS EN SALUD - DARES, con conocimiento de su respectiva contraparte y (ii) Citar a las partes a la Audiencia de Informes Orales para el día lunes 25 de mayo de 2015, a las 10:00 horas.

Con fecha 25 de mayo de 2015, se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales. En dicho acto el Árbitro Único, tras conceder el uso de la palabra a las partes, estimó pertinente conceder a las partes el plazo de diez (10) días hábiles, a fin de que presenten sus conclusiones finales, previo a la fijación del plazo para laudar.

Mediante escrito de fecha 03 de junio de 2015, LA DEMANDADA presenta sus conclusiones finales.

Mediante escrito de fecha 05 de junio de 2015, LA DEMANDANTE presenta sus conclusiones finales.

VII. CUESTIONES PRELIMINARES.-

Antes de entrar a analizar la materia controvertida, resulta pertinente confirmar lo siguiente: i) que, el presente proceso se constituyó de conformidad con las disposiciones establecidas en EL CONTRATO; ii) que, en ningún momento se interpuso recusación contra el Arbitro Único, o se efectuó algún reclamo contra las disposiciones establecidas en el Acta de Instalación de Árbitro Único Ad Hoc de fecha 15 de mayo de 2014; iii) que, el DEMANDANTE presentó su escrito de demanda dentro de los plazos dispuestos, ejerciendo plenamente su derecho al debido proceso; iv) que, por su parte el DEMANDADO fue debidamente emplazado, contestando la demanda dentro del plazo dispuesto para ello y ejerció plenamente su derecho de defensa y; v) que, las

Arbitro Único
Daniel Triveño Daza

partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como ejercer la facultad de presentar alegatos.

Asimismo, el Árbitro Único deja constancia de que los puntos controvertidos podrán ser ajustados, reformulados y/o analizados en el orden que considere pertinente para resolver las pretensiones planteadas por las partes sin que el orden empleado o el ajuste genere nulidad de ningún tipo y sin que exceda en la materia sometida a arbitraje.

En cuanto a las pruebas, el Árbitro Único expresa que los medios probatorios deben tener por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el árbitro respecto a los puntos controvertidos y fundamentar las decisiones, conforme a los principios generales de la prueba: necesidad, originalidad, pertinencia y utilidad de la prueba.

Estos medios probatorios deben ser valorados de manera conjunta, utilizando su apreciación razonada y que, si no se prueban los hechos que fundamentan su pretensión, la demanda deberá ser declarada infundada.

Asimismo, el Árbitro Único hace notar que de conformidad con lo establecido en el Acta de Instalación, el Árbitro Único tiene la facultad de determinar, de manera exclusiva, la admisibilidad, pertinencia y valor de las pruebas ofrecidas, estando en concordancia con lo establecido en el artículo 43º del Decreto Legislativo No. 1071.

Ello ha sido resaltado por HINOJOSA SEGOVIA y por los tribunales españoles cuando se ha indicado que *"(...) la actividad probatoria en el arbitraje ofrece una serie de peculiaridades respecto del proceso civil; (...) Los árbitros han de pronunciarse sobre la pertinencia y admisibilidad de los medios probatorios, pero no vienen vinculados por las*

Arbitro Único
Daniel Triveño Daza

peticiones de las partes..." (Sentencia de fecha 30/11/87) (1)

Siendo ello así, el Árbitro Único pasa a analizar los argumentos vertidos por las partes, así como la valoración de los medios probatorios que obran en el expediente.

VIII. FUNDAMENTACIÓN:

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, el presente proceso arbitral se deriva de las controversias surgidas del Contrato N° 045-2013/DARES/MINSA para el suministro del producto farmacéutico estibogluconato sódico - 5 a 30 ml, suscrito entre MEDIFARMA S.A., parte demandante, y DIRECCIÓN DE ABASTECIMIENTO DE RECURSOS ESTRATÉGICOS EN SALUD - DARES, parte demandada. Cabe precisar que el referido contrato deriva de la Licitación Pública N° 006-2013-DARES/MINSA, convocada para la Contratación del Suministro del Bienes "Adquisición de Medicamento Estibogluconato Sódico - 5 a 30 ML, equivalente 10 Mg de Antimonio Pentavalente/ML-Inyectable", el

En este sentido, el Árbitro Único deja constancia que procederá a resolver las controversias surgidas entre las partes en el orden establecido en la Audiencia de Determinación de Puntos Controvertidos de fecha 21 de julio de 2014.

SEGUNDO: Que, para tal efecto, es necesario precisar que constituye un principio general de todo proceso, el de la Carga de la Prueba, dicha norma elemental de lógica jurídica en materia de probanza se encuentra recogida en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 196º del Código Procesal Civil, norma que establece literalmente

¹ HINOJOSA SEGOVIA, Rafael. "El Recurso de Anulación contra los Laudos Arbitrales (Estudio Jurisprudencial)". Editorial Revista de Derecho Privado / Editoriales de Derecho Reunidas S.A. Madrid. España. 1991. Pág. 309.

Arbitro Único
Daniel Triveño Daza

lo siguiente:

“Artículo 196.- Carga de la prueba.- Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos”.

TERCERO: Que, los medios probatorios deben tener por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes y producir certeza en el juzgador respecto a los puntos controvertidos, de acuerdo a los principios generales de la prueba referidos en párrafos anteriores; los mismos que se encuentran recogidos en el artículo 188º del Código Procesal Civil.

Por su parte, el artículo 43º del Decreto Legislativo No. 1071 otorga a los árbitros, de manera exclusiva, la facultad plena de determinar el valor de las pruebas, siempre que la valoración sea realizada en forma conjunta y utilicen su apreciación razonada.

PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO: DETERMINAR EL OBJETO DEL CONTRATO N° 045-2013-DARES/MINSA SUSCRITO EL 04 DE JULIO DE 2013, TENIENDO EN CUENTA LAS BASES, LA OFERTA GANADORA Y LOS DEMÁS DOCUMENTOS QUE CONTIENEN OBLIGACIONES PARA LAS PARTES.

CUARTO: Que, en primer lugar corresponde indicar que de acuerdo con el artículo 1351 del Código Civil, el contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial.

Que, en el mismo sentido, de acuerdo con el artículo 1402 del Código Civil, el objeto del contrato consiste en crear, regular, modificar o extinguir obligaciones. Dicha obligación, debe ser lícita, la prestación y el bien objeto de ella deben ser del mismo

Arbitro Único
Daniel Triveño Daza

modo posibles².

