

Proceso Arbitral seguido por THR Servis Cargo Courier S.A.C. y el Ministerio de Educación – Unidad Ejecutora 026

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Catalina Dulanto Trujillo
Miguel Bernal Garayar

LAUDO ARBITRAL
(Resolución n.º 27)

En la ciudad de Lima, con fecha 19 de octubre de 2012, en la sede del Tribunal Arbitral, sita en Avenida Arequipa n.º 2327, distrito de Lince, provincia y departamento de Lima; se reunieron los miembros del Tribunal Arbitral, conformado por los doctores Mario Castillo Freyre, en su calidad de Presidente, Catalina Dulanto Trujillo, Árbitro, y Miguel Bernal Garayar, Árbitro, a efectos de emitir el Laudo Arbitral, en el proceso arbitral seguido por THR Servis Cargo Courier S.A.C. y el Ministerio de Educación – Unidad Ejecutora 026.

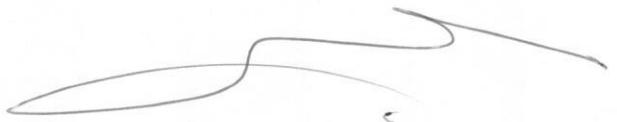
ANTECEDENTES

- Con fecha 9 de junio de 2010, THR Servis Cargo Courier S.A.C. (en adelante, THR) y el Ministerio de Educación – Unidad Ejecutora 026 (en adelante, el Ministerio) suscribieron el Contrato de Prestación de Servicio n.º 0037-2010-ME/SG-OGA-UABAS-APM «Servicio de distribución de material educativo a nivel nacional sobre tutoría y orientación educativa» (en adelante, el Contrato).
- THR solicitó el inicio del arbitraje, designado al doctor Miguel Bernal Garayar como árbitro de parte.
- El Ministerio contestó la solicitud de arbitraje, designando a la doctora Catalina Dulanto Trujillo como árbitro de parte.

Proceso Arbitral seguido por THR Servis Cargo Courier S.A.C. y el Ministerio de Educación – Unidad Ejecutora 026

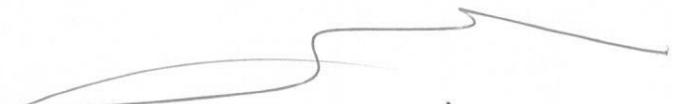
Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Catalina Dulanto Trujillo
Miguel Bernal Garayar

- Con fecha 28 de febrero de 2011, los doctores Dulanto y Bernal designaron al doctor Mario Castillo Freyre como Presidente del Tribunal Arbitral.
- Con fecha 4 de marzo de 2011, el doctor Castillo aceptó la designación efectuada.
- Con fecha 31 de marzo de 2011, se llevó a cabo la Audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral.
- Por Carta n.º 0060-2011, de fecha 5 de mayo de 2011, THR se desiste del proceso arbitral.
- Mediante Resolución n.º 01, de fecha 13 de mayo de 2011, se corrió traslado del desistimiento del proceso arbitral de THR, otorgando al Ministerio un plazo de tres (3) días hábiles, a efectos de que manifieste lo conveniente a su derecho.
- Por escrito n.º 1, presentado con fecha 20 de mayo de 2011, el Ministerio no aceptó el desistimiento de THR y se apersonó el Procurador Público.
- Mediante Resolución n.º 02, de fecha 25 de mayo de 2011, se tuvo por absuelto el traslado conferido mediante Resolución n.º 01 y se otorgó al Ministerio un plazo de diez (10) días hábiles, para que presente sus pretensiones, bajo apercibimiento de archivar el proceso.
- Por escrito n.º 2, presentado con fecha 14 de junio de 2011, el Ministerio presentó sus pretensiones arbitrales.



Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Catalina Dulanto Trujillo
Miguel Bernal Garayar

- Mediante Resolución n.º 3, de fecha 27 de junio de 2011, se resolvió —por mayoría— otorgar al Ministerio un plazo de dos (2) días hábiles, a fin de que cumpla con precisar si ofrece o no, como medio probatorio, el Acta de Conciliación n.º 1911-2010.
- Por escrito n.º 3, presentado con fecha 4 de julio de 2011, el Ministerio precisa que el Acta de Conciliación n.º 1911-2010 fue presentada como anexo del escrito n.º 2. Asimismo, solicitó que THR aclare si su desistimiento del proceso abarca también sus pretensiones.
- Mediante Resolución n.º 04, de fecha 11 de julio de 2011, se otorgó a THR un plazo adicional de cinco (5) días hábiles, a efectos de que cumpla con el pago de la parte que le corresponde de los honorarios arbitrales.
- Por Carta n.º 010-2011, presentada con fecha 12 de julio de 2011, THR interpuso recurso de reposición en contra de la Resolución n.º 03 (en mayoría) y, en consecuencia, solicita se declare el archivo del proceso.
- Por Carta s/n, presentada con fecha 19 de julio de 2011, THR interpuso recurso de reposición en contra de la Resolución n.º 04 y, en consecuencia, solicita se declare el archivo del proceso.
- Mediante Resolución n.º 05, de fecha 21 de julio de 2011, se tuvo por absuelto el traslado conferido mediante Resolución n.º 03 por parte del Ministerio. Asimismo, se otorgó a THR un plazo de diez (10) días hábiles, a efectos de que exprese lo conveniente a su derecho.
- Mediante Resolución n.º 06, de fecha 21 de julio de 2011, se declaró improcedente —por extemporáneo— el recurso de reposición (que debió

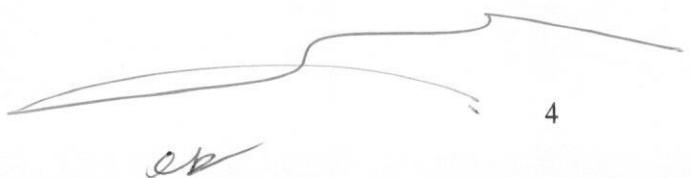


eb

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Catalina Dulanto Trujillo
Miguel Bernal Garayar

ser denominado reconsideración) presentado por THR en contra de la Resolución n.º 03.

