

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

**Caso Arbitral: Consorcio IT Storage E.I.R.L. - IT Storage Corp Sucursal
Perú contra Ministerio de Educación - Unidad Ejecutora N° 026**

Contrato N° 001-2010-ME/SG-OGA-UA-APP

Lima, 18 de enero de 2013

DEMANDANTE:

Consorcio IT Storage E.I.R.L. - IT Storage Corp Sucursal Perú ("el Consorcio" o "el Demandante" o "el Contratista")

DEMANDADO:

Ministerio de Educación - Unidad Ejecutora N° 026 ("el Ministerio" o "el Demandado" o "la Entidad")

TRIBUNAL ARBITRAL:

WEYDEN GARCÍA ROJAS (Presidente del Tribunal Arbitral)

JUAN HUAMANÍ CHÁVEZ (Árbitro)

JAVIER ANDY LLANOS ORDÓÑEZ (Árbitro)

SECRETARIO AD HOC:

LUIS PUGLIANINI GUERRA

SEDE DEL ARBITRAJE E IDIOMA:

Calle Tinajones N° 181, oficina 504, distrito de Santiago de Surco, provincia y departamento de Lima.

El idioma aplicable es el castellano.

I. ANTECEDENTES:

La Instalación del Tribunal Arbitral:

Con fecha 7 de diciembre de 2010, se procedió a la Instalación del Tribunal Arbitral, diligencia en la cual se fijaron las reglas del arbitraje. El acta correspondiente fue debidamente notificada a ambas partes en la referida diligencia.

Al respecto, se deja constancia que ninguna de las partes ha impugnado o reclamado el contenido del Acta de Instalación, dando su conformidad al cumplir con las disposiciones contenidas en ésta.

En dicha audiencia, los miembros del Tribunal Arbitral declararon que han sido debidamente designados de conformidad con lo establecido en el convenio arbitral celebrado entre las partes, dejando constancia que no estaban sujetos a incompatibilidad alguna ni a hechos o circunstancias que les obligara a inhibirse, al no haber mantenido ni mantener relación con las partes y con sus respectivos abogados.

Asimismo, se estableció que las reglas aplicables al presente arbitraje serán las establecidas en el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral, y en su defecto, lo dispuesto por el Decreto Legislativo N° 1017, Ley de Contrataciones del Estado (en adelante, la Ley), así como su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF (en adelante, el Reglamento) y, supletoriamente, por la Ley de Arbitraje, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1071 (en adelante, la Ley de Arbitraje).

Por otro lado, cabe precisar que mediante escrito presentado el 31 de enero de 2011, el Ministerio recusó al doctor Juan Huamaní Chávez en su calidad de árbitro del proceso, por las razones que se indicó en dicho escrito. Sobre el particular, mediante Resolución N° 7 de fecha 7 de marzo de 2011, el Tribunal Arbitral en mayoría, sin el voto del árbitro recusado y de acuerdo a lo establecido en el numeral 25) del Acta de Instalación, declaró infundada la recusación interpuesta por el Ministerio; dicha decisión fue ratificada mediante Resolución N° 9 de fecha 29 de marzo de 2011.

II. EL PROCESO ARBITRAL:

LA DEMANDA

Mediante escrito de fecha 30 de diciembre de 2010, el Demandante presentó su demanda dentro del plazo otorgado en el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral, la cual fue admitida a trámite mediante Resolución N° 1 de fecha 6 de enero de 2011, disponiéndose el traslado del respectivo escrito al Ministerio para que en un plazo de quince (15) días hábiles, cumpla con contestarla.

El Consorcio formuló como pretensiones las siguientes:

Pretensiones Principales:

1. Solicitamos que se deje sin efecto legal la Carta Notarial N° 201-2010-ME/SG-OGA-UA de fecha 23 de agosto de 2010 y la Resolución de Secretaria General N° 1051-2010-ED, a través de la cual se resuelve el contrato N° 001-2010-ME/SG-OGA-UA-APP (en adelante, el Contrato) y como consecuencia, el Ministerio pague a favor del Consorcio el monto de S/. 535,800.00, por concepto de contraprestación de la venta de equipos de cómputo entregado en forma satisfactoria, intereses, costos y costas del proceso.
2. Se deje sin efecto legal el Oficio N° 1189-2010-ME/SG-OGA-UA de fecha 22 de abril de 2010, a través del cual el Ministerio de Educación nos deniega la ampliación de plazo solicitada por el Consorcio con fecha 08 de abril de 2010 y como consecuencia se considere como nuevo plazo de entrega el 21 de abril de 2010 y se deje sin efecto las penalidades que pudieran derivarse de este retraso.
3. Se ordene al Ministerio de Educación - Unidad Ejecutora N° 26 que devuelva la Carta Fianza N° 0011-0486-9800011869-89 emitida por el Banco Continental, que fue presentada a dicha Entidad por parte del Consorcio como Garantía de fiel cumplimiento, caso contrario se devuelva el mismo monto en efectivo, lo cual equivale a la suma de S/. 53,580.00, es decir, el 10% del monto contractual, más el pago de gastos administrativos por la renovación e intereses calculados hasta la fecha en que se haga

efectivo la devolución o el pago en efectivo, mas costos y costas del proceso arbitral.

Pretensión Subordinada:

Se ordene a Ministerio de Educación - Unidad Ejecutora N° 26 para que pague a favor del Consorcio la suma de S/. 535,800.00, por concepto de ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA, derivado de los bienes entregados por el Contratista en forma satisfactoria en favor de dicha Entidad, más el pago de intereses legales, costas, costos, daños y perjuicios.

Fundamentos de Hecho:

El Consorcio sustentó su demanda en los siguientes hechos:

- a) Que, con fecha 5 de enero de 2010, las partes suscribieron el Contrato N° 001-2010-ME/SG-OGA-UA-APP derivada de la Licitación Pública N° 0029-2009-ED/UE 026 para la "Adquisición de Equipos de Computo".
- b) Que, el 19 de marzo de 2010, el área de procesos públicos de la Entidad remitió un correo a su representada solicitando el desagregado de precios del CPU, monitor y teclado para el giro de las órdenes de compra, requerimiento que fue cumplido en la misma fecha.
- c) Que, el 29 de marzo de 2010, el Consorcio recibió vía fax la Orden de Compra N° 00094 para la entrega de 107 Unidades de Monitor, 107 teclados y 107 CPU, encontrándose pendiente que se gire una Orden de Compra por 34 unidades de cada uno de los bienes descritos líneas precedentes.
- d) Que, con fecha 30 de marzo de 2010, luego de que el Consorcio detectara un error en el tipo de las características indicadas en su propuesta técnica, las que no coincidían con la marca y modelo del estabilizador ofertado, solicitó a la Entidad mediante Carta IT300320101, considerar y autorizar como válido sólo la marca y modelo, teniendo en cuenta que ésta cumplía con las características solicitadas por la Institución en las Bases integradas; dicha solicitud se realizaba a fin de evitar controversias al momento del ingreso de los estabilizadores y de la revisión que realizaría el área responsable de emitir la conformidad de los bienes.

- e) Que, con fecha 6 de abril de 2010 y mediante las siguientes Guías de remisión, el Consorcio entregó los bienes solicitados en la Orden de Compra N° 00094 de acuerdo a los siguientes cuadros:

Cant.	Descripción	G/R N°	Plazo de entrega	Fecha de Entrega	Dentro del plazo
107	CPUs	001-00141	10 días	06/04/2010	SI
107	Mouse Óptico c/Scholl	001-00145	10 días	06/04/2010	SI
107	Teclado estándar en español	001-00146	10 días	06/04/2010	SI
107	Monitor LCD 19"	001-00147	10 días	06/04/2010	SI

Asimismo, el Consorcio indicó que hasta la fecha de entrega de los bienes detallados en el cuadro anterior, la Entidad no había remitido respuesta alguna respecto a lo solicitado en la Carta IT300320101.

- f) Que, con fecha 7 de abril de 2010, mi representada recibió la carta s/n de ELISE (fabricante de los estabilizadores ofertados en la propuesta del Consorcio), comunicándonos que debido al retraso en la dotación de los insumos utilizados para la fabricación del estabilizador FXE -1000, reprogramaron para el 13 de abril de 2010, la entrega de los estabilizadores inicialmente programados para el 8 de abril de 2010.
- g) Que, de acuerdo al inciso 2 del Art. 175° del Reglamento, procede la ampliación del plazo por atrasos o paralizaciones no imputables al contratista. El Contratista deberá solicitar la ampliación dentro de los siete (07) días hábiles de aprobado el adicional o de finalizado el hecho generador del atraso o paralización.
- h) Que, mediante Carta IT07.04.104 de fecha de recepción 8 de abril de 2010, el Consorcio solicitó a la Entidad una ampliación del plazo de entrega de los estabilizadores, la misma que fuera posteriormente reprogramada con Carta IT16042010 hasta el 21 de abril de 2010, como fecha final, debiendo precisarse que a referida carta se remite, debido a la nueva reprogramación realizada por el Fabricante Elise a través de Carta s/n de fecha 16 de abril del 2010, donde

nuevamente se solicita una ampliación de plazo hasta el 21 de abril de 2010, documento que nunca fue respondido por la Entidad.

- i) Que, con fecha 21 de abril de 2010, mediante la Guía de Remisión N° 001-000144, en cumplimiento de la reprogramación de entrega solicitada por el Consorcio en la carta IT16042010, se cumple con ingresar a los almacenes del Ministerio de Educación los 107 estabilizadores de marca Elise Mod.: FXE-1000; encontrándose hasta ese día en espera de la respuesta por parte de la Entidad a la Carta IT300320101.
- j) Que, con fecha 22 de abril de 2010, el Ministerio remitió al Consorcio el Oficio N° 1189-2010-ME/SG-OGA-UA, donde comunicó la denegatoria de la ampliación del plazo de entrega; según el informe técnico emitido mediante Memorandum N° 0602-2010/MED-SPE-OFIN por el área de informática, quien establece que la razón expuesta por el Consorcio no configura la causal prevista en el inciso 2 del Artículo 175° del Reglamento, considerando el retraso de la entrega como una circunstancia administrativa de índole privado.
- k) Que, mediante Carta IT30.04.101 de fecha 30 de abril de 2010, el Consorcio solicitó el inicio del procedimiento conciliatorio respecto a la ampliación del plazo de entrega.
- l) Que, con fecha 13 de mayo de 2010, el Consorcio envió a voluntad propia la Carta IT100520101, comunicando al Ministerio que procederá a reemplazar el FXE-1000 por el Estabilizador FES-10, por cuanto el entregado no cumplía con el porcentaje +/- 5% del código nacional de electricidad y que fuera solicitado en las bases integradas.
- m) Que, hasta esa fecha y habiendo transcurrido cuarenta y tres (43) días desde la recepción, el Ministerio no respondía a la solicitud hecha por el Consorcio en la Carta IT300320101.
- n) Que, mediante Carta IT190520101 de fecha 19 de mayo de 2010, el Consorcio solicitó la aprobación del reemplazo del estabilizador FXE-1000 por el FES-10. Hasta esa fecha y habiendo transcurrido cuarenta y nueve (49) días, la Entidad seguía sin responder a lo solicitado en la Carta IT300320101.