Que, en ese sentido, y en atención al primer punto controvertido, corresponde indicar a qué tipo de obligaciones se encontraba el actor obligado a cumplir con La Entidad, dado que del proceso arbitral se manifiesta que existen distintos criterios de interpretación del contrato. En ese orden, debemos considerar que:

*"...las circunstancias del caso concreto son muy importantes para la exacta interpretación, puesto que dan a las palabras o a la conducta de las partes, que en el caso concreto representan la declaración de voluntad, la significación exacta, es decir, aquella significación que la palabra o la conducta tiene en el caso concreto."*³

QUINTO: Que, para ello, debe tenerse en cuenta que en la cláusula sexta de EL CONTRATO suscrito entre las partes se acordó que el acuerdo estaba conformado por las Bases integradas, la oferta ganadora⁴ y los documentos derivados del proceso de selección que establezcan obligaciones para las partes.

Que, en ese sentido, corresponde indicar en primer lugar que, de acuerdo con el numeral 1.3 de las Bases Integradas, las mismas que fueron proporcionadas por la parte demandada, se infiere que el objeto de la convocatoria fue la contratación del suministro para la Adquisición de Medicamento Estibogluconato Sódico - 5 a 30 mL, equivalente 100 mg de antimonio pentavalente/mL - Inyectable, tal como se aprecia a continuación:

² Artículo 1403 CC

³ DANZ, Erich. La Interpretación de los Negocios Jurídicos. Tercera Edición. Editora Escolani. EIRL. Lima, pág. 131

⁴ La misma que comprende las propuestas técnica y económica del postor ganador de la Buena Pro.

Arbitro Único
Daniel Triveño Daza

Gráfico N° 1

1.2. OBJETO DE LA CONVOCATORIA

El presente proceso de selección tiene por objeto la contratación del suministro para la Adquisición de Medicamento Estiboglucuronato Sódico – 5 a 30 mL equivalente 100mg de antimonio pentavalente/mL- Inyectable

1.3. VALOR REFERENCIAL¹

El valor referencial asciende a Tres Millones Ciento Setenta y Cuatro Mil con 00/100 Nuevos Soles (S/ 3'174,000.00), incluido los impuestos de Ley y cualquier otro concepto que incida en el costo total del bien. El valor referencial ha sido calculado al mes de Abril.

Item	Descripción	Concentración	Forma Farmacéutica	U.M.	Cantidad	Precio unitario S/.	Valor referencial total S/.	Valor referencial en Letras (nuevos soles)
1	Estiboglucuronato Sódico - 5 a 30 mL	Equivalente 100mg de antimonio pentavalente/mL	Inyectable	LN	300,000	10.58	3'174,000.00	Tres Millones Ciento Setenta y Cuatro Mil con 00/100 Nuevos Soles

(*) La cantidad requerida está calculada en gramos de antimonio pentavalente

Adicionalmente, se desprende del gráfico proporcionado que la cantidad solicitada era de 300,000. Nótese que debajo del cuadro descrito existe una inscripción que dice "(*) La cantidad requerida esté calculada en gramos de antimonio pentavalente." No obstante ello, el símbolo "(*)" en ninguna parte del cuadro escaneado se encuentra presente.

Asimismo, de acuerdo con las especificaciones técnicas obrantes en el documento indicado, a saber, en el Capítulo III de la Sección Específica, se señala, precisamente, que la cantidad requerida por LA DEMANDADA era de 300,000, siendo esta calculada en gramos de antimonio, tal como se puede apreciar a continuación:

Arbitro Único
Daniel Triveño Daza

Gráfico N° 2

3. REQUERIMIENTO.

CUADRO N° 01: REQUERIMIENTO POR PRODUCTO

ITEM	DESCRIPCIÓN	CONCENTRACIÓN	FF	CANTIDAD REQUERIDA*
1	ESTROGILUCORATO SÓLIDO - 5 A 30 ML	Equivalente 100 mg antimonio pentavalente	INYECCABLE	300.000

(*) La cantidad requerida está calculada en gramos de antimonio pentavalente.

En los cuadros antes mencionados lo que se ha hecho es especificar lo que, por un lado, ha solicitado LA ENTIDAD, a través del área usuaria (Gráfico N° 2) y, por el otro, lo que se estableció en el numeral 1.3 del Capítulo I de la Sección Específica de las Bases Administrativas de la Licitación Pública N° 006-2013-DARES/MINSA (Gráfico N° 1). Como se podrá apreciar, entre ambos cuadros existen diferencias saltantes, a saber:

- En el caso del Gráfico N° 1 se establece, claramente, que la Unidad de Medida (U.M) es la Unidad (UN). Adicionalmente, se establece que la cantidad es 300,000 y, por último, que "la cantidad requerida está calculada en gramos de antimonio pentavalente."
- En el caso del Gráfico N° 2 se dispone que la cantidad requerida es de 300,000 y que "la cantidad requerida está calculada en gramos de antimonio pentavalente."

Hacemos notar las diferencias anteriores, porque se aprecia que lo que pidió, por un lado, el área usuaria (responsable de la definición de las Especificaciones Técnicas) es distinto a lo se consignó en el numeral 1.3 referido, pese a lo que se trata de las mismas Bases Administrativas.

Arbitro Único
Daniel Triveño Daza

SEXTO.- En ese punto es relevante tomar en consideración el sistema de contratación del proceso bajo comentario. En efecto, de conformidad con el numeral 1.6 de las Sección Específica del Capítulo I de las Bases Administrativas, apreciamos que la contratación se efectuó bajo el sistema de precios unitarios, por lo que, de conformidad con el artículo 40 del Reglamento, tanto los alcances de la contratación requeridos por la Entidad, así como los de las propuestas de los postores, debe sustentarse sobre la base de precios unitarios, tarifas y porcentajes, siendo en ese contexto relevante la importancia de la Unidad de Medida⁵ dado que, sobre la base de ella, se tendría que haber realizado de modo invariable e inconfundible la ejecución de la prestación por parte del contratista. Cabe indicar que la falta de determinación exacta de la unidad de medida genera problema para la identificación de la magnitud por cumplir o ejecutar.

SÉPTIMO.- Así pues, a estas alturas de la fundamentación es determinante precisar cuál es la Unidad de Medida que sustenta la contratación bajo el sistema de precios unitarios del proceso de selección. Sobre la base de los Gráficos N° 1 y N° 2 antes vistos, lo que se aprecia es lo siguiente:

- Del Gráfico N° 1 apreciamos que existe falta de precisión de la definición de la Unidad de Medida, toda vez que se hace referencia a dos. En efecto, la indicación "UN" en el rubro de "U.M." (Unidad de Medida) hace referencia a la unidad de inyectable. Dicha apreciación se corrobora con lo indicado en el literal 4.3.c) de las Especificaciones Técnicas⁶ del proceso de selección en el

⁵ Definición de Unidad de Medida:

- "Una unidad de medida, sirve para poder expresar y comparar el tamaño de una magnitud física de una realidad, en relación con la unidad básica acordada para ese tipo de magnitud." (<https://parqueciencia.wordpress.com/2013/09/28/que-es-una-unidad-de-medida/>)

⁶ "Envase mediato

En envase autorizado en el Registro Sanitario que permita proteger el producto durante su transporte y

Arbitro Único
Daniel Triveño Daza

sentido que la unidad se entiende referida a la ampolla, vial o frasco ampolla, vale decir, al inyectable. Dicha corroboración se confirma cuando en el numeral 4.5 de las Especificaciones Técnicas aludidas se dispone un cronograma en función de la entrega de inyectables.