- Por Carta n.º 010-2011 (sic), presentada con fecha 4 de agosto de 2011, THR precisa que sólo se desiste del proceso, pero no de las pretensiones.
- Mediante Resolución n.º 07, de fecha 11 de agosto de 2011, se otorgó al Ministerio un plazo de cinco (5) días hábiles, a efectos de que manifieste lo conveniente a su derecho en relación al recurso de reposición interpuesto por THR en contra de la Resolución n.º 04.
- Mediante Resolución n.º 08, de fecha 11 de agosto de 2011, se otorgó al Ministerio un plazo de tres (3) días hábiles, a fin de que manifieste lo conveniente a su derecho en torno a la Carta n.º 010-2011 (sic), presentada por THR con fecha 4 de agosto de 2011.
- Por escrito n.º 4, presentado con fecha 18 de agosto de 2011, el Ministerio señala que se mantiene en lo indicado en su escrito n.º 1.
- Por escrito n.º 5, presentado con fecha 18 de agosto de 2011, el Ministerio solicita que el recurso de reposición interpuesto por THR sea declarado improcedente.
- Mediante Resolución n.º 09, de fecha 29 de agosto de 2011, se declaró improcedente el desistimiento del proceso por parte de THR.
- Mediante Resolución n.º 10, de fecha 30 de septiembre de 2011, se tuvo por absuelto el traslado conferido a través de la Resolución n.º 7, por parte del Ministerio. Asimismo, se declaró improcedente el recurso de



4
cb

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Catalina Dulanto Trujillo
Miguel Bernal Garayar

reposición interpuesto por THR en contra de la Resolución n.º 04. Finalmente, se facultó al Ministerio para que en un plazo de diez (10) días, asuma el pago de la parte que corresponde a THR de los honorarios arbitrales.

- Por escrito s/n, presentado con fecha 9 de noviembre de 2011, THR reitera su desistimiento del proceso y se desiste de la pretensión del presente arbitraje, manifestada en su solicitud arbitral.
- Por escrito n.º 06, presentado con fecha 16 de noviembre de 2011, el Ministerio solicita una prórroga del plazo de veinte (20) días, para cumplir con el pago de los honorarios arbitrales.
- Mediante Resolución n.º 11, de fecha 14 de noviembre de 2011, se corrió traslado del desistimiento del proceso y de las pretensiones de THR, al Ministerio, otorgándole un plazo de tres (3) días, a efectos de que manifieste lo conveniente a su derecho.
- Por escrito n.º 7, presentado con fecha 21 de noviembre de 2011, el Ministerio solicita que la contraria precise claramente las pretensiones de las que se desiste. Asimismo, solicita un plazo prudencial, a efectos de pronunciarse (previo informe de la entidad).
- Mediante Resolución n.º 12, de fecha 29 de noviembre de 2011, se otorgó al Ministerio un plazo adicional de veinte (20) días hábiles, a efectos de que asuma el pago de los honorarios que correspondían a THR.



eb

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Catalina Dulanto Trujillo
Miguel Bernal Garayar

- Mediante Resolución n.º 13, de fecha 29 de noviembre de 2011, se otorgó a THR un plazo de tres (3) días de notificada, a efectos de que cumpla con precisar los alcances de su desistimiento.
- Por escrito s/n, presentado con fecha 22 de diciembre de 2011, THR reitera su desistimiento del proceso y de la pretensión del presente arbitraje, manifestada en su solicitud arbitral.
- Mediante Resolución n.º 14, de fecha 26 de diciembre de 2011, se otorgó al Ministerio un plazo de tres (3) días, a efectos de que manifieste lo conveniente a su derecho en relación al escrito de desistimiento de THR.
- Por escrito n.º 08, presentado con fecha 5 de enero de 2012, el Ministerio solicita una prórroga de plazo extraordinario, de veinte (20) días, a efectos de que cumpla con el pago de los honorarios requeridos.
- Mediante Resolución n.º 15, de fecha 9 de enero de 2012, no se concedió el plazo extraordinario solicitado por el Ministerio. Asimismo, se suspendió el proceso arbitral por un plazo de veinte (20) días calendario, luego del cual, de no verificarse pago alguno, se archivará el mismo.
- Por escrito s/n, presentado con fecha 11 de enero de 2011, THR presenta un escrito donde reitera su desistimiento del proceso y de la pretensión del presente arbitraje manifestada en su solicitud arbitral.
- Por escrito n.º 9, presentado con fecha 11 de enero de 2012, el Ministerio reitera que la contraria debe precisar claramente las pretensiones de las que se desiste. Asimismo, solicita al Tribunal Arbitral, en caso no se efectúen



Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Catalina Dulanto Trujillo
Miguel Bernal Garayar

las precisiones, señalar una fecha para la realización de una Audiencia Especial.

- Mediante Resolución n.º 16, de fecha 15 de febrero de 2012, se levantó la suspensión establecida mediante Resolución n.º 15.
- Mediante Resolución n.º 17, de fecha 15 de febrero de 2012, se otorgó a THR un plazo de cinco (5) días hábiles, a efectos de que manifieste lo conveniente a su derecho, en relación al escrito n.º 9, presentado por el Ministerio. Asimismo, se otorgó al Ministerio un plazo de cinco (5) días hábiles, a fin de que manifieste lo conveniente a su derecho, en relación al escrito s/n, presentado por THR, con fecha 11 de enero.
- Por escrito s/n, presentado con fecha 23 de febrero de 2012, THR reitera su desistimiento del proceso y de la pretensión del presente arbitraje, manifestada en su solicitud arbitral. Asimismo, solicita que se proceda a archivar definitivamente el proceso arbitral.
- Por escrito n.º 10, presentado con fecha 24 de febrero de 2012, el Ministerio absuelve el traslado conferido mediante Resolución n.º 17.
- Mediante Resolución n.º 18, de fecha 5 de marzo de 2012, se tuvo por desistido del proceso y de sus pretensiones a THR y se continuó con el proceso, en lo relativo a las pretensiones planteadas por el Ministerio. En consecuencia, se citó a las partes a la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos.
- Por escrito n.º 11, presentado con fecha 22 de marzo de 2012, el Ministerio delega representación procesal a los abogados que indica.