- o) Que, con fecha 20 de mayo de 2010, mediante Oficio N° 1446-2010-ME/SG-OGA-UA, el Ministerio devolvió la Carta IT100520101 del 13 de mayo de 2010, indicando que la propuesta deberá ser realizada por la representante del Consorcio conforme lo estipulado en el Art. 145° del Reglamento. Al respecto, el Consorcio señala que la Carta IT190520101 si se encontraba firmada por el representante legal del Consorcio.
- p) Que, mediante Carta Notarial N° 85-2010-ME/SG-OGA-UA recibida el 21 de mayo de 2010 y luego de haber transcurrido cincuenta y un (51) días, calculados desde la fecha de lo solicitado en la Carta IT300320101 y treinta (30) días desde la entrega de los estabilizadores FXE-1000, el Ministerio señaló que no es posible otorgar la conformidad técnica respecto a los estabilizadores de voltaje de la Orden de Compra N° 000094 que forman parte de los equipos de cómputo, por cuanto éstos no cumplían con las especificaciones técnicas solicitadas por la Entidad, otorgando para ello, un plazo de cinco (05) días calendarios para la entrega de los bienes conforme las especificaciones técnicas mínimas contenidas en el capítulo III de las Bases integradas de la LP N° 0029-2010-ED/UE 026.
- q) Que, con fecha 21 de mayo de 2010, se recibe vía fax las Órdenes de Compra N° 000208 y 000220, la primera por la cantidad de 31 unidades y la segunda por la cantidad de 03 unidades de: Monitores, Teclados y CPU, respectivamente.
- r) Que, con fecha 26 de mayo de 2010, mediante CARTA IT260520101, el Consorcio respondió la Carta Notarial N° 85-2010-ME/SG-OGA-UA emitida por el Ministerio, indicando que a pesar del tiempo transcurrido desde la entrega de los bienes se había cumplido mediante G/R N° 001-000144 del 21 de abril de 2010, con la entrega de los estabilizadores conforme a la marca y modelo ofertado en la propuesta técnica, la misma que fue oportunamente revisada en la etapa de la evaluación de propuestas por el área técnica y/o usuaria de la Entidad, y aún encontrándose a la espera - desde el 30 de marzo de 2010 - de una respuesta a la Carta IT300320101.
- s) Que, el Consorcio había procedido a reemplazar mediante G/R N° 001-00148 del 26 de mayo de 2010 los estabilizadores FXE-1000 por los FES-10. Asimismo, se solicitó por primera vez al Ministerio cumplir con el pago de las

contraprestaciones pactadas en el Contrato y derivados de la Orden de Compra N° 0094.

- t) Que, con fecha 26 de mayo del 2010, el Consorcio presentó la Factura N° 001-00152, correspondiente a la Orden de Compra N° 0094 por el importe de S/. 406,600.00 (Cuatrocientos Seis Mil Seiscientos y 00/100 Nuevos Soles), dando así por concluido el expediente de pago para dicha orden, encontrándose el Contratista solo a la espera del cumplimiento de las contraprestaciones pactadas por parte de la Entidad.
- u) Que, con fecha 31 de mayo de 2010, el Consorcio entregó los bienes de las Órdenes de Compra N° 0000208 y N° 0000220, recibidas vía fax el 21 de mayo del 2010, según el siguiente detalle:

1. Orden de Compra N° : 0000220

Cant.	Descripción	G/R N°	Plazo de entrega	Fecha de Entrega	Dentro del plazo
31	CPUs	001-00150	10 días	31/05/2010	SI
31	Mouse Óptico c/Scroll	001-00150	10 días	31/05/2010	SI
31	Estabilizadores FES-10	001-00150	10 días	31/05/2010	SI
31	Teclado estándar en español	001-00154	10 días	31/05/2010	SI
31	Monitor LCD 19"	001-00154	10 días	31/05/2010	SI

2. Orden de Compra N° : 0000208

Cant.	Descripción	G/R N°	Plazo de entrega	Fecha de Entrega	Dentro del plazo
03	CPU	001-00151	10 días	31/05/2010	SI
03	Mouse Óptico c/Scroll	001-00151	10 días	31/05/2010	SI
03	Estabilizadores FES-10	001-00151	10 días	31/05/2010	SI
03	Teclado estándar en español	001-00153	10 días	31/05/2010	SI

02	Monitor LCD 19" LE1901W	001-00153	10 días	31/05/2010	SI
01	Monitor LCD 20" LE2001W	001-00153	10 días	31/05/2010	SI

- v) Que, mediante Oficio N° 1653-2010-ME/SG-OGA-UA-APP de fecha 10 de junio de 2010, el Ministerio realiza las aclaraciones en repuesta a la Carta IT260520101.
- w) Que, mediante Carta IT140620101 de fecha 14 de junio de 2010, el Consorcio responde el citado Oficio reiterando por segunda vez el pedido de cumplimiento de las contraprestaciones.
- x) Que, con fecha 14 de junio de 2010, el Consorcio presentó al Ministerio la Factura N° 001-00163, correspondiente a la Orden de Compra N° 0000220 por el importe de S/. 117,800.00 y la Factura N° 001-00164 correspondiente a la Orden de Compra N° 0000208 por el importe de S/. 11,400.00. Cabe precisar que el Consorcio presenta estos recibos de pago luego de que transcurriesen catorce (14) días calendarios desde la entrega total de los bienes correspondientes de las Órdenes de Compra N° 0000208 y 000220.
- y) Que, mediante Carta IT160620101 de fecha 16 de junio de 2010 y con la finalidad de regularizar el ingreso del monitor de 20" Mod. L2001W de la Guía de Remisión N° 001-00153, el Consorcio solicitó a la Entidad la autorización para la modificación del tamaño de dicho monitor.
- z) Que, con fecha 17 de junio de 2010, el Consorcio presentó su Declaración Jurada de conformidad de recepción de la prestación, ello en aplicación de la conformidad ficta por silencio administrativo positivo, lo cual se configuraba para el caso de la Orden de Compra N° 00094, luego de haber transcurrido cincuenta y siete (57) días calendarios desde la culminación de la entrega total de los bienes correspondientes a dicha orden y considerando asimismo que habían transcurrido veintidós (22) días de realizado el cambio de los estabilizadores FES-10.
- aa) Que, mediante Carta IT170620101 de fecha 17 de junio de 2010, se solicita una conciliación ante un Centro Conciliatorio, respecto al incumplimiento de pago

por parte del Ministerio de la Factura N° 001-00152 por el importe de S/. 406,600.00 derivada de la Orden de Compra N° 00094.

- bb) Que, con fecha 21 de junio de 2010, mediante Oficio N° 1715-2010-ME/SG-OGA-UA, el Ministerio responde a la carta IT160620101, relacionado al cambio de tamaño del monitor, indicando que no es posible pronunciarse al respecto, por cuanto el pedido se encuentra realizado por uno de los consorciados más no así por la representante del Consorcio, hecho que fue subsanado con la Carta IT160620101 del 22 de junio del 2010, suscrita por la representante del Consorcio.
- cc) Que, con fecha 05 de julio de 2010, habiéndose iniciado la conciliación respecto al incumplimiento de pago de la Orden de Compra N° 0094, el Consorcio presentó ante la Oficina de Trámite documentario, la Adenda N° 1 del Contrato de Consorcio suscrito entre las empresas It Storage E.I.R.L. - It Storage Corp. Sucursal Perú, por el cual se amplía las facultades y poderes de su representante, la Sra. Patricia Magdalena Carrillo Román.
- dd) Que, con fecha 09 de julio del 2010, luego de haber transcurrido setenta y ocho (78) días desde que el Consorcio cumpliera con realizar la última entrega de los bienes correspondientes a la Orden de Compra N° 0094 y treinta y nueve (39) días desde la entrega total de los bienes correspondientes a las Órdenes de Compra N° 0000208 y N° 0000220, respectivamente; el Ministerio mediante Carta Notarial N° 110-2010-ME/SG-OGA-UA, solicita la subsanación de las observaciones derivadas de las especificaciones técnicas mínimas contenidas en el capítulo III de las bases integradas del proceso de selección y del Contrato N° 001-2010-ME/SG-OGA-UA-APP.
- ee) Que, con fecha 14 de julio del 2010, mediante Carta IT050720101 el Consorcio responde la Carta Notarial N° 110-2010-ME/SG-OGA-UA, solicitando lo siguiente:
- i. Que, considerando que la Orden de Compra N° 0094 se encuentra en proceso de conciliación, toda discrepancia al respecto se realice bajo esos mismos términos.
 - ii. Que, se sirva especificar a qué orden de compra corresponden las observaciones realizadas.