- Del Gráfico N° 2 se aprecia claramente que la unidad de medida aludida se refiere a los gramos del antimonio pentavalente.

En consecuencia, lo que se concluye es que las Bases Administrativas del proceso de selección no definieron claramente cuál es la Unidad de Medida aplicable, toda vez que entre algunos extremos de las mismas se refieren, por un lado, a los gramos de antimonio pentavalente⁷ y, por otro, alude a los inyectables como unidad de medida.

almacenamiento. El contenido máximo del envase mediato será hasta 50 unidades, entendiéndose cada unidad como una ampolla, vial o frasco ampolla” (el subrayado es nuestro)

⁷ Sin perjuicio que, tal como se ha demostrado en el proceso arbitral, en el mercado es posible adquirir dicho producto sobre la base de la unidad de medida “gramo”, según lo ha hecho conocer la Entidad en su escrito del 04.06.2015, cuando señala que “la metodología empleada para la determinación del valor referencial con relación a la cantidad requerida y calculada en gramos de antimonio pentavalente, y conforme se aprecia de la COTIZACIÓN DEL PROVEEDOR SERVICIOS DE MEDICINAS PRO VIDA...”.

No obstante ello, cabe acotar lo siguiente:

1. El señalamiento de lo que se requiere en el numeral 1.3 de la Sección Específica de las Bases Administrativas es distinto al sentido de la cotización del proveedor SERVICIOS DE MEDICINAS PRO VIDA, sobre la que LA ENTIDAD intenta sostener su defensa. En efecto, pues mientras en el numeral 1.3 aludido en el segmento Unidad de Medida (U.M.) se hace referencia al término “UN” (unidad, referida al inyectable), en la cotización del referido proveedor se indica con toda claridad que la Unidad de Medida (U.M.) es el “gramo”, lo que no señaló de modo explícito la Entidad al momento de elaborar las Bases Administrativas.
2. El MINSA con ocasión de la elaboración el Estudio de Posibilidades que Ofrece el Mercado no solo ha tomado como fuente la cotización de la empresa SERVICIOS DE MEDICINAS PRO VIDA, sino también el valor histórico de un proceso de selección convocado por él mismo, a saber, la AMC N° 24-2012-DARES/MINSA, pero respecto del que no ha indicado si la unidad de medida considerada es el gramo o el inyectable, pues no adjuntó documento alguno respecto de dicho proceso, como pueden ser las bases administrativas o el contrato.
3. El Cuadro Comparativo de Precios del proceso de selección, claramente, establece que “la cantidad requerida está calculada en gramos de antimonio pentavalente”, de lo que se infiere que

Arbitro Único
Daniel Triveño Daza

OCTAVO.- Ahora bien, resulta importante señalar que, de conformidad con los términos de las Bases Administrativas expuestos, la propuesta económica ofrecida por el contratista, consiste en la oferta de la cantidad de 300,000. Cabe indicar que mediante dicho documento, el actor en ningún caso detalló o precisó si la cantidad a entregarse sería en gramos o inyectables, tal y como se aprecia a continuación:

Gráfico N° 3

De nuestra consideración:

Es grato dirigirme a usted, para hacer de su conocimiento que, de acuerdo con el valor referencial del presente proceso de selección y las Especificaciones Técnicas, mi propuesta económica es la siguiente:

CONCEPTO	CANTIDAD	PRECIO UNITARIO S/.	COSTO TOTAL S/.
ESTIBOGLUCONATO DE SODIO 1,5g/5ml	300,000	10.58	3,174,000.00
TOTAL			3,174,000.00

La propuesta económica incluye todos los tributos, seguros, transportes, inspecciones, pruebas, y de ser el caso, los costos laborales conforme a la legislación vigente, así como cualquier otro concepto que le sea aplicable y que pueda tener incidencia sobre el costo de los bienes a contratar, excepto la de aquellos postores que gozan de exoneraciones legales.

Por su parte, en el Anexo N° 9 de la propuesta técnica, presentada por la Entidad como prueba, no se ha establecido la Unidad de Medida sobre la que el contrato se ejecutaría.

Al respecto, debemos indicar que, si bien los documentos referidos de la propuesta de MEDIFARMA, cuando participó en el proceso de selección, se basan en los anexos

la unidad de medida es el gramo y no establece referencia alguna que dicho patrón se refiere a la "Unidad", tal como se indica en el numeral 1.3 de la Sección Específica de las Bases.

En consecuencia, se aprecia que con ocasión de la realización del Estudio de Posibilidades que Ofrece el Mercado se utilizó claramente el patrón de medida "gramo" (al menos en una de las fuentes para el cálculo del Valor Referencial) y no se empleó la referencia del término "Unidad" como la Unidad de Medida, tal como lo hace las Bases Administrativas del proceso de selección.

Arbitro Único
Daniel Triveño Daza

respectivos de las Bases Administrativas, ninguno de dichos formatos establecían la obligación por parte de los postores de precisar la Unidad de Medida. En dicho contexto, documentalmente la propuesta debía remitirse a los alcances de las Especificaciones Técnicas y de las Bases Administrativas, las que, según revisamos en los considerandos previos, no disponían claramente la Unidad de Medida para la ejecución del contrato.

NOVENO.- Que, por otro lado, de acuerdo a lo señalado en la cláusula segunda de EL CONTRATO, resulta importante señalar que el objeto del mismo fue adquirir el producto, conforme a las especificaciones técnicas señaladas en esa misma cláusula:

Gráfico N° 4

CLÁUSULA SEGUNDA: OBJETO

El presente contrato tiene por objeto la adquisición de producto que a continuación se detalla, conforme a las siguientes Especificaciones Técnicas:

Ítem N°	:	01
Principio Activo	:	Estilbogluconato de Sodio
Concentración	:	1,5 mg/5mL (Equivalente a 500 mg de Antimonio portavalente por cada 5mL)
Forma farmacéutica	:	Solución Inyectable
Nombre de Marca	:
Forma de Presentación	:	Caja x 50 ampollas x 5mL
Laboratorio Fabricante	:	Medifarma S.A.
País de Fabricación	:	Perú
Envase Mediator	:	Caja de Cartón pintado
Envase Inmediato	:	Ampolla de vidrio neutro tipo I ambar
N° Registro Sanitario	:	MG-5941
Vigencia del R.S.	:	17/1/2013
Vida útil mínima	:	De acuerdo a las Bases
Farmacopas de Referencia	:	BP 2012 & USP 35 – NF 30

En ese sentido, el árbitro único infiere que la obligación a la cual se encontraba sometida el contratista era a la entrega de productos, en este caso de bienes, los mismos que debían ser presentados en cajas x 50 ampollas x 5mL, tal y como se puede

Arbitro Único
Daniel Triveño Daza

verificar en EL CONTRATO.