7

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Catalina Dulanto Trujillo
Miguel Bernal Garayar

- Con fecha 22 de marzo de 2012, se suspendió la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos, en razón a la inasistencia de los árbitros por motivos de fuerza mayor.
- Por escrito n.º 12, presentado con fecha 24 de abril de 2012, el Ministerio solicitó una reliquidación de los honorarios arbitrales.
- Por escrito s/n, presentado con fecha 11 de junio de 2012, THR solicitó reprogramar una nueva Audiencia, en donde se disponga el archivo del presente arbitraje.
- Mediante Resolución n.º 19, de fecha 25 de junio de 2012, se declaró no ha lugar al pedido de reajuste de honorarios solicitado por el Ministerio.
- Mediante Resolución n.º 20, de fecha 25 de junio de 2012, se citó a las partes a la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos.
- Con fecha 11 de julio de 2012, se llevó a cabo la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos. Se dejó constancia de la inasistencia de THR, a pesar de estar debidamente notificada. Asimismo, se dejó constancia de la inasistencia del doctor Bernal, por motivos de fuerza mayor. Finalmente, se otorgó a las partes un plazo de cinco (5) días hábiles, a efectos de que presenten sus respectivos alegatos escritos.
- Por escrito n.º 13, presentado con fecha 18 de julio de 2012, el Ministerio presentó sus alegatos finales.

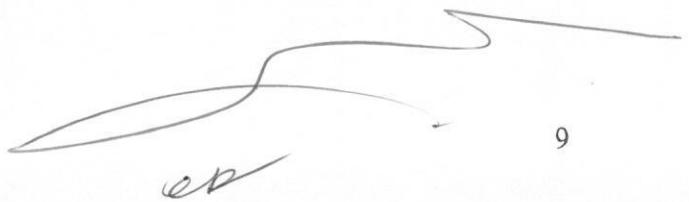


8

Proceso Arbitral seguido por THR Servis Cargo Courier S.A.C. y el Ministerio de Educación – Unidad Ejecutora 026

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Catalina Dulanto Trujillo
Miguel Bernal Garayar

- Por escrito s/n, presentado con fecha 19 de julio de 2012, THR rechaza el contenido del Acta de la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos; y reitera su desistimiento del proceso y de la pretensión del presente arbitraje. En consecuencia, solicita que se proceda a archivar el proceso arbitral.
- Mediante Resolución n.º 21, de fecha 1 de agosto de 2012, se tuvieron por presentados los alegatos del Ministerio. Asimismo, se tuvo presente el escrito s/n de THR, presentado con fecha 21 de agosto de 2012. Finalmente, se citó a las partes a la Audiencia de Informes Orales.
- Por escrito s/n, presentado con fecha 21 de agosto de 2012, el Ministerio apersonó a su procurador público y delegó la representación procesal a los abogados que ahí se indican.
- Con fecha 21 de agosto de 2012, se llevó a cabo la Audiencia de Informe Orales. En dicha Audiencia, se emitió la Resolución n.º 22.
- Mediante Resolución n.º 22, de fecha 21 de agosto de 2012, se fijó el plazo para laudar en veinte (20) días hábiles. Dicho plazo venció el jueves 20 de septiembre de 2012.
- Por escrito s/n, presentado con fecha 21 de agosto de 2012, THR presentó un informe escrito, en el cual reitera su pedido de desistimiento del proceso y de la pretensión, así como solicita el archivo del proceso. Sin perjuicio de lo anterior, THR niega y contradice en todos sus extremos, las pretensiones del Ministerio. Dicho escrito fue tramitado mediante Resolución n.º 23, de fecha 3 de septiembre de 2012.



9

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Catalina Dulanto Trujillo
Miguel Bernal Garayar

- Por escrito s/n, presentado con fecha 6 de septiembre de 2012, THR solicita se declare la validez y eficacia de la resolución contractual efectuada por dicha parte e indica que acompaña copias certificadas de las Cartas Notariales n.º 00157-2010 y n.º 00166-2010 (sin embargo, no presentó adjunto alguno al referido escrito). Dicho escrito fue tramitado mediante Resolución n.º 24, de fecha 12 de septiembre de 2012.

Mediante Resolución n.º 25, de fecha 12 de septiembre de 2012, se prorrogó el plazo para laudar en veinte (20) días hábiles adicionales, contados a partir del vencimiento del primer plazo. Este segundo plazo vencerá el martes 23 de octubre de 2012.¹

- Por escrito s/n, presentado con fecha 17 de septiembre de 2012, THR subsana la omisión de su escrito anterior y adjunta copia certificada de las Cartas Notariales n.º 00157-2010 y n.º 00166-2010. Dicho escrito fue tramitado mediante Resolución n.º 26, de fecha 24 de septiembre de 2012.

CUESTIONES PRELIMINARES

Antes de analizar la materia controvertida, corresponde recordar lo siguiente: (i) que este Tribunal Arbitral se constituyó de acuerdo al convenio arbitral suscrito por las partes; (ii) que no se recusó a algún miembro del Tribunal Arbitral, ni se impugnó ni reclamó contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación de este Tribunal Arbitral; (iii) que THR no presentó su demanda dentro del plazo dispuesto; (iv) que el Ministerio sí presentó pretensiones; (v) que THR fue debidamente emplazada con las pretensiones del

¹ Teniendo en cuenta que los días 1, 2, y 8 de octubre fueron inhábiles para el Tribunal Arbitral, de conformidad con lo establecido en el numeral 8 del Acta de Instalación del Tribunal Arbitral, de fecha 31 de marzo de 2011.

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Catalina Dulanto Trujillo
Miguel Bernal Garayar

Ministerio y, a pesar de ello, no se pronunció sobre las mismas en el plazo concedido para tales efectos; (vi) que las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios; (vii) que sólo el Ministerio presentó sus alegatos escritos, a pesar de que el Tribunal Arbitral concedió el plazo para ambas partes; (viii) que las partes han informado oralmente en la Audiencia respectiva; y, (ix) que este Tribunal Arbitral ha procedido a emitir el Laudo dentro del plazo acordado con las partes.

CONSIDERANDO

1. Que el Ministerio presentó sus pretensiones en contra de THR, a efectos de que se declaren fundadas las siguientes pretensiones.

PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Que se declare inválida y se deje sin efecto la resolución del Contrato de Prestación de Servicios n.º 0037-2010-ME/SG-OGA-UABAS-APM-ADS, derivado del proceso de Adjudicación Directa Selectiva n.º 0015-2010-ED-026, efectuada por la empresa THR Servis Cargo Courier S.A.C.

SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Que se ordene a la contraria el pago de los gastos arbitrales.

2. Que el emplazado, THR, no absolvió el traslado conferido y no contestó dichas pretensiones.²

² Sin perjuicio de que, recién —mediante escritos s/n, presentados con fechas 21 de agosto y 6 y 17 de septiembre de 2012— se pronunció sobre el fondo de la controversia, contradiciendo y negando la posición del Ministerio.



11
esp

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Catalina Dulanto Trujillo
Miguel Bernal Garayar

3. Que, en tal sentido, y de conformidad a lo establecido en el Acta de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos, de fecha 11 de julio de 2012.

DETERMINAR SI CORRESPONDE DECLARAR INVÁLIDA Y SE DEJE SIN EFECTO LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO, EFETUADA POR LA EMPRESA THR

Posición del Ministerio

- 3.1. Que, con fecha 9 de junio de 2010, se suscribió el Contrato, a través del cual el contratista se comprometió a prestar el servicio de distribución del material educativo a nivel nacional, de acuerdo a los términos de referencia de las Bases, en un plazo de 15 días calendario y por un monto ascendente a S/.49,990.00.
- 3.2. Que, según la Cláusula Cuarta del Contrato, el plazo de 15 días calendario se contabilizaba a partir del día siguiente de la suscripción del contrato y entregadas las guías de remisión, PECOSAS y Acta de Entrega – Recepción, correspondiente al material a ser transportado.

Que, asimismo, dicha cláusula precisaba que el material se encontraba en el almacén del sector ubicado en la Avenida Venezuela n.º 1891.

- 3.3. Que, mediante Carta Notarial n.º 15195, notificada con fecha 20 de agosto de 2010, THR requirió al Ministerio el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el Contrato, otorgando un plazo de cinco (5) días para tal efecto.

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Catalina Dulanto Trujillo
Miguel Bernal Garayar

- 3.4. Que, sin embargo, mediante Oficio n.º 2352-2010-ME/SG-OGA-UA, notificado vía facsímil con fecha 24 de agosto de 2010, el Ministerio —a través de la Unidad de Abastecimiento— dio respuesta a la solicitud de ampliación de plazo solicitada por THR mediante Carta Notarial n.º 00150.2010.

Que, asimismo, se comunicó que las PECOSAS correspondientes al material educativo estarían a disposición de THR el 25 de agosto de 2010, solicitando a THR que se acerque a las instalaciones del almacén a suscribir el Acta de Entrega – Recepción correspondiente.

- 3.5. Que, mediante Oficio n.º 2370-2010-ME/SG-OGA-UA, notificado vía facsímil con fecha 25 de agosto de 2010, el Ministerio³ precisa que las PECOSAS fueron entregadas, con lo que cumplió con sus obligaciones dentro del plazo concedido, por lo que no corresponde hacer efectivo el apercibimiento de resolver el contrato.

Que, sin embargo, mediante Carta Notarial n.º 15784, THR resolvió el Contrato.

Posición de THR⁴

- 3.6. Que el Ministerio incumplió injustificadamente sus obligaciones contractuales, por lo que la resolución del contrato debe ser declarada válida y eficaz.

³ Dentro del plazo señalado en la Carta Notarial n.º 00157-2010 y de conformidad con lo establecido por el artículo 169 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

⁴ Posición esbozada por THR después de realizada la Audiencia de Informes Orales, mediante escritos s/n, presentados con fechas 21 de agosto y 6 y 17 de septiembre de 2012.

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Catalina Dulanto Trujillo
Miguel Bernal Garayar

- 3.7. Que el Contrato se celebró el 9 de junio de 2010, por lo que los 15 días calendario, establecidos en la Cláusula Cuarta como plazo para realizar la totalidad del servicio vencía el jueves 24 de junio de 2010.

Que, en ese sentido, el Ministerio debía cumplir en forma oportuna con sus obligaciones, a saber: la de preparar oportunamente el material a transportarse (debidamente empacado y embalado) y entregarlo conjuntamente con las guías de remisión, PECOSAS y Actas de Entrega – Recepción.

- 3.8. Que en razón de que el Ministerio evidenció una inexplicable morosidad en el cumplimiento de sus obligaciones, THR tuvo que tomar acciones preventivas.

Que, así, mediante Carta de fecha 18 de junio de 2010, se dejó claramente establecida la necesidad de coordinar la ejecución del Contrato.

Que, sin embargo, el Ministerio no cumplió con entregar la mercadería y documentos.

- 3.9. Que, ante dicha situación, mediante Cartas de fechas 8 y 13 de julio de 2010, dirigidas a la Dirección de Tutoría y Orientación Educativa del Ministerio, para que se haga efectiva la entrega el 15 de julio de 2010.?

Que dado el incumplimiento del Ministerio, se programó la entrega para el 2 de agosto de 2010, y luego para el 6 de agosto de 2010.

Que siguió el incumplimiento, por lo que, con fecha 9 de agosto de 2010, se remitió una nueva carta a la referida Dirección.



14

ep

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)
Catalina Dulanto Trujillo
Miguel Bernal Garayar

- 3.10. Que, mediante Carta de fecha 10 de agosto de 2010, THR debió solicitar una ampliación de plazo de 15 a 30 días adicionales, dada la demora del Ministerio.

Que, luego, mediante Cartas de fechas 17 y 20 de agosto de 2010, THR dejó constancia de la morosidad del Ministerio y de la situación perjudicial que la postergación «hasta nuevo aviso» estaba ocasionándole. Asimismo, se otorgó al Ministerio un plazo de cinco (5) días calendario para que cumpla con la entrega de los materiales educativos, bajo apercibimiento de resolver el contrato.

- 3.11. Que, mediante Oficio n.º 2352-2010-ME/SG-OGA-UA, de fecha 24 de agosto de 2010, el Ministerio deniega la ampliación de plazo, sin considerar el artículo 175 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Que, asimismo, a través de dicho Oficio, el Ministerio solicita que THR se acerque al almacén el 25 de agosto de 2010, para recoger las PECOSAS y para suscribir el Acta de Entrega – Recepción.