- iii. Que, a pesar de las coordinaciones realizadas con el área de informática del Ministerio de Educación y la predisposición de mi representada para realizar la verificación de los defectos o vicios ocultos manifestados por la Entidad, y poder así subsanar los mismos; hasta la fecha la verificación resulta no posible, por no contar con la autorización para el ingreso y acceso a los bienes.
 - iv. Que, la Entidad asigne a un personal responsable, con el cual sea posible realizar las tareas necesarias para el levantamiento de los defectos o vicios ocultos manifestados.
- ff) Que, con fecha 23 de agosto de 2010, el Ministerio mediante Carta Notarial N° 201-2010-ME/SG-OGA-UA, adjunta la Resolución de Secretaría General N° 1051-2010-ED de fecha 20 de agosto de 2010, mediante el cual resuelven el Contrato y disponen la ejecución de la Carta Fianza N° 0011-0486.9800011869-89, por el monto de S/. 53,580.00, emitida por el Banco Continental por concepto de garantía de fiel cumplimiento de contrato.
- gg) Que, la Resolución del Contrato no se adecuaba a la realidad de los hechos, ni a las normas de contratación pública vigentes, habiéndose dado conformidad a los bienes correspondientes a las Órdenes de Compra N° 0000094, N° 0000208 y N° 0000220, por aplicación de silencio administrativo positivo, según lo establecido en los Artículos que van del 176° al 181° del Reglamento.
- hh) Que, en relación a la Orden de Compra N° 0000094, el Ministerio incumplió lo siguiente:
- i. Lo dispuesto en el Art. 181° del Reglamento, porque sólo contaba con un plazo de diez (10) días calendarios para dar la conformidad de los bienes internados o haber observado de ser el caso, esto en razón de que, el Ministerio luego de cuarenta y cinco (45) días calendarios después de la entrega de los equipos de cómputo y treinta (30) días calendarios después de la entrega concerniente a los estabilizadores de voltaje, realiza en forma extemporánea las observaciones a los bienes internados.
 - ii. Incumplió lo dispuesto en el Art. 176° de la norma antes señalada, ya que luego de haber transcurrido los diez (10) días calendarios que

se establece como plazo máximo para dar la conformidad u observarlo de ser el caso, siendo responsabilidad del órgano encargado de dar la conformidad, por lo que el Consorcio es ajeno a estos hechos y de ninguna manera debe ser afectado por este hecho, porque por el transcurso del tiempo se configuró el silencio administrativo positivo por la totalidad de los bienes entregados mediante la Orden de Compra N° 0000094. Por lo que, el Ministerio debió considerar toda reclamación o controversia posterior a estos plazos, como defecto o vicio oculto derivados del contrato, y no como observaciones, como erróneamente ha procedido.

- iii. Incumplió lo dispuesto en el Art. 176 de la norma antes señalada, toda vez que del no cumplimiento de las especificaciones técnicas de los estabilizadores de voltaje, la única "observación" realizada por el Ministerio en su Carta Notarial N° 85-2010-ME/SG-OGA-UA respecto a la Orden Compra N° 0000094, y habiendo el Consorcio cumplido con reemplazar los 107 estabilizadores, mediante Guía de Remisión N° 001-00148 del 26 de mayo del 2010, por el modelo FES-10 (con rango +/- 5%), de acuerdo a lo solicitado en el Informe Técnico N° 0013-2010/ARH/WPG, el Ministerio tenía la obligación de emitir la conformidad técnica respecto a la observaciones realizadas, la misma que por el tiempo transcurrido, debió considerarse como defecto o vicio oculto.
- iv. Incumplió lo dispuesto en el Art. 177 de la norma antes señalada, toda vez que ya sea por conformidad, por silencio administrativo positivo, o por la subsanación de las observaciones, se configuró a favor del Consorcio el derecho de pago, encontrándose la Entidad en la obligación de ordenar el pago.
- v. Incumplió lo dispuesto en el Art. 181 de la norma antes señalada y de la Cláusula Quinta del Contrato, toda vez que el Ministerio, pese al plazo transcurrido, no cumplió con pagar las contraprestaciones pactadas en la oportunidad establecida en el Contrato, porque dicho pacto indica que éste debe realizar el pago del 100% del monto derivado de la orden de compra, luego de la emisión de la conformidad de los bienes y de haberse entregado la documentación

de pago correspondiente, en este caso se presentó la factura correspondiente, pero no fue pagado por la Entidad.

ii) Que, en relación a las Órdenes de Compra N° 00208 y N° 00220, el Ministerio incumplió las disposiciones de las siguientes normas jurídicas:

- i. Incumplió lo dispuesto en los Artículos 176° y 181° del Reglamento, porque sólo contaba con un plazo de Diez (10) días calendarios para dar la conformidad de los bienes o haber observado de ser el caso, pero luego de treinta y ocho (38) días calendarios después de la entrega de los equipos de cómputo realiza en forma extemporánea las observaciones a los bienes internados, por lo que se debe aplicar el silencio administrativo positivo.
- ii. Incumplió lo dispuesto en el Art. 177 de la norma antes señalada, toda vez que en ambos casos: ya sea por conformidad, por silencio administrativo positivo, o por la subsanación de las observaciones, se configuró el derecho de pago, encontrándose la Entidad en la obligación de ordenar el pago a favor del Consorcio.
- iii. Incumplió lo dispuesto en el Art. 181 de la norma antes señalada y de la Cláusula Quinta del Contrato, toda vez que el Ministerio pese al plazo transcurrido, no cumplió con pagar las contraprestaciones pactadas, porque dicho pacto indica que éste debe realizar el pago del 100% del monto derivado de la orden de compra, luego de la emisión de la conformidad de los bienes y de haberse entregado la documentación de pago correspondiente, para lo cual, en este caso, se presentó la factura correspondiente, pero no fue pagado por la Entidad.

jj) Que, existía una imposibilidad técnica y de hechos para levantar las observaciones que fueron formuladas, pues no se le indicó al Consorcio quién sería la persona encargada para verificar los equipos de cómputo ubicados en el almacén y así poder levantar las supuestas observaciones.

kk) Que, sin perjuicio de ello, el Consorcio solicitó al Ministerio de forma verbal y por escrito solucionar el presunto incumplimiento de las especificaciones

técnicas, teniendo en cuenta que como se señala en el Informe Técnico N° 0066-2010/ARH-RPH, emitido por el señor Raúl Pajuelo Huamán, las observaciones eran netamente técnicas y se requería la configuración de algunos programas por parte del Consorcio y en presencia del profesional del Ministerio de Educación.

II) Que, por ejemplo, en el punto cuatro (4) del Informe Técnico N° 0066-2010/ARH-RPH, se señala que: *"asimismo, en la propuesta técnica del proveedor precisa que la memoria RAM y Disco Duro instalados en todos los CPUs son marca HP. Por lo tanto, estos componentes de computo deben ser revisados físicamente, por ello el proveedor debe aperturar todos los CPUs y en coordinación con el personal técnico de la oficina de Informática verificar que los mismos sean de dicha marca"*.

mm) Que, en tal sentido, para levantar las observaciones era necesario que un profesional del Consorcio se apersona a la Entidad, y junto a otros profesionales procedan a verificar el cumplimiento de las especificaciones técnicas, porque sin ello, era imposible cumplir con este objetivo, pero el Ministerio no habría permitido al demandante el acceso al almacén ni habría nombrado al profesional de informática para realizar esta labor, por lo que no era posible levantar las observaciones.

nn) Que, en relación a la segunda pretensión, con fecha 7 de abril del 2010, el Consorcio recibió la Carta s/n de ELISE (fabricante de los estabilizadores ofertados en su propuesta), comunicándoles que debido al retraso en la dotación de los insumos utilizados para la fabricación del estabilizador FXA - 1000, reprogramaban para el 13 de abril de 2010, la entrega de los estabilizadores inicialmente programados para el 08 de abril del 2010.

oo) Que, en tal sentido, el numeral 2 del Art. 175° del Reglamento de Contrataciones del Estado establece que: "Procede la ampliación del plazo por atrasos o paralizaciones no imputables al contratista", debiéndose solicitar la ampliación dentro de los siete (7) días hábiles de aprobado el adicional o de finalizado el hecho generador del atraso o paralización.

pp) Que, en tal sentido, mediante Carta IT07.04.104 recibida por el Ministerio el ~~08~~ 08 de abril del 2010, el Consorcio solicitó la ampliación del plazo de entrega

de los estabilizadores, y luego mediante Carta IT16042010 volvió a solicitar una nueva ampliación hasta el 21 de abril del 2010, como fecha final debido a la nueva reprogramación por parte del proveedor del Consorcio. Esta última carta no fue contestada por el Ministerio.

- qq) Que, de mediante la GUIA DE REMISION N° 001-000144 fecha 21 de abril de 2010, el Consorcio ingresó a los almacenes del Ministerio los 107 estabilizadores de marca Elise Mod.: FXE-1000; encontrándose hasta ese día en espera de una respuesta por parte de la Entidad sobre la Carta IT300320101.
- rr) Que, mediante Oficio N°1189-2010-ME/SG-OGA-UA de fecha 22 de abril de 2010, el Ministerio comunicó al Consorcio la denegatoria de ampliación del plazo de entrega, debido a que mediante Memorandum N° 0602-2010/MED-SPE-OFIN el área de informática estableció que el pedido de ampliación no se sustenta en la causal establecida en el numeral 2 del Artículo 175° del Reglamento.
- ss) Que, mediante Carta N° IT30.04.101 de fecha 30 de abril de 2012, el Consorcio solicitó al Ministerio el inicio del procedimiento conciliatorio respecto a la ampliación del plazo de entrega.
- tt) Que, el retraso de la entrega no es una circunstancia administrativa de índole privado, pues el proveedor del Consorcio, tiene una relación indirecta en el Contrato, ya que los hechos y problemas justificados de éste, afectan directamente en la entrega de los equipos de cómputo a favor del Ministerio de Educación.
- uu) Que, no obstante ello, el Consorcio cumplió con entregar los equipos de cómputo dentro del plazo señalado en su solicitud de ampliación de plazo, por lo que solicitan que se deje sin efecto el Oficio N° 1189-2010-ME/SG-OGA-UA de fecha 22 de abril de 2010, mediante el cual se deniega la ampliación de plazo solicitado, y como consecuencia, se apruebe la ampliación de plazo, fijando como el nuevo plazo de entrega el 21 de abril de 2010, y se deje sin efecto cualquier penalidad por mora que se pretenda aplicar en este caso.

vv) Que, en relación a la tercera pretensión, debido a lo señalado precedentemente, la Carta Fianza de Garantía de Fiel cumplimiento N° 0011-0486-9800011869-89 emitida por el Banco Continental por el monto de S/. 53,580.00, debe ser pagado por el Ministerio a favor del Consorcio, más los respectivos intereses legales y gastos administrativos hasta la fecha efectiva de pago por su renovación.