En el mismo sentido, cabe indicar que de acuerdo al monto contractual acordado en EL CONTRATO, se colige que la cantidad a entregarse era de 300,000 unidades, sin señalarse o especificarse algo adicional o distinto, tal y como se desprende a continuación:

Gráfico N° 5

CLÁUSULA TERCERA: MONTO CONTRACTUAL

El monto total del presente contrato asciende a S/. 3'174,000.00 (Tres millones ciento setenta y cuatro mil con 00/100 nuevos soles) Incluye IGV.

ITEM	DESCRIPCIÓN	U. M.	CANTIDAD	PRECIO UNITARIO S/.	MONTO TOTAL S/.
1	Leśsbagliconato Sódico – 5 a 30 mL, Equivalente 10mg de antimonio pentavalente/mL - Inyectable	L.M	300,000	10.58	3'174,000.00

Este monto comprende el costo de los bienes, transporte hasta el punto de entrega, seguro e impuesto, así como todo aquello que sea necesario para la correcta ejecución de la prestación integral del presente contrato.

DÉCIMO.- De lo desarrollado hasta el momento respecto de las incidencias al momento de la definición del valor referencial, de lo acontecido durante el proceso de selección, así como de la firma del contrato, en relación con la determinación de la unidad de medida que motiva las diferentes interpretaciones entre las partes, tenemos lo siguiente:

- Respecto de la elaboración del valor referencial, el MINSA habría tomado en consideración la unidad de medida "gramo", tal como se aprecia de una de las cotizaciones y del Cuadro Comparativo del Valor Referencial⁸.

⁸ No obstante que el valor referencial se definió sobre la base del que se empleó con ocasión del desarrollo de la AMC N° 024-2012-DARES/MINSA, pero no se probó ante el proceso que la unidad de medida de dicho proceso hubiese sido el "gramo".

Arbitro Único
Daniel Triveño Daza

- Con ocasión del desarrollo del proceso de selección, se aprecia que hay segmentos de las Bases Administrativas que se refieren a la unidad de medida "gramo" (Numeral 3 de las Especificaciones Técnicas), pero a la vez, otros aluden también al patrón de medida "Unidad", referida a los inyectables (numeral 1.3 del Capítulo I de la Sección Específica de las Bases y el numeral 4.3.c de las Especificaciones Técnicas)
- El contratista, cuando fue postor, ofertó la cantidad de 300,000, pero sin especificar si se trataba de la unidad de medida "gramo" o "unidad" de inyectable.
- El contrato se suscribe haciendo referencia al patrón de medida "unidad" y a la forma de presentación inyectable. No hay referencia alguna al patrón de medida "gramo." En efecto, lo antes dicho se evidencia en la Cláusula Tercera del Contrato⁹.

En consecuencia, existe en los documentos referidos (estudio de posibilidades de ofrece el mercado, las bases, la propuesta y el contrato), tratamiento disímil y hasta omisivo respecto de determinación de la unidad de medida para la ejecución del contrato¹⁰.

DÉCIMO PRIMERO.- Habiendo quedado claro cuál ha sido el desarrollo documental del procedimiento de contratación hasta la firma del contrato, debemos tener en cuenta la conducta por parte contratista durante la ejecución prestacional, respecto de la definición de la unidad de medida. Resulta relevante hacer dicho tratamiento toda vez que la Entidad indica textualmente en su contestación que *"la demandante manifiesta en su demanda que había aceptado la posición de la DARES, lo cual quedó*

⁹ El mismo que difiere de la Cláusula Tercera de la Proforma del Contrato de las Bases Administrativas.

¹⁰ En efecto, por ejemplo, en la propuesta técnica de MEDIFARMA no se establece la unidad de medida.

Arbitro Único
Daniel Triveño Daza

confirmado con la entrega de 144,000 inyectables, por lo que queda claro que, el contratista conocía la cantidad respecto a la entrega del referido producto."

Al respecto apreciamos lo siguiente:

- El 23.12.2013, la Entidad remite la Carta Notarial N° 105834, a través de la Notaría Carpio Vélez, mediante la cual le requiere al contratista el envío de la cantidad de antimonio pentavalente completa, toda vez que, según la Entidad, no se había cumplido con el envío de los 84,000 gramos pactados.
- El 27.12.2013, sólo cuatro días después, el Contratista solicita la conciliación extrajudicial al DARES, a través del Centro de Conciliación Concenso, cuestionando los alcances de la carta notarial referida anteriormente, en lo que se refiere a la entrega de mayores cantidades de gramos de antimonio pentavalente. A mayor abundamiento, de la lectura de la solicitud de la conciliación se aprecia que la empresa contratista indica lo siguiente:

"Que, con fecha 30.set.2013, nuestra representada solicito la ampliación del plazo contractual para la Primera Entrega del producto ESTIBOGLUCONATO; el fundamento de nuestra petición se basó esencialmente en la interpretación de la cantidad a entregar (gramos o unidades) derivados de la lectura, tanto de las Bases como del Contrato."

En consecuencia, se aprecia que la empresa contratista cuestionó la unidad de medida desde el primer entregable, lo que se ha replicado con ocasión del segundo entregable, así como de la solicitud de conciliación extrajudicial y el arbitraje que en estos momentos nos ocupa¹¹. En ese sentido, no se aprecia que el contratista *"fundamente su*

¹¹ Lo indicado es sin perjuicio que en el expediente se verifica que el contratista alude a la suscripción de una adenda al Contrato N° 045-2013-DARES/MINSA, en la que se modificarían algunas cláusulas. No obstante ello, la Entidad, contundentemente, niega la existencia de dicha adenda en la contestación de

Arbitro Único
Daniel Triveño Daza

postura invocando hechos que contraríen sus propias afirmaciones o asuma una actitud que lo coloque en oposición con su conducta anterior.”¹²

DÉCIMO SEGUNDO.- De conformidad con el artículo 142 del Reglamento, el contrato está conformado por el documento que lo contiene, las Bases Integradas y la oferta ganadora, así como los demás documentos derivados. Lo que hace en buena cuenta dicho artículo es consagrar la “unidad del contrato” en sus fases de preparación, selección, perfeccionamiento y ejecución.

Ahora bien, tal como lo hemos descrito, en el presente caso existen diversas partes de las Bases Administrativas que tienen distintos sentidos, debido fundamentalmente a la falta de precisión por parte de LA ENTIDAD al momento de definir la unidad de medida para compra del producto materia de prestación. Es preciso anotar que la normativa de contrataciones públicas no dispone ningún método de interpretación en el caso de incongruencia ni error entre las expresiones de los documentos que forman la unidad del contrato, por lo que en ese orden, deberá recurrirse a la normativa supletoria en materia contractual, como es la normativa del derecho común.