Que, con fechas 25 y 26 de agosto de 2010, THR se apersonó al almacén del Ministerio para recoger el material, las PECOSAS y las guías; sin embargo, sólo estaban listas las PECOSAS.

- 3.12. Que, mediante Oficio n.º 2370-2010/ME-SG-OGA-UA, de fecha 25 de agosto de 2010, se reitera los términos del Oficio n.º 2352-2010/ME-SG-OGA-UA, y se reconoce la validez de las peticiones de cumplimiento de THR. En este segundo Oficio, se indica que se habría cumplido con las obligaciones pendientes, por lo que no correspondía hacer efectivo el

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Catalina Dulanto Trujillo
Miguel Bernal Garayar

apercibimiento. Sin embargo, en el referido Oficio no se dice nada en torno a la entrega de los materiales.

Que, en consecuencia, la resolución del Contrato efectuada por THR es válida.

- 3.13. Que el Ministerio no ha efectuado ningún descargo referente al incumplimiento de sus obligaciones.

Que el Ministerio no puede invocar la existencia de caso fortuito o fuerza mayor, ni que haya actuado con la diligencia ordinaria requerida, pues de los documentos que obran en el expediente, queda claro que el Ministerio tuvo muchas oportunidades de enmendar su actitud negligente.

Que, por el contrario, estamos frente a un supuesto de culpa inexcusable.

- 3.14. Que la resolución del Contrato ha quedado consentida, dado que el Ministerio no inició la conciliación previa al arbitraje, dentro del plazo de quince días hábiles establecido en el artículo 215 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Posición del Tribunal Arbitral

- 3.15. Que, en primer lugar, cabe precisar que no corresponde a este Tribunal Arbitral emitir pronunciamiento sobre la supuesta caducidad de la resolución del Contrato efectuada por THR, dado que, en el presente proceso, no se ha deducido excepción alguna sobre el particular, a pesar de que el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral contempla plazos para ello.



16

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Catalina Dulanto Trujillo
Miguel Bernal Garayar

Que, tampoco, corresponde que el Tribunal Arbitral emita pronunciamiento alguno sobre la ampliación de plazo que THR que solicitó ni sobre lo resuelto sobre el particular por la Entidad. Ello, habida cuenta de que dichos temas no han sido materia de las pretensiones planteadas ni de los puntos controvertidos fijados en este arbitraje.

3.16. Que, en segundo lugar, corresponde precisar que el Tribunal Arbitral analizará tanto la forma como el fondo de la resolución contractual; es decir, primero analizará si la resolución contractual realizada por THR cumplió con el procedimiento establecido en el Contrato y en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado; y, luego, en el supuesto de que THR sí haya cumplido con el procedimiento, el Tribunal Arbitral analizará si existía una causal válida para resolver el Contrato.

3.17. Que la Cláusula Décima Cuarta del Contrato establece lo siguiente:

«DÉCIMA CUARTA.- DE LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO

Cualquiera de las partes podrá resolver el contrato, de conformidad con los artículos 40 y 44 de la Ley, y los artículos 167 y 168 de su Reglamento; de darse el caso, EL MINISTERIO procederá de acuerdo a lo establecido en el artículo 169 del Reglamento». (El subrayado es nuestro).

3.18. Que los artículos 40 y 44 de la Ley de Contrataciones del Estado, Decreto Legislativo n.º 1017 (en adelante, la Ley) establecen lo siguiente:

«Artículo 40.- Cláusulas obligatorias en los contratos

Los contratos regulados por la presente norma incluirán necesariamente y bajo responsabilidad cláusulas referidas a:



Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Catalina Dulanto Trujillo
Miguel Bernal Garayar

[...]

- c. Resolución de contrato por incumplimiento: En caso de incumplimiento por parte del contratista de alguna de sus obligaciones, que haya sido previamente observada por la Entidad, y no haya sido materia de subsanación, esta última podrá resolver el contrato en forma total o parcial, mediante la remisión por la vía notarial del documento en el que se manifieste esta decisión y el motivo que la justifica. Dicho documento será aprobado por autoridad del mismo o superior nivel jerárquico de aquella que haya suscrito el contrato. El contrato queda resuelto de pleno derecho a partir de la recepción de dicha comunicación por el contratista. El requerimiento previo por parte de la Entidad podrá omitirse en los casos que señale el Reglamento. Igual derecho asiste al contratista ante el incumplimiento por la Entidad de sus obligaciones esenciales, siempre que el contratista la haya emplazado mediante carta notarial y ésta no haya subsanado su incumplimiento. (El subrayado es nuestro).

«Artículo 44.- Resolución de los contratos

(...)

Cuando se resuelva el contrato, por causas imputables a alguna de las partes, se deberá resarcir los daños y perjuicios ocasionados.

(...».

- 3.19. Que, por su parte, los artículos 167 y 168 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, Decreto Supremo n.º 184-2008-EFE (en adelante, el Reglamento), señalan lo siguiente:

«Artículo 167.- Resolución de contrato

Cualquiera de las partes puede poner fin al contrato por un hecho sobreviniente a la suscripción del mismo, siempre que se encuentre previsto expresamente en el contrato, con sujeción a la ley.



Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Catalina Dulanto Trujillo
Miguel Bernal Garayar

(...».

«Artículo 168.- Causales de resolución por incumplimiento

(...)

El contratista podrá solicitar la resolución del Contrato (...) en los casos que la Entidad incumpla injustificadamente sus obligaciones esenciales, las mismas que se contemplan en las Bases o en el Contrato, pese a haber sido requerido conforme al procedimiento establecido en el artículo 169». (El subrayado es nuestro).

Que, como se puede apreciar, THR podía válidamente resolver el Contrato, siguiendo el procedimiento establecido por el artículo 169 del Reglamento y en tanto la Entidad haya incumplido injustificadamente sus obligaciones esenciales.

Que, por ello, en el Considerando 3.16. del presente Laudo se indicó que el Tribunal Arbitral efectuaría un análisis tanto de forma como de fondo.