ww) Que, en relación a las costas y costos, se debe tener en cuenta al causante de la no aprobación de la conformidad del ingreso de los equipos de cómputo entregados por el Consorcio.

xx) Que, en relación a la pretensión subordinada, se debe tener en cuenta que el objeto del contrato es la adquisición de equipos de cómputo por la suma de S/. 535,800.00. Estos bienes fueron entregados al Ministerio dentro de los plazos legales.

yy) Que, para cumplir con su obligación contractual, el Consorcio hizo uso de su patrimonio, el cual ha sido afectado, en tanto que el Ministerio de Educación ha sido beneficiado con el internamiento de los equipos de cómputo, pues a la fecha se ha negado a pagar por contraprestación del internamiento de estos bienes. En tal sentido, existe un enriquecimiento indebido a costa del patrimonio del Consorcio.

zz) Que, tanto la doctrina como la jurisprudencia internacional ha definido cuatro (4) requisitos para tipificar el enriquecimiento indebido: a) enriquecimiento y empobrecimiento correlativo, b) ausencia de interés personal del empobrecido, c) falta de causa y, d) ausencia de otra acción expresamente concedida por la ley, los cuales son aplicables al presente caso de acuerdo al siguiente detalle:

i. Enriquecimiento y empobrecimiento correlativos: El Ministerio se vio beneficiado con el internamiento de equipos de cómputo, disponiendo ahora de estos bienes, mientras que el Consorcio se ha empobrecido en la cantidad correspondiente al costo de los equipos.

ii. Ausencia de interés personal del empobrecido: Implica que el patrimonio materia del empobrecimiento no puede haber servido al

interés del reclamante. Al respecto, los equipos de cómputo internados en cumplimiento del Contrato Nº 001-2010-ME/SG-OGA-UA-APP, sólo tienen utilidad para la demandada, porque sólo puede ser útil para los servicios que es de su responsabilidad, en cambio, el Consorcio no tiene ningún interés en los objetivos que desea alcanzar con la compra de estos bienes, pues no existe forma alguna de obtener algún beneficio de su existencia. Por lo que, se ha cumplido con el segundo presupuesto.

iii. Falta de causa: este presupuesto debe entenderse como la fuente de la obligación. Esto significa que si la "causa" del enriquecimiento está pactado en un contrato no puede alegarse como una eventual indemnización, porque el lucro se ha producido previo acuerdo, en otras palabras, en una causa legítima. La causa del enriquecimiento sin causa del Ministerio no estaba prevista en el contrato suscrito con ella, porque la entrega de los bienes fueron pactados a título oneroso y no gratuito como pretende esta Entidad.

iv. Ausencia de otra acción expresamente concedida por la ley: Ya no es posible el pago por el internamiento de los bienes en cumplimiento estricto del contrato celebrado y las órdenes de compras girados oportunamente, por lo que existe una imposibilidad de ejercer una acción distinta para recuperar el patrimonio invertido en la entrega de los bienes que están en los almacenes de la Entidad, de modo que la única vía legal posible para lograr el pago de la deuda, es la figura jurídica del enriquecimiento indebido.

aaa) Que, cabe señalar que de conformidad con lo establecido en el artículo 181º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, la Entidad está en la obligación de dar la conformidad correspondiente a los diez días siguientes de culminado el internamiento de bienes y en los diez días siguientes a realizar el pago correspondiente. Hecho que no ha ocurrido en el presente contrato.

Fundamentos de Derecho:

El Consorcio sustentó su demanda en las siguientes normas:

- a) La Constitución Política del Perú.
- b) El Artículo 53.2 del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones del Estado.
- c) El Artículo 272° y siguiente del Reglamento del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones del Estado.
- d) El artículo II del Título Preliminar y los artículos: 1219°, 1220°, 1244°, 1245°, 1246°, 1318°, 1321°, 1351°, 1352°, 1361°, 1362°, 1363°, 1368° del Código Civil.
- e) El artículo II y XII del Título preliminar y los artículos 424°, 425°, del código Procesal civil.
- f) Demás normas que amparan nuestro derecho.

CUESTIONES PREVIAS

Mediante escrito presentado el 17 de enero de 2011, el Ministerio dedujo las siguientes excepciones y defensas previas contra la demanda interpuesta por su contraparte: (i) Oposición al arbitraje; (ii) Defensa Previa; (iii) Excepción de oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda; (iv) Excepción de falta de legitimidad para obrar del demandante; (v) Excepción de caducidad.

Sustento de la oposición al arbitraje y de la defensa previa

- a. Que, el Consorcio tiene falta de interés para obrar, al no haber respetado el trámite previo de conciliación extrajudicial, por lo que dicha omisión conlleva a que las pretensiones de la demanda no sean arbitrables y el posible laudo sea nulo, por cuanto el tribunal arbitral se habría pronunciado sobre algo inexistente.
- b. Asimismo, se debe observar que en la copia Certificada del Acta de Conciliación N° 232-2010 de fecha 23 de agosto de 2010, expedido por el Centro de Conciliación Consenso, se puede apreciar que el proceso de conciliación motivado por el Consorcio no guarda relación con las pretensiones de la demanda.

Excepción de oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda

- a. La demanda no ha sido interpuesta con claridad ni existe conexión lógica entre los hechos y el petitorio, al no sustentar las pretensiones en algún medio idóneo.
- b. Una muestra de ello es que la pretensión de enriquecimiento sin causa debe estar sujeta a que una o todas las demás pretensiones sean declaradas improcedentes o infundadas.

Excepción de falta de legitimidad para obrar del demandante

- a. En la Adenda del Contrato se designó como apoderada del Consorcio a la señora Patricia Magdalena Carrillo Román, otorgándole las facultades suficientes para conciliar; sin embargo, dicha Adenda tiene fecha de 17 de junio de 2010 y fue legalizada el 30 de junio de 2010, es decir con fecha posterior a la solicitud de conciliación, de fecha 17 de junio de 2010.
- b. En tal sentido, la solicitud de conciliación fue suscrita cuando la representante del Consorcio no tenía facultades, siendo que de acuerdo a lo establecido en el Artículo 145° del Reglamento, el Consorcio se formaliza mediante las legalizaciones de las firmas, no teniendo efectos legales todo acto que no cumpla con la formalización, por lo que se ha contravenido el principio de literalidad.

Excepción de Caducidad

- a. Que, en este punto, el Ministerio señala que se observa que el demandante, previamente a la interposición de la demanda arbitral optó por la vía de la conciliación extrajudicial, siendo en tal sentido que las pretensiones de la demanda no guardan relación con lo expresado en su solicitud de conciliación.
- b. Que, debido a ello, las pretensiones de la demanda ya caducaron, pues al haberse planteado pretensiones distintas a las generadas en su solicitud de conciliación no se verifica el interés para obrar del Consorcio, siendo que mediante Resolución de Secretaría General N° 1051-2010-ED de fecha 20 de agosto de 2010, el Ministerio resolvió el Contrato. Dicha Resolución fue notificada al Consorcio el 23 de agosto de 2010.

Al momento de contestar la demanda con fecha 01 de febrero de 2011, el Ministerio reiteró los cuestionamientos antes indicados, repitiendo los mismos argumentos.

ABSOLUCIÓN A LAS CUESTIONES PREVIAS

Mediante Resolución N° 3 de fecha 21 de enero de 2011, se tuvieron por deducidas la oposición, la defensa previa y las excepciones que fueron planteadas por el Ministerio de Educación - Unidad Ejecutora N° 026 mediante escrito de fecha 17 de enero de 2011, contra la demanda de fecha 30 de diciembre de 2010, corriéndose traslado de éstas al Consorcio para que, en un plazo de cinco (5) días hábiles, cumpla con absolverlas.

Mediante escrito presentado el 14 de febrero de 2012, el Consorcio absolvió el traslado conferido expresando lo siguiente:

Con relación a la excepción de oscuridad o ambigüedad planteada por la demandada.

- a. El Consorcio indica que el Ministerio señala que las tres (3) pretensiones principales y la pretensión subordinada debieron establecerse inicialmente en la etapa de conciliación extrajudicial, ante ello resulta confusa la demanda, por cuanto su contenido se aprecia que la misma no cumple con los requisitos mínimos para su admisibilidad.
- b. Al respecto, el Consorcio señala que la presente excepción subjetiva interpuesta por la demandada, carece de asidero legal ya que según la Cláusula Decimo Séptima del Contrato, se señala en forma expresa y literal que esta cláusula del contrato es facultativa, porque en el contrato se señala que se podrá solucionar mediante conciliación, y en ningún apartado del referido contrato, se señala que se tenía la obligación primero de ir por conciliación. Por lo que este tema era facultativo, por lo cual las pretensiones planteadas por el Consorcio en la conciliación pueden ser las mismas o pueden acumularse algunas pretensiones más o podían ampliarse y modificarse, ya que esto está permitido en la vía arbitral.

Con relación a la excepción de falta para legitimidad para obrar planteada por la demandada.

- a. Con relación a este punto, la Entidad señala que la solicitud de conciliación del Consorcio ingresada el 05 de julio de 2010 (Exp. 198-2010), la cual está suscrita por la señora Patricia Magdalena Carrillo Román, no tenía las facultades, y según ellos, presentó una acción (solicitud de conciliación) sin ostentar poderes específicos, ya que sus facultades no son literales, como es el caso de arrogarse la facultad de invitar a conciliar.
- b. Al respecto, el Consorcio precisa que esta interpretación por parte del Demandado carece de asidero fáctico y legal, ya que según la promesa de Consorcio, el Contrato de Consorcio y la Addenda del mismo, la señora Patricia Magdalena Carrillo Román cuenta con las facultades amplias y necesarias para ser la apoderada común del Consorcio, por ello, existe la prueba que la solicitud de conciliación fue debidamente recibida por el Centro de Conciliación, sin que existe una observación, por ello, se admitió a trámite, procedimiento que no fue cuestionado en su momento por la demandada. Asimismo, debemos aclarar que la señora Patricia Magdalena Carrillo Román cuenta con las facultades amplias y necesarias como apoderada común del consorcio para presentar la demanda arbitral. Por lo que, en este caso, no existe elementos suficientes para que se configure una falta de legitimidad para obrar.
- c. En efecto, para la presente vía arbitral, la representante legal del Consorcio cuenta con los poderes amplios y suficientes para ejercer la representación del Consorcio, ya sea en la vía de conciliación o en la vía arbitral. Si fuera verdad lo que señala la Entidad, entonces la propuesta técnica del Consorcio debió haber sido descalificado por el Comité Especial, por la causal de no haber nombrado un representante del Consorcio, pero la promesa formal de Consorcio, fue aceptado sin ninguna observación por parte del Comité Especial como por la Entidad demandada al momento de la suscripción del contrato.