Por ello, preliminarmente, antes de la aplicación de las norma de derecho común, cabe considerar que los contratos con la administración pública se encuentran predeterminados por la Ley, diferenciándose en ese sentido de los contratos en el sector privado, en los que prima la autonomía de la voluntad. Adicionalmente a la predeterminación por Ley, debe considerarse la implementación de las normas de desarrollo, las mismas que se encuentran determinadas por el Reglamento de la Ley

demanda. En efecto, señalan, literalmente, lo siguiente:

“...es necesario precisar, que la Primera Adenda al Contrato N° 045-2013-DARES/MINSA, de fecha 27 de setiembre del 2013 a la que refieren, no ha sido suscrita por nuestra Entidad; por lo que no se encuentra registrada en los archivos de DARES.”

¹² LOPEZ MESA, Marcelo J. y ROGEL VIDE, Carlos. La doctrina de los actos propios. Doctrina y Jurisprudencia. Editorial REUS S.A. Madrid, 2005, Pág. 89.

Arbitro Único
Daniel Triveño Daza

de Contrataciones, las Bases Estandarizadas aprobadas por el OSCE, así como por la implementación de cláusulas o condiciones administrativas particulares (como es el caso de las Especificaciones Técnicas) para los procesos de selección determinados. En ese orden, apreciamos que las Bases Administrativas tienen componentes de carácter normativo-reglamentario-contractual. Así pues, cabe mencionar que:

“El pliego (...) atribuye potestades administrativas a los órganos de contratación, en concreto potestad para adjudicar el contrato o no adjudicarlo, que en este caso es reglada en su ejercicio. Las facultades del órgano de contratación para formular el acto de adjudicación evidencia la discrecionalidad de una potestad que viene reconocida normativamente por necesidad (...) y se evidencia en la forma en que está redactado el pliego que permite la elección de la solución justa...”¹³

En consecuencia, las Bases Administrativas tienen una naturaleza normativa – contractual definida por la entidad, sobre cuyas condiciones, elaboradas en formatos aprobados por el OSCE y complementadas por las condiciones especiales de la entidad licitante, se realiza la presentación y evaluación de propuestas. En esa medida, se considera aplicable el artículo 1401 del Código Civil, según el cual “las estipulaciones insertas en las cláusulas generales de contratación o en formularios redactados por una de las partes, se interpretan, en caso de duda, en favor de la otra.” En efecto, de conformidad con dicha regla se hace responsable al predisponente, en este caso, LA ENTIDAD, en caso las condiciones redactadas sean oscuras o ambiguas.

Así pues, cabe anotar lo siguiente:

“No es criticable la regla ‘contra stipulatorem’: Por el contrario, es loable que se

¹³ MEILÁN GIL, José Luis. La estructura de los contratos públicos. Norma, acto y contrato. Editorial Iustel. 1º edición. Madrid, 2008. Pág. 192.

Arbitro Único
Daniel Triveño Daza

exija al predisponente un deber de expresarse claramente y que se sancione el incumplimiento de este deber estableciendo que la estipulación que, por su oscuridad o ambigüedad, da lugar a dudas sobre su verdadero sentido, se aplique a favor de la contraparte.”¹⁴

Por lo que en consecuencia, el árbitro único colige de los actuados que el objeto del Contrato N° 045-2013-DARES/MINSA suscrito el 04 de julio de 2013, teniendo en cuenta las Bases, la Oferta Ganadora, el Contrato y los demás documentos referidos a la ejecución contractual, que la cantidad señalada de 300,000 correspondía a la cantidad de inyectables que debía el actor entregar.

SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO: DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO SEÑALAR QUE LAS ENTREGAS MATERIA DE CONTRATO DEBÍAN SER REALIZADAS SEGÚN EL CUADRO SIGUIENTE:

1era entrega	2da entrega	3era entrega	4ta entrega
nov-13	feb-14	may-14	ago-14
144,000 lny	168,000 lny	144,000 lny	144,000 lny

DÉCIMO TERCERO: Que, sobre el particular, conviene precisar que si bien en la primera pretensión principal de su escrito de demanda, EL CONTRATISTA solicita que se interprete que las entregas debían hacerse conforme al cuadro detallado, de la postura y alegaciones desarrolladas a lo largo de este proceso arbitral, así como de una lectura completa de su escrito de demanda, ésta parte, en realidad solicita lo siguiente:

“Como puede apreciarse, tal como consta de nuestra oferta, en concordancia con las Bases y el Contrato la entrega de la prestación debe ser por unidades

¹⁴ CARDENAS QUIROS, Carlos. Las cláusulas generales de contratación y el control de las cláusulas abusivas. En: Contrato y Mercado. Gaceta Jurídica. Lima, 2000. Pág. 104.

Arbitro Único
 Daniel Triveño Daza

(ampollas). Es decir la entrega debía ser de la siguiente forma:

Ítem	DESCRIPCIÓN	CONCENTRACIÓN	FF	MES 1°	MES 2°	MES 3°	MES 4°
1	ESTIBOGLUCONATO SÓDICO - 5 a 30 ML	Equivalente 100 mg antimonio pentavalente	INYECTABLE	72,000 Iny Equivalente a 36,000 gr	72,000 Iny Equivalente a 36,000 gr	72,000 Iny Equivalente a 36,000 gr	72,000 Iny Equivalente a 36,000 gr

Ahora bien, de acuerdo con las Bases Integradas, se desprende que la obligación que correspondía a MEDIFARMA de entregar 300,000 inyectables estaba suscrita a ser realizada en cuatro (04) entregas, las mismas que se detallan a continuación:

1.9. PLAZO DE LAS ENTREGAS

Los bienes materia de la presente convocatoria se entregarán con respecto a la Primera entrega en el plazo de 45 días calendario, y las entregas posteriores, serán de acuerdo al cronograma establecido. Dicho plazo constituye un requerimiento técnico mínimo que debe coincidir con lo establecido en el expediente de contratación.

CRONOGRAMA DE ENTREGA

ÍTEM	DESCRIPCIÓN	CONCENTRACIÓN	F.F	MES 1°	MES 4°	MES 7°	MES 10°
1	Estibogluconato Sódico - 5 a 30 ml	Equivalente 100mg cc antimonio pentavalente/ml	Inyectable	72,000	84,000	72,000	72,000

(*) La cantidad requerida está calculada en gramos de antimonio pentavalente

En el mismo sentido, de acuerdo al contrato suscrito por las partes se infiere el mismo plazo de entregas, tal y como se detalla a continuación:

Arbitro Único
Daniel Triveño Daza

CLÁUSULA NOVENA: PLAZO, LUGAR Y CONDICIONES DE ENTREGA.