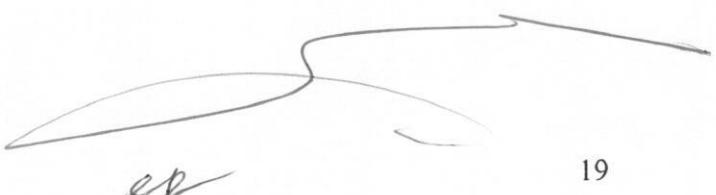
3.20. Que el referido artículo 169 del Reglamento establece lo siguiente:

«Artículo 169.- Procedimiento de resolución de Contrato

Si alguna de las partes falta al cumplimiento de sus obligaciones, la parte perjudicada deberá requerirla mediante carta notarial para que las satisfaga en un plazo no mayor a cinco (5) días, bajo apercibimiento de resolver el contrato.

(...) Si vencido dicho plazo el incumplimiento continúa, la parte perjudicada resolverá el contrato en forma total o parcial, comunicando mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato.

(...». (El subrayado es nuestro).



Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Catalina Dulanto Trujillo
Miguel Bernal Garayar

- 3.21. Que, como sabemos, la resolución consiste en una acción destinada a hacer cesar los efectos de contratos afectados por vicios sobrevinientes al momento de su celebración.

Que, sin duda, la resolución del contrato es una figura que reviste extrema importancia para el Derecho, en la medida de que va a acarrear la pérdida de eficacia de la relación contractual.

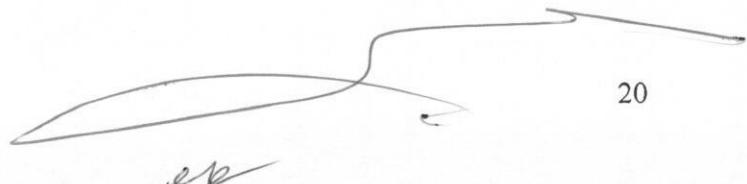
Que, en tal sentido, el Derecho es absolutamente formalista cuando se trata de la resolución, tal como se puede apreciar del citado artículo 169 del Reglamento.

- 3.22. Que en la Cláusula Décima Cuarta del Contrato no se establece un mecanismo particular para resolver el contrato, sino que se hace referencia —entre otros— al artículo 168, que nos remite al procedimiento establecido en el artículo 169 del Reglamento; razón por la cual la parte que desea resolver el contrato, deberá seguirlo al pie de la letra y, de no hacerlo, sin duda, el acto resolutorio será nulo.

Que el mecanismo establecido parte del supuesto de incumplimiento contractual de uno de los contratantes. Si esto ocurriera, no habría impedimento alguno para que la parte afectada recurra al mecanismo de resolución extrajudicial pactado en el propio contrato.

Que, si así fuere, tendrá que hacerlo requiriendo por carta notarial a la parte incumpliente para que satisfaga su prestación.

Que el requerimiento a que se refiere la norma bajo análisis es una intimación que se hace por carta notarial, con la cual se invita a la



20

esb

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Catalina Dulanto Trujillo
Miguel Bernal Garayar

contraparte a cumplir en un plazo determinado, y que debe contener, además, la advertencia de que transcurrido inútilmente el término, el contrato se considerará resuelto sin más ni más. El efecto de esta declaración es que, de expirar el término, ante la falta de cumplimiento, el contrato se resuelve de pleno derecho.

Que se exige carta notarial, a efectos de evitar la posibilidad de que se recurra a esta vía por carta simple o por otro medio que no ofrezca la certeza debida.

3.23. Que resulta conveniente destacar en esta parte de nuestro análisis que el artículo 169 del Reglamento señala que la intimación debe contener necesariamente lo siguiente:

- (i) El requerimiento hecho por la parte fiel a la parte infiel para que satisfaga su prestación, precisando en qué consiste dicha prestación y conminándola para que la satisfaga.
- (ii) La fijación de un plazo que no mayor a cinco (5) días.
- (iii) El apercibimiento de que, de no satisfacer la prestación en el plazo concedido, se procederá a resolver el contrato.

Que, así, la intimación, es un acto unilateral y receptivo, sujeto a requisitos de forma y de contenido.

3.24. Que, adicionalmente, debemos subrayar el hecho de que el mecanismo resolutorio citado no pasa por la resolución inmediata del contrato, sino que a través de la carta notarial se debe requerir al deudor incumpliente

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Catalina Dulanto Trujillo
Miguel Bernal Garayar

para que ejecute su prestación y, de persistir dicho incumplimiento, se debe hacer efectivo el apercibimiento (es decir, se debe comunicar al incumpliente que se procede a resolver el contrato).

3.25. Que, dentro de este orden de ideas, mediante Carta Notarial n.º 00157.2010, de fecha 18 de agosto de 2010, notificada notarialmente el 20 de agosto de 2010, THR señala que otorga al Ministerio «un plazo perentorio de (5) cinco días calendarios de recibida la presente para que cumplan (sic) con entrega (sic) de bienes a transportar. En caso no cumplir presente (sic) requerimiento nos veremos obligados a resolver el contrato de acuerdo a los señalados (sic) en los artículos (sic) 40, 167, 169, 170 de la ley general de contrataciones y adquisiciones del estado (sic)».

Que, como se puede apreciar, mediante la referida Carta, THR requiere al Ministerio para que satisfaga su prestación (es decir, la entrega de los bienes) dentro del plazo máximo establecido por el artículo 169 del Reglamento (5 días).

Que, asimismo, se aprecia que —a través de la referida Carta— THR señala el apercibimiento de que, de no satisfacer la prestación, se procederá a resolver el contrato.

Que, dentro de tal orden de ideas, el Tribunal Arbitral estima que THR sí cumplió con intimar adecuadamente al Ministerio.

3.26. Que, por su parte, con fecha 27 de agosto de 2010 (es decir, transcurridos los 5 días otorgados para el cumplimiento de la prestación), THR notifica notarialmente la Carta n.º 00166.2010, a través de la cual comunica al Ministerio que procede «a resolver el contrato de acuerdo a lo señalado en

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)
Catalina Dulanto Trujillo
Miguel Bernal Garayar

los artículos (sic) 40, 167, 168, 170 de la ley general de contrataciones y adquisiciones del estado (sic)».