Con relación a la excepción de caducidad planteada por la demandada.

- a. Con relación a este punto, el Demandado señaló que las pretensiones expuestas en la demanda del Consorcio, no guardan relación con lo expresado en la conciliación de fecha 17 de junio de 2010, porque según ellos, las pretensiones de la demanda arbitral son distintas a las generadas en nuestra solicitud de conciliación, verificándose que la Resolución de Secretaría General N° 1051-2010-ED de fecha 20 de agosto de 2010, por la cual, se resolvió el Contrato N° 001-2010-ME/SG-OGA-UA-APP del 05 de enero de 2010, fue notificada al Consorcio el 23 de agosto de 2010, porque el plazo límite de quince (15) días para ejercer el derecho de acción (presentación de la demanda) vencía el 14 de setiembre de 2010.
- b. Al respecto, el Consorcio señala que una vez tomó conocimiento de la Resolución de Secretaría General N° 1051-2010-ED de fecha 20 de agosto de 2010, por la cual, se pretende resolver el Contrato N° 001-2010-ME/SG-OGA-UA-APP de fecha 05 de enero de 2010, en aplicación de la cláusula de solución de controversias facultativa, con fecha 02 de setiembre de 2010 y EXP N° 241-10 (plazo que se encuentra dentro del plazo de 15 días hábiles después de notificado la resolución de contrato) recurrió ante el Centro de Conciliación CONCENSO a solicitar conciliación respecto a dicha controversia, quienes notificaron la invitación hasta en dos (2) oportunidades a la Entidad, siendo que en la primera sesión fijada para el 13 de setiembre de 2010, la Demandada no asistió a conciliar y, en la segunda sesión de fecha 22 de setiembre de 2010, por acuerdo unánime entre la Entidad y el Consorcio, se acordó suspenderla y continuarla el 30 de setiembre de 2010, fecha en la cual el Centro de Conciliación CONCENSO emite el Acta de Conciliación N° 266-2010 por lo que se da finalizada la audiencia de conciliación con falta de acuerdo, luego de este acto y dentro del plazo legal (15 días hábiles después del acta de conciliación sin acuerdo e inasistencia de una de las partes), el Consorcio con fecha 13 de octubre de 2010, presenta la solicitud de arbitraje vía notarial y luego se sigue los procedimientos de contestación de la solicitud de arbitraje por parte de la Entidad y se concluye la integración del Tribunal Arbitral con el nombramiento del Presidente del Tribunal Arbitral y se termina con la instalación del Tribunal arbitral en las instalaciones de la Dirección de Arbitraje Administrativo del OSCE, donde otorga al Consorcio un plazo para presentar su demanda, la misma que fue presentada en forma oportuna.

- c. En este orden de ideas, la solicitud de inicio de proceso arbitral por parte del Consorcio, fue realizada en forma oportuna y dentro de los plazos que señala el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. Pareciera que la Entidad pretende desconocer la solicitud de Conciliación de fecha 02 de setiembre de 2010 y su posterior emisión del acta de conciliación sin acuerdo, lo cual se hizo con fecha 30 de setiembre de 2010, y dentro del plazo de quince (15) días hábiles se presentó por vía notarial la solicitud de arbitraje, la cual fue recibida por la Entidad con fecha 13 de octubre de 2010, asimismo, esta solicitud fue contestada por la Entidad demandada e incluso en la respuesta, comunicaron la designación de su Árbitro de parte.
- d. Por los fundamentos expuestos, el Consorcio manifiesta que queda totalmente claro que en la solución de controversia derivado de la resolución del contrato por parte del Ministerio, se ha recurrido a las instancias señaladas en el Art. 52° de la Ley de Contrataciones del Estado, dentro del plazo que señala el Art. 170° del Reglamento de la Ley antes señalada. Por tal razón, no existe ninguna prueba que señale que el Consorcio haya presentado la solicitud y la demanda arbitral fuera de plazo.
- e. Sin perjuicio, de lo señalado en los párrafos precedentes, el plazo de caducidad que señala el Artículo 52° de la Ley de Contrataciones del Estado es contrario al plazo de caducidad señalado en el Art. 170° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, porque mientras la primera señala que el inicio de la solicitud del arbitraje es en cualquier momento anterior a la fecha de la culminación del contrato. Sin embargo, la culminación de los contratos de bienes y servicios contemplado en el Artículo 42° de la Ley de Contrataciones del Estado, termina con la conformidad de la última prestación pactada y el pago correspondiente, lo cual no ha sucedido en este contrato. Por ello, el Consorcio considera que en este proceso arbitral debe aplicarse los plazos que señala la Ley y no el Reglamento de la Ley, esto en aplicación de la jerarquía de ambas normas.
- f. Siendo esto así, la solicitud de arbitraje con las pretensiones correspondientes, presentado por el Consorcio, están dentro del plazo de inicio que señala el artículo 52° de la Ley de Contrataciones del Estado, por lo que, la excepción de caducidad presentada por la Entidad no tiene un asidero legal y deben ser declarada infundada o improcedente.

CONTESTACION A LA DEMANDA

Mediante escrito de fecha 1 de febrero de 2011, el Demandado presentó su contestación de demanda dentro del plazo otorgado en Resolución N° 1 de fecha 6 de enero de 2011, disponiéndose su admisión mediante Resolución N° 11 de fecha 30 de marzo de 2011.

Fundamentos de Hecho y Derecho:

El Demandado fundamento la contestación de la demanda en base a lo siguiente:

- a) Que, el 13 de enero de 2010, el Consorcio solicitó la rectificación de sus especificaciones técnicas del estabilizador, señalando que debido a un error tipográfico de ello, ofrecieron en su propuesta la marca y modelo de un estabilizador tipo sólido, como fue requerido, pero se incluyeron las características correspondientes a un estabilizador de tipo híbrido, error que según indicó el Consorcio, hacía imposible cumplir con ambas características.
- b) Que, con fecha 29 de marzo de 2010, se notificó al Consorcio la Orden de Compra N° 000094-2010 por 107 equipos de cómputo, hecho con el cual se inició el plazo de ejecución del contrato.
- c) Que, sin embargo, mediante Carta IT300320101 de fecha 30 de marzo de 2010 el Consorcio solicitó nuevamente la rectificación de las especificaciones técnicas del estabilizador de voltaje, por las causas ya señaladas.
- d) Que, con fecha 6 de abril de 2010, el Consorcio entregó los bienes objeto del Contrato al almacén del Ministerio, quedando pendiente la entrega de los estabilizadores de voltaje - componente de la computadora personal.
- e) Que, asimismo, con fechas 8 y 16 de abril de 2010, el Consorcio solicitó la postergación de la entrega de los estabilizadores aduciendo un atraso no imputable a dicho demandante.

- f) Que, el cambio de especificación técnica no debía ser aceptado pues no fue realizado durante el proceso de selección.
- g) Que, asimismo, mediante Oficio N° 11892010-ME/SG-OGA-UA de fecha 22 de abril de 2010 se comunicó al Contratista la denegatoria de la ampliación de plazo, debido a lo informado por el área de informática.
- h) Que, mediante Carta Notarial N° 085-2010-ME/SG-OGA-UA de fecha 21 de mayo de 2010, se comunicó al Consorcio la denegatoria de conformidad técnica a los estabilizadores de voltaje, dado que no cumplían con las especificaciones técnicas, por lo que se le requirió el cumplimiento de dichas especificaciones, bajo apercibimiento de resolver el Contrato.
- i) El 21 de mayo de 2010, se notificó al Consorcio las Órdenes de Compra N° 0000209-2010, por 3 equipos de cómputo (monito, teclado y CPU), por el valor de S/. 11,400.00; N° 00000220-2010, por 31 equipos de cómputo (monito, teclado y CPU), por el valor de S/. 117,800.00.
- j) Con fecha 26 de mayo de 2010, el Consorcio efectuó una nueva entrega de los estabilizadores de voltaje correspondiente a la Orden de Compra N° 000094-2010.
- k) Con fecha 31 de mayo de 2010, ingresaron a las instalaciones del almacén del Ministerio, los equipos requeridos con las Órdenes de Compra N° 0000209-2010 y 00000220-2010, quedando pendiente la entrega de sólo un monitor correspondiente a la Orden de Compra N° 0000209.
- l) Mediante informe técnico N° 265-2010/OFIN-AIT-ST de fecha 31 de mayo de 2010, la Oficina Informática concluyó que los estabilizadores propuestos por el Contratista en su Carta IT190580101 si cumplían las especificaciones requeridas.
- m) Mediante Carta IT050720101 de fecha 14 de julio de 2010, el Consorcio indicó que no pudo realizar subsanación de las observaciones debido a que no se le permitió el ingreso a las instalaciones del almacén, lo cual manifiesta el Ministerio es falso y, en todo caso, no se ha aportado prueba en ese sentido.

- n) Mediante Memorandum N° 1222-2010/MED-SPE-OFIN de fecha 26 de julio de 2010, el Jefe de la Oficina Informática adjuntó los informes técnicos concluyendo que el Consorcio no ha cumplido con las especificaciones técnicas, por lo que no se otorgó la conformidad técnica.
- o) Con fecha 9 de agosto de 2010, el Jefe de la Oficina informática reitera que el Consorcio no había cumplido a dicha fecha con subsanar las observaciones referidas; en tal sentido, habiendo vencido los plazos del requerimiento otorgado al Consorcio, se procedió a expedir la Resolución de Secretaría General N° 1051-2010-ED, por la cual se resuelve el Contrato por incumplimiento de obligaciones esenciales del Consorcio.

AUDIENCIA DE DETERMINACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS Y ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS

Mediante Resolución N° 14 de fecha 30 de marzo de 2011, se citó a las partes a Audiencia de Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios, para el día jueves 14 de abril de 2011 a horas 10:00 a.m. en la sede del Tribunal Arbitral.