El plazo de ejecución del presente contrato de acuerdo al siguiente detalle,

CRONOGRAMA DE ENTREGA

ITEM	DESCRIPCIÓN	CONCENTRACION	UF	MES 1°	MES 4°	MES 7°	MES 10°
1	ESTROGENIO SÓLIDO 5.4 MG/ML	Equivalente 10 mg unidades internacionales	INYECCABLE	12,000	48,000	72,000	72,000

La 1ª entrega se realizará a los cuarenta y cinco (45) días de la firma del contrato y las entregas posteriores, serán de acuerdo al cronograma establecido.

Que, en consecuencia, el árbitro único determina sobre este segundo punto controvertido que no corresponde señalar que las entregas materia de contrato debían ser realizadas según el cuadro adjunto al punto controvertido referido, sino más bien, debe ceñirse al cuadro establecido en las Bases y en el Contrato suscrito por las partes, considerando que por cada entrega se hacía referencia a los inyectables como unidad de medida.

TERCER PUNTO CONTROVERTIDO: DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO ESTABLECER SI LA EMPRESA MEDIFARMA S.A., A LA FECHA DE INTERPOSICIÓN DE LA DEMANDA, HA CUMPLIDO CON SUS OBLIGACIONES CONTRACTUALES.

DÉCIMO CUARTO.- Que, de acuerdo con la cláusula novena de EL CONTRATO, referida al plazo, lugar y condiciones de la entrega, dentro de las condiciones de la entrega de los bienes, el proveedor debía entregar además de los documentos señalados en la citada cláusula, la Orden de Compra – Guía de Internamiento.

Que, en ese sentido, de acuerdo con las Guías de Internamiento obrantes en el expediente arbitral, se desprende que EL DEMANDANTE sí cumplió con sus obligaciones contractuales de acuerdo a lo señalado en el contrato y en las Bases Integradas, las mismas que se encuentran referidas a los meses 1º, 4º, 7º y 10º.

Arbitro Único
Daniel Triveño Daza

Que, en ese sentido, el árbitro único determina que corresponde establecer que MEDIFARMA S.A., a la fecha de interposición de la demanda, había cumplido con sus obligaciones contractuales.

CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO: DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO DEJAR SIN EFECTO LA CARTA NOTARIAL Nº 105834 DE FECHA 23 DE DICIEMBRE DE 2013.

DÉCIMO QUINTO: Que, mediante la Carta Notarial Nº 105834 de fecha 23 de diciembre de 2013, la Entidad comunicó el supuesto incumplimiento de la entrega de los medicamentos relacionados con la segunda entrega – Orden de Compra 0000401 bajo apercibimiento de resolver el contrato.

Que, sobre el particular, el árbitro único se remite a resolver este punto sobre la base de lo expuesto en el punto controvertido anterior, toda vez que los inyectables relacionados con la segunda entrega se habrían entregado en el plazo y cantidad acordados. Aunado a ello, resulta importante señalar que así lo expone LA DEMANDADA en su escrito de contestación de demanda, donde, entre otras cosas, refiere que *"(...) es preciso indicar, a pesar del tiempo transcurrido y que en mérito al requerimiento notarial, el Contratista ha cumplido con realizar el internamiento del producto correspondiente a la segunda entrega mediante Guía de Remisión No. 011-0044018"*.

Que, en ese sentido, el árbitro único determina sobre este punto que corresponde dejar sin efecto la Carta Notarial Nº 105834 de fecha 23 de diciembre de 2013.

QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO: DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO DISPONER DE LA DIRECCIÓN DE ABASTECIMIENTO DE RECURSOS ESTRATÉGICOS EN SALUD – DARES PAGUE A FAVOR DE LA EMPRESA

Arbitro Único
Daniel Triveño Daza

MEDIFARMA S.A. LA SUMA DE 3'174,000.00 POR CONCEPTO DE CONTRAPRESTACIÓN PENDIENTE POR 300,000 UNIDADES DE AMPOLLAS.

DÉCIMO SEXTO: Que, respecto a este punto controvertido, como consecuencia de la determinación de la unidad de medida, dentro los alcances del primer punto controvertido, el árbitro único sostiene que habiéndose cumplido con la entrega de los 300,000 inyectables solicitados, así como su respectiva contraprestación, se colige de los actuados que quedó pendiente el resarcimiento de los 300,000 inyectables adicionales que fueron entregados a la Entidad (a pedido de ésta bajo el entendimiento que la unidad de medida son los gramos de antimonio pentavalente), los mismos que no habrían sido a la fecha cancelados por la demandada.

Asimismo, se colige de los actuados que la entrega de los 300,000 inyectables adicionales constituyen prestaciones de hecho que no tienen un correlato en los términos del Contrato N° 045-2013-DARES/MINSA. En ese sentido, lo que el contratista está reclamando es el enriquecimiento sin causa por el hecho de haber cumplido prestaciones fuera del alcance del contrato, al haberse determinado que la unidad de medida para la ejecución de las prestaciones es la unidad del inyectable.

En ese orden, de conformidad con la Opinión 073-2011/DTN, del OSCE, debe precisarse que:

"... si una Entidad obtuvo la prestación de un servicio por parte de un proveedor, este tendría derecho a exigir que la Entidad le reconozca el precio del servicio prestado - aún cuando la prestación del servicio haya sido obtenida sin observar las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado-, pues el Código Civil¹⁵, en su artículo 1954, establece que "Aquel que se

¹⁵ De aplicación supletoria en la ejecución de los contratos que se ejecutan bajo las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado, de conformidad con el artículo 142 del Reglamento. Para mayor

Arbitro Único
Daniel Triveño Daza

enriquece indebidamente a expensas de otro está obligado a indemnizarlo" (el subrayado es agregado).

Al respecto, 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 1954 del Código Civil, el ordenamiento jurídico nacional no ampara en modo alguno el enriquecimiento sin causa. En efecto, no habiéndose suscrito el contrato correspondiente, no ha existido fundamento legal ni causa justa para dicha atribución patrimonial que sustente el enriquecimiento indebido en el que ha incurrido la Entidad, circunstancias que deberá ser ventilada por las partes en la vía correspondiente." (El resaltado es agregado).

De esta manera, la acción por enriquecimiento sin causa reconocida por el Código Civil constituye un "mecanismo de tutela para aquel que se ha visto perjudicado por el desplazamiento de todo o parte de su patrimonio en beneficio de otro. El primero, será el actor o sujeto tutelado y, el segundo, el demandado o sujeta responsable (...)." ¹⁶

Ahora bien, para que se configure un enriquecimiento sin causa y, por ende, pueda ejercitarse la respectiva acción, es necesario que se verifiquen las siguientes condiciones: "a) el enriquecimiento del sujeto demandado y el empobrecimiento del actor; b) la existencia de un nexo de conexión entre

información sobre este criterio puede revisarse la Opinión N° 072-2011/DTN.

¹⁶ PAREDES CARRANZA, Milagros. La inexistencia de contrato y la acción por enriquecimiento sin causa, JUS Doctrina & Práctica 7/2008, Lima: Editora Jurídica Grijley, Pag. 485.