Que en la Carta n.º 00166.2010 se hace referencia a la Carta n.º 00157.2010, indicándose que la resolución se produce dado que «los bienes a transportar y distribuir, aun (sic) no estaban preparados para su distribución (...). (...) por ello Uds. siguen incumpliendo con el contratos (sic) y con el plazo otorgado en nuestra carta notarial (...».

Que, como se puede apreciar, el THR cumplió con lo establecido en el citado artículo 169 del Reglamento, en donde se señala que si vencido el plazo de 5 días el incumplimiento continúa, la parte perjudicada resolverá el contrato en forma total o parcial, mediante carta notarial.

Que, dentro de tal orden de ideas, la resolución del contrato —en cuanto al procedimiento de forma seguido— ha sido correcta y no correspondería declarar ni su nulidad ni su ineficacia.

3.27. Que, en relación al fondo, corresponde que el Tribunal Arbitral analice si el Ministerio incumplió injustificadamente una obligación esencial establecida en las Bases o en el Contrato.

Que ninguna de las partes ha ofrecido como medio probatorio las Bases del proceso de selección, por lo que el análisis se centrará en las obligaciones establecidas en el Contrato.

3.28. Que en el Contrato no encontramos una cláusula referida estrictamente a las obligaciones de las partes. Sin embargo, la Cláusula Cuarta del Contrato establece lo siguiente:



23

en

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Catalina Dulanto Trujillo
Miguel Bernal Garayar

«CLÁUSULA CUARTA: PLAZO DE PRESTACIÓN DEL SERVICIO

EL CONTRATISTA se compromete a realizar la totalidad del servicio descrito en la Cláusula Primera, en quince (15) días calendario contados a partir del día siguiente de la suscripción del mismo, Guías de Remisión, PECOSAS y Actas de Entrega – Recepción correspondientes al material a ser transportado hacia el destino establecido por EL MINISTERIO de acuerdo a los Términos de Referencia».

Que, más allá de la mala redacción de la citada cláusula, se puede apreciar que para que THR pueda cumplir con su obligación de distribución de material educativo,⁵ se le debía entregar —aparte de las guías de remisión, de las Pecosas y de las Actas de Entrega – Recepción— el material a ser transportado.

Que, incluso, en la referida Cláusula Cuarta se señala que el material, a la fecha del Contrato, se encontraba en un almacén del Ministerio.

Que, en tal sentido, resulta evidente que constituye una de las obligaciones esenciales del Ministerio la entrega del material. Ello, en razón de que, sin dicha entrega, THR no podía cumplir con su obligación de distribuirlo a nivel nacional.

- 3.29. Que dicha obligación (la entrega del material) fue objeto de requerimiento a través de la Carta n.º 00157.2010, en donde expresamente se señala lo siguiente:

⁵ Ver Cláusulas Primera y Segunda del Contrato, en donde se señala que el servicio contratado consistía en la distribución de material educativo a nivel nacional.

Proceso Arbitral seguido por THR Servis Cargo Courier S.A.C. y el Ministerio de Educación – Unidad Ejecutora 026

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Catalina Dulanto Trujillo
Miguel Bernal Garayar

«(...) sin que hasta la actualidad EL MINISTERIO DE EDUCACIÓN haya cumplido con al (sic) entrega de los bienes a transportar según dicho contrato.

(...) debe tenerse en cuenta la demora y el incumplimiento de su parte en la entrega de los bienes señalados (...).

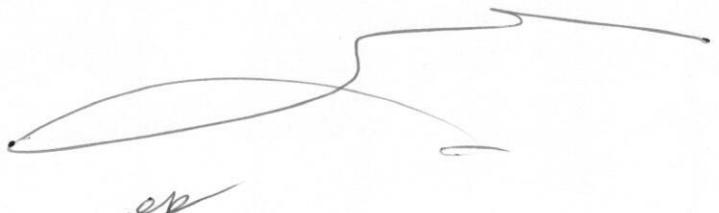
Ello causa un perficio (sic) a mi representada por el incumplimiento de su parte, por lo que le otorgamos un plazo perentorio de (5) cinco días calendarios de recibida la presente para que cumplan con entrega (sic) de bienes (sic) a transportar. (El subrayado es nuestro).

Que, asimismo, ante el incumplimiento por parte del Ministerio en la entrega del material que debía distribuir a nivel nacional THR, mediante Carta n.º 0016.2010, el contratista indica lo siguiente:

«(...) personal de nuestra empresa se presento (sic) en la fecha indicada 25/8/2010 4:00 p.m. y 26/8/2010 10:30 a.m. al almacén central de (sic) MINISTERIO DE EDUCACIÓN a recoger las PECOSAS y guías de remisión así como los bienes a transportar; y debe tener en cuenta que los bienes a transportar y distribuir, aun (sic) no estaban preparados para su distribución (...).

Que si bien es cierto tal como señalan en la carta de la referencia, las PECOSAS se encuentran listas y a nuestra disposición, para recepcionarlas (sic), los bienes a transportar, no lo estaban y por ello Uds. siguen incumpliendo con el contratos (sic) (...). (El subrayado es nuestro).

- 3.30. Que el Ministerio no ha acreditado que haya cumplido con la obligación de entregar el material; ni siquiera, de haberlo puesto a disposición de THR para que lo recoja y, de esta manera, pueda cumplir con la obligación de distribuirlo a nivel nacional.

A handwritten signature in black ink, appearing to read "exp", is located at the bottom of the page.

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Catalina Dulanto Trujillo
Miguel Bernal Garayar

Que, en efecto, mediante Oficio n.º 2352-2010-ME/SG-OGA-UA, el Ministerio únicamente pone a disposición de THR las PECOSAS correspondientes al material, pero no el material mismo.⁶

Que, asimismo, mediante Oficio n.º 2370-2010-ME/SG-OGA-UA, el Ministerio únicamente hace referencia al tema de las PECOSAS, indicando que con ello se cumpliría con el requerimiento efectuado por THR mediante Carta n.º 00157.2010.

- 3.31. Que el Ministerio tampoco ha acreditado que haya existido alguna causa que justifique dicho incumplimiento ni ha sostenido que dicha obligación no sea esencial.