Con fecha 14 de abril de 2011, se llevó a cabo la referida Audiencia, la cual contó con la asistencia del representante del Consorcio e inasistencia del representante del Ministerio, sin perjuicio de que la Entidad fue debidamente citada y, asimismo, posteriormente se le notificó el acta respectiva, desarrollándose la audiencia en el siguiente orden:

Conciliación

En vista que no se encontraron presentes ambas partes, el Tribunal Arbitral no pudo proceder la conciliación; no obstante, se dejó abierta la posibilidad de que las partes logren entablar un acuerdo conciliatorio en cualquier etapa del arbitraje.

Fijación de los Puntos Controvertidos

El Tribunal Arbitral, con las facultades contenidas en el numeral 18) de las reglas del procedimiento que forman parte del Acta de Instalación, procedió a fijar los puntos controvertidos.

El Tribunal dejó claramente establecido que se reservó el derecho a analizar los puntos controvertidos, no necesariamente en el orden en el que están señalados en la presente acta, y que si al pronunciarse sobre algún punto controvertido determina que carece de objeto pronunciarse sobre otros puntos controvertidos con los que guarde vinculación, podrá omitir pronunciarse respecto de ellos expresando las razones de dicha omisión.

Asimismo, quedó establecido que las premisas previas a cada una de las preguntas establecidas como puntos controvertidos son meramente referenciales, dirigidas a una lectura más simple y ágil de los puntos controvertidos y que por ello el Tribunal podrá omitir, ajustar o interpretar dichas premisas a la luz de las respuestas dadas a otros puntos, sin que el orden empleado o el ajuste, omisión o interpretación genere nulidad de ningún tipo.

Cuestiones Previas:

Acto seguido, el Tribunal Arbitral señaló las siguientes cuestiones previas que se encuentran pendientes de resolver, respecto de las cuales este colegiado deberá realizar un análisis previo al estudio de las cuestiones de fondo, lo cual podrá ser resuelto incluso al momento de laudar:

1. Determinar si corresponde declarar fundada o no la oposición al arbitraje por una alegada falta de interés para obrar del demandante formulada por el Ministerio mediante escrito de fecha 17 de enero de 2011, en los términos indicado en dicho escrito.
2. Determinar si corresponde declarar fundada o no la defensa previa formulada por el Ministerio mediante escrito de fecha 17 de enero de 2011, en los términos indicado en dicho escrito.
3. Determinar si corresponde declarar fundada o no la excepción de oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda formulada por el

Ministerio mediante escrito de fecha 17 de enero de 2011, en los términos indicado en dicho escrito.

4. Determinar si corresponde declarar fundada o no la excepción de falta de legitimidad para obrar del demandante formulada por el Ministerio mediante escrito de fecha 17 de enero de 2011, en los términos indicado en dicho escrito.
5. Determinar si corresponde declarar fundada o no la excepción de caducidad formulada por el Ministerio mediante escrito de fecha 17 de enero de 2011, en los términos indicado en dicho escrito.

Cuestiones de fondo:

Posteriormente, el Tribunal Arbitral fijó los siguientes puntos controvertidos relacionados a las cuestiones de fondo en función a las pretensiones planteadas en el presente arbitraje:

1. Determinar si corresponde declarar o no la ineficacia legal del Oficio N° 1189-2010-ME/SG-OGA-UA, a través del cual el Ministerio denegó al Consorcio la ampliación de plazo solicitada por el contratista el 8 de abril de 2010.
2. Atendiendo a lo que se establezca en relación al punto 1) precedente, determinar si corresponde declarar o no la aprobación de la referida ampliación de plazo solicitada por el Consorcio y, de ser el caso, establecer cuál sería el nuevo plazo de entrega de los equipos.
3. Atendiendo a lo que se establezca en relación a los puntos 1) y 2) precedentes, determinar si existió o no retraso del Consorcio en la entrega de los equipos.
4. Atendiendo a lo que se establezca en relación al punto 3) precedente, determinar si corresponde declarar o no, la ineficacia legal de las penalidades que se pudieran haber impuesto al Consorcio por un supuesto retraso.

5. Determinar si corresponde declarar o no, la ineficacia legal de la Carta Notarial N° 201-2010-ME/SG-OGA-UA, así como de la Resolución de Secretaría General N° 1051-2010-ED, a través de las cuales el Ministerio resolvió el contrato materia de litis.
6. Atendiendo a lo que se establezca en relación al punto 4) precedente, determinar si corresponde ordenar o no que el Ministerio pague a favor del Consorcio el monto ascendente a S/. 535,800.00, por concepto de contraprestación de la venta de los equipos de cómputo que fueron entregados al Ministerio (en adelante, los equipos).
7. Atendiendo a lo que se establezca en relación al punto 6) precedente, determinar si corresponde o no ordenar que el Ministerio pague a favor del Consorcio los intereses correspondientes y, de ser el caso, determinar desde qué fecha se debería pagar por tal concepto hasta la fecha efectiva de pago.
8. En caso se de una respuesta negativa al punto 6) precedente, determinar si corresponde ordenar o no que el Ministerio pague a favor del Consorcio el monto ascendente a S/. 535,800.00, por concepto de enriquecimiento sin causa.
9. Atendiendo a lo que se establezca en relación al punto 8) precedente, determinar si corresponde o no ordenar que el Ministerio pague a favor del Consorcio los intereses correspondientes y, de ser el caso, determinar desde qué fecha se debería pagar por tal concepto hasta la fecha efectiva de pago.
10. Determinar si corresponde ordenar o no que el Ministerio devuelva al Consorcio su Carta Fianza N° 0011-0486-9800011869-89 emitida por el Banco Continental (Garantía de Fiel Cumplimiento).
11. Atendiendo a lo que se establezca en relación al punto 10) precedente, determinar si corresponde o no ordenar que el Ministerio pague a favor del Consorcio los gastos administrativos por la renovación de la Carta Fianza N° 0011-0486-9800011869-89.

12. En caso se haya ejecutada la carta fianza señalada en el punto 10) precedente, determinar si corresponde ordenar o no que el Ministerio devuelva al Consorcio la suma ascendente a S/. 53,580.00, monto efectivo que garantizaba dicha carta fianza (equivalente al 10% del monto contractual).
13. Atendiendo a lo que se establezca en relación al punto 12) precedente, determinar si corresponde o no ordenar que el Ministerio pague a favor del Consorcio los intereses correspondientes y, de ser el caso, determinar desde qué fecha se debería pagar por tal concepto hasta la fecha efectiva de pago.
14. Determinar a quién corresponde el pago de los costos, costas y gastos arbitrales que genere el presente proceso arbitral.

Admisión de Medios Probatorios

Acto seguido, el Tribunal Arbitral procedió a la admisión de los medios probatorios ofrecidos por las partes, de la siguiente manera:

De la parte demandante:

Se admitieron los medios probatorios ofrecidos por el Consorcio en su escrito de demanda presentado el 30 de diciembre de 2010, detallados en el acápite "V. MEDIOS PROBATORIOS" de dicho escrito e identificados con los numerales que van del 1) al 35).

Asimismo, se admitieron en calidad de medios probatorios los documentos presentados por el Consorcio conjuntamente con su escrito N° 2 presentado el 14 de febrero de 2011, detallados en el acápite "MEDIOS PROBATORIOS" de dicho escrito e identificados con los numerales que van del 1) al 3).

De la parte demandada:

Se admitieron en calidad de medios probatorios los documentos presentados por el Ministerio conjuntamente con su escrito N° 2 presentado el 17 de enero de 2011.

Asimismo, en relación a los medios probatorios ofrecidos por el Ministerio en su escrito de contestación de demanda presentado el 1 de febrero de 2011, señalados en el acápite "VI.- MEDIOS PROBATORIOS DE LA CONTESTACIÓN" de dicho escrito y el Tribunal Arbitral emita los siguientes pronunciamientos:

- I. Se admitieron los documentos ofrecidos en los numerales que van del 1) al 4).
- II. Se admitió el peritaje (respecto de los equipos) ofrecido en el numeral 5); sin embargo, el Tribunal Arbitral decidió reservarse para un momento posterior la determinación de la oportunidad y reglas para la actuación de tal prueba.
- III. Se admitió la inspección ocular al lugar en el que se ubican los equipos, la misma que fue ofrecida en el numeral 6); sin embargo, el Tribunal Arbitral decidió reservarse para un momento posterior la determinación de la oportunidad y reglas para la actuación de tal prueba.
- IV. Se admitió la exhibición del expediente administrativo (licitación y contratación) ofrecida en el numeral 7).

En relación a punto IV. precedente, el Tribunal Arbitral otorgó al Ministerio un plazo de diez (10) días hábiles, computado a partir del día siguiente de notificado con la presente acta, para que cumpla con presentar el expediente administrativo; bajo apercibimiento de que, en caso de incumplimiento, se prescinda de dicha prueba.

Pruebas de Oficio:

Adicionalmente, el Tribunal Arbitral se reservó el derecho de disponer oportunamente la actuación de oficio de cualquier otro medio probatorio que considere conveniente; asimismo, se reservó la posibilidad de prescindir de las pruebas no actuadas en caso que, el Tribunal Arbitral las considere prescindibles o innecesarias. Dichas facultades se encuentran previstas al amparo de lo establecido en el artículo 43° del Decreto Legislativo N° 1071.

ETAPA DE ACTUACIÓN DE PRUEBAS

Exhibición

Frente al pedido de precisión de las piezas o documentos que se están requiriendo realizado por el Ministerio mediante escrito del 26 de abril de 2011, el Tribunal Arbitral mediante Resolución N° 16 de fecha 6 de mayo de 2011 precisó que esta exhibición fue ofrecida por el Ministerio y que no había nada que precisar, por lo que se le otorgó a dicha Entidad un plazo de diez (10) días hábiles para que presente todo el expediente administrativo (contrataciones y licitación).

Mediante escrito presentado el 25 de mayo de 2011, el Ministerio presentó copia de documentos, con la finalidad de dar cumplimiento al requerimiento efectuado. Mediante Resolución N° 20 de fecha 9 de junio de 2011, se corrió traslado de dicha documentación al Consorcio.

En ese sentido, mediante Resolución N° 22 de fecha 6 de julio de 2011, se tuvo por cumplida la exhibición requerida al Ministerio, admitiéndose en calidad de medio probatorio los documentos presentados el 25 de mayo de 2011.