Arbitro Único
Daniel Triveño Daza

ambos eventos; y c) la falta de una causa que justifique el enriquecimiento.”¹⁷

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

En ese sentido, apreciamos que en el presente caso se ha configurado el enriquecimiento sin causa toda vez que:

- La Entidad se ha favorecido con la entrega de 300,000 inyectables adicionales sobre la base de la exigibilidad del cumplimiento de las prestaciones, en razón de la aplicación de una unidad de medida (el gramo de antimonio pentavalente), que no ha resultado clara en el texto de las Bases Administrativas, y que ha motivado el presente arbitraje.
- La entrega de esos 300,000 inyectables adicionales no tiene causa jurídica para su entrega, toda vez que, ante la determinación que la unidad de medida es el inyectable y no la cantidad de los gramos del antimonio pentavalente, se aprecia que dicha entrega no tiene correlato contractual.

DÉCIMO SEPTIMO.- Siendo que el contratista, de conformidad con lo expuesto, está solicitando el reconocimiento del pago de las 300,000 ampollas adicionales por enriquecimiento sin causa, este Árbitro Único considera necesario sentar su posición al respecto, acudiendo en primer lugar al acuerdo de las partes, la normativa aplicable

¹⁷ Ídem.

Arbitro Único
Daniel Triveño Daza

y la doctrina especializada en la materia.

En esa línea, las partes acordaron en el convenio arbitral contenido en la cláusula vigésima del Contrato lo siguiente:

“CLÁUSULA DÉCIMA NOVENA: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Cualquiera de las partes tiene el derecho a iniciar el arbitraje administrativo a fin de resolver las controversias que se presenten durante la etapa de ejecución contractual dentro del plazo caducidad prevista en los artículos 144, 170, 175, 176, 177 y 181 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado o, en su defecto, en el artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado.

Facultativamente, cualquiera de las partes podrá someter a conciliación la referida controversia, sin perjuicio de recurrir al arbitraje en caso no se llegue a un acuerdo entre ambas partes, según lo señalado en el artículo 214° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

El laudo arbitral emitido es definitivo e inapelable, tiene el valor de cosa juzgada y se ejecuta como sentencia.”

De una lectura de la citada cláusula se puede observar que las partes, en términos generales, establecieron que los conflictos que se deriven serían resueltos mediante arbitraje administrativo. Como se puede apreciar, dicha cláusula arbitral no establece exclusión alguna respecto de las materias arbitrables.

Adicionalmente a lo señalado, conviene precisar que sobre las materias que resultan arbitrables, el artículo 52° de la Ley ha señalado lo siguiente:

Arbitro Único
Daniel Triveño Daza

"Artículo 52. Solución de controversias

52.1. Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato, se resuelven mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes. La conciliación debe realizarse en un centro de conciliación público o acreditado por el Ministerio de Justicia".

(La negrita y el subrayado son nuestros).

Como se puede observar, la Ley ha establecido que las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución e interpretación del contrato se resuelven mediante conciliación o arbitraje. A criterio de este Árbitro Único resulta claro que la norma antes citada no limita las materias arbitrables, siempre que surjan, entre otros, de controversias referidas a la ejecución e interpretación del contrato. Conviene reiterar que si bien el Contratista no está cuestionando la ejecución del Contrato (hasta los primeros 300,000 inyectables), el pago por enriquecimiento sin causa tiene como origen en la interpretación del mismo (los 300,000 inyectables adicionales), por lo que se encuentra dentro del alcance del citado artículo.

Si bien, en términos generales, se observa que no existe unanimidad en la doctrina sobre este punto, ello no es óbice para que este Árbitro Único no asuma una postura al respecto, tal como se ha señalado en los párrafos precedentes.

Por otro lado, conviene señalar que la doctrina especializada en materia de contratación pública se encuentra a favor de la arbitrabilidad del enriquecimiento sin causa.

En efecto, respecto a la imposibilidad de arbitrar sobre enriquecimiento sin causa por no tener fuente contractual, Alexander Campos señala:

Arbitro Único
Daniel Triveño Daza

“... la fuente u origen contractual de la pretensión no es un criterio aceptado ni por la doctrina ni por la ley para determinar la arbitrabilidad de la misma. (...) Pero que el escenario natural del arbitraje sean las relaciones contractuales no implica en lo absoluto que esté restringido a éstas, si las materias de origen no contractual son de libre disponibilidad”.¹⁸

El referido autor, luego de comentar el artículo 53° de la Ley N° 26850, anterior Ley de Contrataciones del Estado, cuyo texto es similar al vigente artículo 52° de la Ley, concluye lo siguiente¹⁹:

“En conclusión, sea cual sea el ángulo desde el cual se aborde la pregunta de si el enriquecimiento sin causa es o no arbitrable, la respuesta es la misma. Se aprecia que las tesis en contra de la arbitrabilidad de esta institución se basan en conceptos jurídicos y argumentos cuya única virtud es su simpleza, pero no por ello resultan ser correctos.

Vemas también, lo que es más preocupante, que esta tesis no solo prescinde del análisis de las leyes aplicables, sino que además desconocen la naturaleza y función del arbitraje como mecanismo de solución de controversias.

No hay pues ningún argumento sólido para sostener que el enriquecimiento sin causa en general, o el originado en lo contratación administrativa, no sea arbitrable. Por el contrario, independientemente de la bizantina discusión sobre su naturaleza jurídica, lo incuestionable es que el resarcimiento generado por el enriquecimiento sin causa es de libre disposición y por tanto per se arbitrable.

18 CAMPOS MEDINA, Alexander. “La Arbitrabilidad del Enriquecimiento sin Causa a Propósito de los Contratos Administrativos”. Revista Peruana de Arbitraje. Lima, N° 3, p.321 - 322.

19 Ibidem, pág. 38.

Arbitro Único
Daniel Triveño Daza

POR OTRO LADO, TAMPOCO QUEDA DUDA QUE LA NORMATIVA SOBRE LOS CONTRATOS PARA LA PROVISIÓN DE BIENES Y SERVICIOS DEL ESTADO TIENE UNA CLARA INTENCIÓN DE SOMETER LO MÁS AMPLIAMENTE POSIBLE LAS CONTROVERSIAS QUE SURIAN DE ÉSTOS, INCLUYENDO EL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA.”

(La negrita y el subrayado son nuestros).

En opinión del citado autor, que este Árbitro Único comparte, resulta posible que en materia de contrataciones del Estado se arbitre controversias referidas al enriquecimiento sin causa.

DÉCIMO OCTAVO.- Respecto del monto por reconocer por la entrega de los 300,000 inyectables adicionales, los mismos que no se encuentran dentro del alcance del contrato al constituir una prestación de hecho en la que se configura el enriquecimiento sin causa, debemos precisar que el reconocimiento del monto pretendido, a saber, S/. 3'174,000 (Tres Millones Ciento Setenta y Cuatro Mil y 00/100 Nuevos Soles) se sustenta en el precio unitario del inyectable ofrecido, a saber, S/. 10.58.