Que, en tal sentido, ha quedado acreditado el incumplimiento injustificado por parte del Ministerio de una obligación esencial.

Que, en consecuencia, no corresponde amparar la primera pretensión principal del Ministerio, dado que tanto en forma como en fondo la resolución contractual efectuada por THR es válida y se ajusta a Derecho.

DETERMINAR A QUIÉN Y EN QUÉ PROPORCIÓN CORRESPONDE ASUMIR LOS GASTOS ARBITRALES IRROGADOS EN EL PRESENTE PROCESO

Posición del Ministerio

⁶ En el referido Oficio se señala lo siguiente: «(...) le comunicamos que, de acuerdo a las coordinaciones realizadas con el Área de Almacén de la Unidad a mi cargo, las PECOSAS correspondientes al material educativo a distribuir estarán a disposición de vuestra representada el día de mañana 25 de agosto de 2010, razón por la cual le solicito se sirva acercarse a las instalaciones del Almacén a fin de suscribir las Actas de Entrega – Recepción correspondientes».

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Catalina Dulanto Trujillo
Miguel Bernal Garayar

- 3.32. Que, de conformidad con lo establecido por el artículo 73 de la Ley de Arbitraje, corresponde que THR asuma el íntegro de los gastos arbitrales.

Posición de THR

- 3.33. Que la Entidad debe cancelar los gastos arbitrales que se hayan generado.

Posición del Tribunal Arbitral

- 3.34. Que, en cuanto a los costos del arbitraje, los artículos 70 y 73 del Decreto Legislativo n.º 1071 (en adelante, Ley de Arbitraje), disponen que el árbitro 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 árbitro podrá distribuir y prorrinar estos costos entre las partes, si estima que el prorrinar es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

Que, además de lo antes expuesto, los costos incluyen (i) los honorarios y gastos del tribunal arbitral; (ii) los honorarios y gastos del secretario; (iii) los gastos administrativos de la institución arbitral, (iv) los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral; (v) los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje; (vi) los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales».

- 3.35. Que, atendiendo a la inexistencia de pacto entre las partes y considerando el resultado o sentido de este laudo, pero, al mismo tiempo, que ambas partes tenían motivos suficientes y atendibles para litigar, en razón de la incertidumbre jurídica que existía entre ellas que —precisamente— motivó

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Catalina Dulanto Trujillo
Miguel Bernal Garayar

el presente arbitraje, habida cuenta de que debían defender sus pretensiones en vía arbitral; y que, además, el Tribunal Arbitral considera a efectos de regular el pago de tales conceptos el buen comportamiento procesal de las partes, se estima razonable que:

- (i) Cada una de las partes asuma los honorarios por concepto de defensa legal en los que hubiera incurrido o se hubiera comprometido a pagar; y
- (ii) El Ministerio asuma el íntegro de los honorarios de los árbitros y de la secretaría arbitral.

HONORARIOS Y GASTOS ARBITRALES

4. Que de acuerdo a lo señalado en los numerales 40 y 41 del Acta de Instalación del Tribunal Arbitral, de fecha 31 de marzo de 2011, se fijó como anticipo de honorarios de cada uno de los árbitros la suma neta de S/.4,000.00 y de la secretaría arbitral la suma neta de S/.2,500.00.

Que, en tal sentido, corresponde establecer como honorario total del Tribunal Arbitral la suma neta de S/.12,000.00 y de la Secretaría Arbitral la suma neta de S/.2,500.00.

DE LA PRUEBA ACTUADA Y DE LOS ARGUMENTOS EXPUESTOS

5. Que el Tribunal Arbitral deja constancia de que ha analizado todos los argumentos de defensa expuestos por las partes en torno a las pretensiones materia de este Laudo. Asimismo, el Colegiado deja constancia de que ha examinado las pruebas presentadas de acuerdo a las reglas de la sana crítica

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Catalina Dulanto Trujillo
Miguel Bernal Garayar

y al principio de libre valoración de la prueba, recogido en la Ley de Arbitraje. Finalmente, deja constancia de que el sentido de su decisión es el resultado de ese análisis y de su convicción sobre la controversia, al margen de que algunas de las pruebas presentadas o actuadas y algunos de los argumentos esgrimidos por las partes pudieran no haber sido expresamente citados en el presente laudo.

En consecuencia, y conforme al estado del proceso, el Tribunal Arbitral **LAUDA:**

PRIMERO: Declarar **INFUNDADA** la primera pretensión principal del Ministerio de Educación – Unidad Ejecutora 026.

SEGUNDO: Declarar **FUNDADA —en parte—** la segunda pretensión principal de Ministerio de Educación – Unidad Ejecutora 026 y, en consecuencia, se ordena:

- (i) Que cada una de las partes asuma los honorarios por concepto de defensa legal en los que hubiera incurrido o se hubiera comprometido a pagar; y
- (ii) Que el Ministerio de Educación – Unidad Ejecutora 026 asuma el íntegro de los honorarios de los árbitros y de la secretaría arbitral.

TERCERO: **FÍJESE** como honorarios arbitrales definitivos del presente arbitraje los señalados en el numeral 4 del presente laudo, conforme al artículo 70 de la Ley de Arbitraje.

Proceso Arbitral seguido por THR Servis Cargo Courier S.A.C. y el Ministerio de Educación – Unidad Ejecutora 026

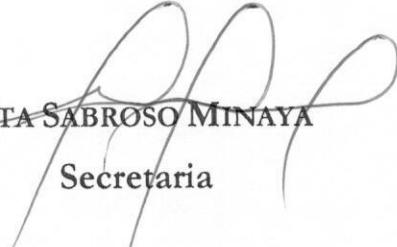
Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Catalina Dulanto Trujillo
Miguel Bernal Garayar

CUARTO: DISPÓNGASE que la Secretaría Arbitral remita una copia del presente Laudo al OSCE, conforme a lo dispuesto en el artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado.


MARIO CASTILLO FREYRE
Presidente del Tribunal Arbitral

MIGUEL BERNAL GARAYAR
Árbitro


CATALINA DULANTO TRUJILLO
Árbitro


RITA SABROSO MINAYA
Secretaria