Pericia e Inspección Ocular

Mediante Resolución N° 18 de fecha 13 de mayo de 2011, el Tribunal Arbitral hizo suya la pericia e inspección ocular ofrecidas por el Ministerio, disponiéndose que dichas pruebas se lleven a cabo de acuerdo a las reglas establecidas en la citada resolución.

El objeto de la pericia decretada fue que el perito determine lo siguiente: (i) Si existe alguna diferencia técnica entre los requerimientos contenidos en las Órdenes de Compra N° 0000094, 0000208 y 0000220 y las especificaciones técnicas contenidas en las Bases Integradas de la Licitación Pública N° 0029-2009-ED/UE 026 y en la propuesta técnica ganadora presentada por el Contratista; y (ii) Si los bienes entregados por el Consorcio IT Storage E.I.R.L. - IT Storage Corp Sucursal Perú con la finalidad de cumplir con las Órdenes de Compra N° 0000094, 0000208 y 0000220 remitidas por el Ministerio de Educación - Unidad Ejecutora N° 026 cumplen con las especificaciones técnicas contenidas en las Bases Integradas de la

Licitación Pública N° 0029-2009-ED/UE 026 y en la propuesta técnica ganadora presentada por el Contratista

Por su parte, la inspección ocular consistía en apersonarse en el lugar (almacén) en el cual se ubican los bienes presentados por el Consorcio IT Storage E.I.R.L. - IT Storage Corp Sucursal Perú con la finalidad de cumplir con las Órdenes de Compra N° 0000094, 0000208 y 0000220, diligencia respecto de la cual podían participar las partes, el Tribunal Arbitral o uno de los árbitros que en su momento de determine, así como demás personal que resulte necesario.

Mediante Resolución N° 21 de fecha 9 de junio de 2011, y de acuerdo al procedimiento establecido en la Resolución N° 18, se designó al ingeniero Javier Fernando Pantoja Chávez.

Mediante Resolución N° 34 de fecha 20 de marzo de 2012, se dispuso entre otras cosas lo siguiente: (a) lo relevante no es el número del documento, sino el contenido del mismo, motivo por el cual, al no existir ninguna diferencia entre las partes sobre este particular, el perito deberá tener en cuenta el contenido de la orden de compra que ambas partes han presentado y que coinciden en su contenido, debiéndose tener presente que, en adelante, el Tribunal Arbitral seguirá haciendo referencia a la Orden de Compra N° 0000208, toda vez que así lo ha venido indicando en sus diferentes resoluciones; y (b) el perito al momento de cumplir con su labor deberá cumplir con el objeto de la pericia teniendo en cuenta lo antes indicado; en otras palabras, precisese que el objeto de la pericia será que el perito determine lo siguiente: (i) Atendiendo a las Órdenes de Compra N° 0000094, 0000208 y 0000220, determinar si se levantaron las observaciones contenidas en el Informe Técnico N° 304-2010/OFIN-AIT-ST, el cual se remite al Informe Técnico N° 066-2010/ARH-RPH; y (ii) Determinar si las observaciones contenidas en el Informe Técnico N° 304-2010/OFIN-AIT-ST, el cual se remite al Informe Técnico N° 066-2010/ARH-RPH, han sido realizadas conforme a lo establecido en las especificaciones técnicas contenidas en las Bases Integradas de la Licitación Pública N° 0029-2009-ED/UE 026 y en la propuesta técnica ganadora presentada por el Contratista (la cuales forman parte integrante del contrato materia de litis).

Mediante escrito presentado el 4 de abril de 2012, el Ministerio informa que los equipos objeto del Contrato forman parte del material siniestrado en el incendio de

gran magnitud que aconteció en su almacén el 8 de marzo de 2012, hecho que es de público conocimiento; en tal sentido, mediante Resolución N° 35 de fecha 9 de abril de 2012, se indicó a las partes que no se realizará la inspección ocular decretada mediante la Resolución N° 18, atendiendo a lo indicado por el Ministerio y, asimismo se dispuso que el perito prosiga con el trámite de la pericia, teniendo en cuenta las precisiones realizadas al objeto de la pericia mediante la Resolución N° 34, en base al análisis de los documentos que obran en el expediente, debiendo indicar si necesita alguna información y/o documentación adicional o, en caso no necesite ello, iniciar con la elaboración de su dictamen.

Mediante comunicación presentada el 22 de mayo de 2012, el Perito presentó su dictamen pericial, el mismo que fue puesto a conocimiento de las partes mediante la Resolución N° 38 de fecha 28 de mayo de 2012.

Mediante escritos presentados los días 12 de junio de 2012, 2 y 3 de julio de 2012, el Consorcio y el Ministerio formularon observaciones al dictamen pericial, lo cuales fueron absueltos por el perito mediante comunicación del 23 de julio de 2012.

Mediante Resolución N° 41 de fecha 30 de julio de 2012, se citó a las partes y al perito a la Audiencia de Sustentación de Pericia para el jueves 9 de agosto de 2012; en dicha fecha se apersonaron ambas partes y el perito, con lo cual concluyó el trámite de la pericia.

ALEGATOS

En el Acta de la Audiencia de Sustentación de Pericia de fecha 9 de agosto de 2012, se otorgó a ambas partes un plazo de cinco (5) días hábiles para la presentación de sus alegatos escritos, los cuales fueron presentados por ambas partes los días 15 y 16 de agosto de 2012.

En tal sentido, mediante Resolución N° 42 de fecha 24 de agosto de 2012, se tuvieron presentes los escritos de alegaciones y conclusiones finales presentados y se citó a las partes a la Audiencia de Informes Orales, programada para el lunes 10 de setiembre 2012 a las 12:00 m. en la sede del arbitraje. Sin embargo, mediante Resolución N° 43 de fecha 10 de setiembre de 2012, se reprogramó la referida diligencia para el lunes 17 de setiembre a horas 10:00 a.m., fecha en la que se llevó a cabo la diligencia.

CIERRE DE LA INSTRUCCIÓN Y PLAZO PARA LAUDAR

Mediante Resolución N° 47 de fecha 17 de octubre de 2012, se declaró el cierre de la instrucción y se fijó el plazo para la emisión del correspondiente laudo arbitral en treinta (30) días hábiles, reservándose el Tribunal Arbitral la facultad de prorrogar dicho plazo, de así estimarlo conveniente.

El referido plazo fue prorrogado por treinta (30) días hábiles adicionales, mediante Resolución N° 49 de fecha 27 de noviembre de 2012.

II. CONSIDERANDO

II.1. CUESTIONES PRELIMINARES:

Antes de considerar la materia controvertida, corresponde expresar lo siguiente:

1. Este Tribunal Arbitral se constituyó de conformidad con lo establecido en el convenio arbitral suscrito entre las partes, así como al amparo de la normativa vigente.
2. La designación y aceptación de los miembros del Tribunal Arbitral se ajustó a las exigencias previstas en la ley de la materia.
3. Ni el Demandante ni el Demandado reclamaron contra las disposiciones del procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación de este Tribunal Arbitral.
4. Ambas partes tuvieron plena libertad para ofrecer y actuar todos los medios probatorios que consideraran pertinentes, así como para expresar sus posiciones de hechos y de defensa sin limitación alguna, habiendo tenido ambas igual oportunidad para presentar sus alegaciones y conclusiones por escrito, así como para que realicen sus respectivos informes orales.
5. En tal sentido, este colegiado dentro del plazo establecido de común acuerdo por ambas partes, procede a emitir el correspondiente laudo arbitral dentro del plazo establecido en el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral.

6. Sobre dicho particular, el Tribunal Arbitral considera que los medios probatorios deben tener por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza respecto de 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 han sido valorados de manera conjunta, utilizando una apreciación razonada. En tal sentido, si no se probó los fundamentos de la reconvencción, deberá ser declarada infundada, de conformidad con la Ley de Arbitraje que confiere a los árbitros la facultad de determinar, de manera exclusiva, la admisibilidad, pertinencia y valor de las pruebas siempre que la valorización se realice de manera conjunta y utilice su apreciación razonada.
7. El Tribunal Arbitral deja constancia que en el estudio, análisis y deliberación se ha tenido en cuenta todos los argumentos y las alegaciones de las partes respecto a la demanda y contestación de demanda formulada, así como todos los respectivos medios probatorios aportados a dichos actos postulatorios, haciendo un análisis y una valorización de conjunto, de manera que la no referencia a un argumento o una prueba no supone que no lo haya tomado en cuenta para su decisión.

II.2. ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

II.2.1 Cuestiones Previas:

II.2.1.1 Determinar si corresponde declarar fundada o no la oposición al arbitraje por una alegada falta de interés para obrar del demandante formulada por el Ministerio mediante escrito de fecha 17 de enero de 2011, en los términos indicados en dicho escrito.

Este Tribunal Arbitral establece que antes de emitir un pronunciamiento respecto al presente incidente, debe verificarse si la oposición planteada por la Entidad ha sido interpuesta dentro del plazo establecido en el numeral 16) del Acta de Instalación de fecha 7 de diciembre de 2012, la misma que establece que: "Las partes podrán deducir excepciones, defensas previas, cuestiones previas, oposiciones y/o

objeciones al arbitraje, en un plazo de cinco (5) días hábiles, contado a partir del día siguiente en que se les notifique con la demanda o con la reconvención¹ (...)".

Así, del cargo de notificación que obra en autos, se advierte que la demanda ha sido notificada a la Entidad con fecha 11 de enero de 2011; de esta manera, siendo la fecha máxima para interponer oposición al arbitraje el 18 de enero de 2011.

Por tanto, habiéndose presentado la presente oposición mediante escrito de fecha 17 de enero de 2011, este Colegiado establece que la misma ha sido planteada dentro del plazo establecido en el numeral 16) del Acta de Instalación, procediendo a emitir un pronunciamiento respecto al fondo de dicha oposición al arbitraje.

Así, con fecha 02 de setiembre de 2010, la Demandante acude al Centro de Conciliación Extrajudicial "Consenso", para así tratar llegar a un acuerdo con la Demandada respecto "a la pretensión por parte del Ministerio de Educación de la resolución del Contrato N° 001-2010-ME/SG-OGA-UA-APP".