Al respecto, se precisa que no existe un desagregado del precio unitario, por lo que en él se considera todos los conceptos que la componen. En efecto, tal como establece la Opinión N° 073-2011/DTN

↳ *“...ello no afecta que el reconocimiento del servicio prestado por el proveedor a la Entidad deba considerar el íntegro del precio de mercado de tal servicio, el cual incluye la utilidad del proveedor; es decir, que el monto a ser reconocido por la Entidad al proveedor sea aquel que de haberse observado las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado, habría tenido el carácter de*

Arbitro Único
Daniel Triveño Daza

contraprestación. Esto debido a que, como se ha señalado en el punto 2.1 de la presente opinión, los proveedores colaboran con las Entidades para satisfacer sus necesidades de aprovisionamiento de bienes, servicios u obras, a cambio del pago de una retribución – contraprestación- equivalente al precio de mercado de la prestación, el cual incluye la utilidad.”

Que, en consecuencia, el árbitro único determina sobre este punto que corresponde que la DIRECCIÓN DE ABASTECIMIENTO DE RECURSOS ESTRATÉGICOS EN SALUD – DARES deba pagar a favor de la empresa MEDIFARMA S.A. la suma de 3'174,000.00 por concepto de contraprestación pendiente por 300,000 unidades de ampollas, en razón de S/. 10.58 por inyectable. Ahora bien, en caso dicho pago sea imposible de cumplir, la Entidad deberá cumplir con devolver dicha cantidad de inyectables.

SEXTO PUNTO CONTROVERTIDO: DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO DECLARAR LA INAPLICACIÓN DE PENALIDAD ALGUNA A LA EMPRESA MEDIFARMA S.A. POR PARTE DE LA DIRECCIÓN DE ABASTECIMIENTO DE RECURSOS ESTRATÉGICOS EN SALUD – DARES.

DÉCIMO NOVENO: Que, respecto a este punto controvertido, el árbitro único infiere que MEDIFARMA S.A. en todo momento actuó de manera diligente al momento de entregar los inyectables.

Que, respecto a la diligencia ordinaria, precisamente el artículo 1314 del Código Civil señala que *“quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inexecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso”*.

Que, en el caso en particular, la supuesta imputabilidad de retraso señalada por DARES se origina debido a la incertidumbre de establecer la interpretación correcta del contrato, en lo referido a la determinación de la unidad de medida correspondiente

Arbitro Único
Daniel Triveño Daza

Por su parte, el inciso 1 del artículo 73 del Decreto Legislativo No. 1071, señala lo siguiente:

“Artículo 73.- Asunción o distribución de costos

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”.

En atención a ello, el árbitro único estima pertinente señalar que el inicio del proceso arbitral se origina a partir de la incertidumbre del objeto del contrato No. 045-2013/DARES/MINSA, hecho que ha llevado a que ambas partes deban soportar la carga económica que implica todo proceso arbitral.

De otro lado, a través del presente proceso las partes han actuado convencidas de su posición y por tanto, pese al resultado de este arbitraje, ambas partes han tenido motivos suficientes y atendibles para litigar y ha existido buen comportamiento procesal de éstas, por lo que corresponde disponer que cada parte asuma directamente los gastos o costos a los que se encontraba obligado, esto es, que cada parte asume los gastos, costos y costas a su cargo, como son los honorarios del árbitro, del secretario arbitral, su defensa legal, etc.

IX. DECISIÓN.-

Que, finalmente, el Árbitro Único deja constancia que para la expedición de este laudo ha analizado todos los argumentos de defensa expuestos por las partes y ha examinado cada una de las pruebas aportadas por éstas de acuerdo a las reglas de la sana crítica y al principio de libre valoración de la prueba y que el sentido de su Decisión es el resultado de ese análisis y de su convicción sobre la controversia, al

Arbitro Único
Daniel Triveño Daza

margen de que algunas pruebas presentadas o actuadas y algunos de los argumentos esgrimidos por las partes no hayan sido expresamente citados en el presente laudo, habiendo tenido también presente durante la tramitación de todo este proceso arbitral y en las expediciones de este laudo, los principios que orientan y ordenan todo arbitraje y que fueron consignados en el Acta de Instalación del Árbitro Único.

En atención a ello y siendo que el Árbitro Único no representa los intereses de ninguna de las partes y ejerce el cargo con estricta imparcialidad y absoluta discreción, así como que en el desempeño de sus funciones ha tenido plena independencia y no han estado sometidos a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones, gozando del secreto profesional; por lo que habiéndose agotado todas las etapas del proceso y no existiendo pretensión por analizar, el Árbitro Único **LAUDA EN DERECHO** de la siguiente manera:

PRIMERO: DECLARAR FUNDADA la Primera Pretensión Principal de la demanda, referida a la correcta interpretación del Contrato N° 045-2013/DARES/MINSA.

SEGUNDO: DECLARAR FUNDADA la Primera Pretensión Accesorio a la Principal de la demanda, referida al cumplimiento de las prestaciones a cargo de MEDIFARMA S.A.

TERCERO: DECLARAR FUNDADA la Segunda Pretensión Accesorio a la Principal de la demanda, referida a que se deje sin efecto los extremos de la Carta Notarial N° 105834 de fecha 23.12.2013.

CUARTO: DECLARAR FUNDADA la Segunda Pretensión Principal de la demanda, referida a la no aplicación de penalidades.

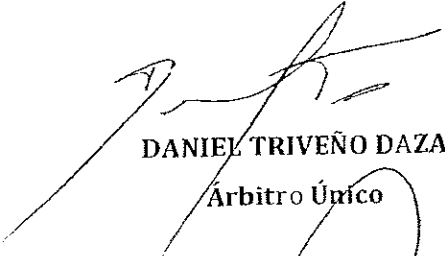
QUINTO: DECLARAR FUNDADA EN PARTE la Tercera Pretensión Principal de la demanda, y **DISPONER** que tanto la DIRECCIÓN DE ABASTECIMIENTO DE

Proceso arbitral seguido entre MEDIFARMA S.A. y DIRECCIÓN DE ABASTECIMIENTO DE RECURSOS
ESTRATÉGICOS EN SALUD – DARES
Contrato Nº 045-2013/DARES/MINSA

Arbitro Único
Daniel Triveño Daza

RECURSOS ESTRATÉGICOS EN SALUD – DARES como MEDIFARMA S.A. asuman en partes iguales los honorarios del Árbitro Único y del secretario arbitral. Asimismo, cada parte asuma su defensa legal.

SEXTO: AUTORIZAR al Secretario Arbitral a remitir al OSCE, dentro del quinto día de emitido, copia del presente Laudo.



DANIEL TRIVEÑO DAZA
Arbitro Único



ALBERTO MOLERO RENTERÍA
Secretaria Arbitral