Así pues, con fecha 30 de setiembre de 2010, las partes acuden al Centro de Conciliación, conforme consta del Acta de Conciliación N° 266-2010, en la cual se señala expresamente que: "Habiéndose llevado a cabo la audiencia de conciliación e incentivado a las partes a buscar soluciones satisfactorias para ambas, lamentablemente no llegaron a adoptar acuerdo alguno (...)"

Asimismo, se advierte que en dicha Conciliación de fecha 30 de setiembre de 2010, únicamente se trató respecto a la controversia señalada por la demandante en el escrito de solicitud de Conciliación de fecha 02 de setiembre de 2010, no llegándose acuerdo alguno sobre dicha pretensión.

De la misma manera, en la Cláusula Décimo Séptima del Contrato N° 001-2010-ME/SG-OGA-UA-APP se señala que: "Por la presente cláusula se establece que cualquier controversia sobre la ejecución o interpretación de este Contrato podrá solucionarse por Conciliación. (...) Si la conciliación soluciona la controversia en forma total el Acta que contiene el acuerdo, es título de ejecución para todos los efectos. Si concluye con un acuerdo parcial o sin acuerdo, las partes deben someterse obligatoriamente a un arbitraje para que se pronuncie definitivamente

¹ El subrayado es nuestro.

sobre las diferencias no resueltas dentro del plazo de los quince (15) días hábiles siguientes de la suscripción del acta de no acuerdo total o parcial²".

De lo señalado en la mencionada cláusula se advierte que cualquier controversia derivada del Contrato "**podrá**" verse a través de Conciliación, resultando dicha vía facultativa para las partes; no siendo éste requisito previo o vinculante para dar inicio al procedimiento arbitral, pues el inicio de dicho procedimiento puede realizarse sin que se celebre previamente conciliación alguna.

Es importante recordar que, el Ministerio sustenta su oposición al arbitraje en el hecho de que las pretensiones contenidas en la demanda arbitral de fecha 30 de diciembre de 2010, planteada por el Consorcio, no han sido sometidas a conciliación, no existiendo acta o actas que respalden la gestión conciliatoria de dichas pretensiones, por cuanto existe una falta de interés para obrar por la falta de agotamiento de la vía previa - conciliación extrajudicial.

Al respecto, debemos citar al doctor Juan Monroy, quien señala que: *"hay interés para obrar cuando una persona a agotado todos los medios para satisfacer su pretensión material y no tiene otra alternativa que recurrir al órgano jurisdiccional. Esta necesidad inmediata, actual, irremplazable de tutela jurídica es el interés para obrar"*³.

Del fragmento señalado, podemos apreciar que en el presente caso sí existe interés para obrar por parte del demandante, debido a que dicha parte ha agotado las vías necesarias para satisfacer su pretensión, esto último debe ser analizado, tomado en cuenta que, conforme se puede advertir del contrato materia de litis, someter controversias a conciliación es decisión facultativa de las partes. Por consiguiente, y conforme se indicara precedentemente, la conciliación no es una vía previa para el inicio del arbitraje, con lo que, las partes pueden acudir directamente al arbitraje para la solución del conflicto respecto a la controversia en la que se encuentran inmersos.

Del Acta de Conciliación N° 266-2010 levantada con fecha 30 de setiembre de 2010, se advierte que las partes no llegaron a ningún acuerdo respecto "a la

² El subrayado es nuestro.

³ RIOJA BERMUDEZ, Alexander. Interés y Legitimidad para obrar como presupuestos procesales. Disponible en la Web: <http://blog.pucp.edu.pe/item/86958/interes-y-legitimidad-para-obrar-como-presupuestos-procesales>.

pretensión por parte del Ministerio de Educación de la resolución del Contrato N° 001-2010-ME/SG-OGA-UA-APP"; motivo por el cual, la Cláusula Décimo Sétima del Contrato es clara al indicar que, de no haber acuerdo conciliatorio las partes se someterán obligatoriamente a arbitraje.

Debemos hacer hincapié en que la única materia sometida a conciliación fue la referida a la resolución del Contrato N° 001-2010-ME/SG-OGA-UA-APP realizada por la demandada, en la cual, no se llegó a un acuerdo conciliatorio; hecho en el que el Ministerio basa su oposición alegando que las demás pretensiones planteadas en la demanda arbitral no fueron sometidas a conciliación, por lo tanto no son materia arbitrable.

Sobre dicha aseveración debemos advertir que las pretensiones que se hayan visto en una conciliación no son las únicas que puedan ser arbitrables, debido a que la parte solicitante puede modificarlas o ampliarlas de ser el caso, siendo discrecionalidad de ésta interponer o no las pretensiones vistas en la conciliación, al momento de recurrir al procedimiento arbitral, no estando prohibido dicho actuar en la Cláusula Décimo Sétima del Contrato - Convenio Arbitral.

En el presente caso, el Consorcio de conformidad con la Clausula Décimo Sétima del Contrato, decide utilizar el procedimiento arbitral para dar solución a las controversias surgidas con la Entidad. En ese sentido, y con la finalidad de aclarar aun más, el presente panorama, este Tribunal considera importante analizar si existe un vínculo entre la pretensión solicitada vía conciliación y las pretensiones sometidas a arbitraje, las cuales se encuentran detalladas en la respectiva demanda arbitral.

En relación a esta situación, este Tribunal Arbitral advierte que las pretensiones solicitadas por el Consorcio en su demanda arbitral de fecha 30 de diciembre de 2012, guardan una relación directa con la pretensión vista vía conciliación, puesto que, las primeras derivan de la Resolución del Contrato N° 001-2010-ME/SG-OGA-UA-APP efectuada por la Entidad demandada.

Por las razones expuestas a lo largo del presente análisis este Colegiado decide declarar INFUNDADA la oposición al arbitraje interpuesta por la Entidad demandada, en razón a que, de conformidad con la Cláusula Décimo Sétima del Contrato N° 001-2010-ME/SG-OGA-UA-APP, la conciliación no constituye vía previa

para el inicio del presente procedimiento arbitral; motivo por el cual, este Colegiado analizará las pretensiones formuladas en la demanda arbitral interpuesta por el Consorcio.

II.2.1.2 Determinar si corresponde declarar fundada o no la defensa previa formulada por el Ministerio mediante escrito de fecha 17 de enero de 2011, en los términos indicados en dicho escrito.

Este Tribunal Arbitral establece que antes de emitir un pronunciamiento respecto al presente incidente, debe verificarse si la defensa previa planteada por la Entidad ha sido interpuesta dentro del plazo establecido en el numeral 16) del Acta de Instalación de fecha 7 de diciembre de 2012, la misma que establece que: "Las partes podrán deducir excepciones, defensas previas, cuestiones previas, oposiciones y/o objeciones al arbitraje, en un plazo de cinco (5) días hábiles, contado a partir del día siguiente en que se les notifique con la demanda o con la reconvención⁴ (...)".

Así, del cargo de notificación que obra en autos, se advierte que la demanda ha sido notificada a la Entidad con fecha 11 de enero de 2011, siendo de esta manera la fecha máxima para interponer la defensa previa al arbitraje el 18 de enero de 2011.

Por tanto, habiéndose presentado la presente defensa previa mediante escrito de fecha 17 de enero de 2011, este Colegiado establece que la misma ha sido planteada dentro del plazo establecido en el numeral 16) del Acta de Instalación, procediendo a emitir un pronunciamiento respecto al fondo de dicha defensa previa.

Respecto a dicho incidente se debe tener presente lo expuesto por el doctor Carrión Lugo, quien expresa que: "*Las defensas previas constituyen medios procesales a través de los cuales el demandado solicita la suspensión del proceso hasta que el actor realice la actividad que el derecho sustantivo prevé como acto previo al planteamiento de la demanda*"⁵.

⁴ El subrayado es nuestro.

⁵ RIOJA BERMUDEZ, Alexander. Op. Cit.

Así pues, a decir de este Tribunal Arbitral, en concordancia con el autor citado, la defensa previa es el medio mediante el cual la parte demanda solicita la suspensión del arbitraje, hasta que la demandante cumpla con realizar el acto previo que faculta el ejercicio del derecho de acción.

En ese sentido, se debe recordar que el sustento de la defensa previa planteada por la Entidad, es que la demandante no ha cumplido con el trámite previo para el ejercicio de la acción arbitral, esto es, que las partes previo al inicio del procedimiento arbitral deben acudir a una conciliación.

Al respecto, este Colegiado concluye en el análisis realizado en el numeral II.2.1.1 del presente Laudo, que - de conformidad con la Cláusula Décimo Séptima del Contrato N° 001-2010-ME/SG-OGA-UA-APP - la conciliación no constituye una acción previa para poder dar inicio al procedimiento arbitral, pudiendo el Consorcio interponer su respectiva demanda con las pretensiones que considere pertinentes, más aún, si éstas guardan relación con la pretensión sometida vía conciliación.

Entonces debemos precisar que, la defensa previa planteada por el Ministerio carecería de sustento, debido a que dicho medio de defensa no cumple con el objetivo por el cual fue planteado, el cual era la realización de un acto previo; pues el acto previo alegado por la demandada - es decir, la conciliación - ha quedado esclarecido que no es requisito previo para someter arbitraje las pretensiones que la demandante considere pertinentes.

Por lo tanto, y de conformidad con el análisis realizado, este Tribunal Arbitral declara INFUNDADA la defensa previa formulada por la Entidad demandada.

II.2.1.3 Determinar si corresponde declarar fundada o no la excepción de oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda formulada por el Ministerio mediante escrito de fecha 17 de enero de 2011, en los términos indicados en dicho escrito.

Este Tribunal Arbitral establece que antes de emitir un pronunciamiento respecto al presente incidente, debe verificarse si la excepción planteada por la Entidad ha sido interpuesta dentro del plazo establecido en el numeral 16) del Acta de Instalación de fecha 7 de diciembre de 2012, la misma que establece que: "Las partes podrán

deducir excepciones, defensas previas, cuestiones previas, oposiciones y/o objeciones al arbitraje, en un plazo de cinco (5) días hábiles, contado a partir del día siguiente en que se les notifique con la demanda o con la reconvencción⁶ (...)”.

Así, del cargo de notificación que obra en autos, se advierte que la demanda ha sido notificada a la Entidad con fecha 11 de enero de 2011, siendo de esta manera la fecha máxima para interponer la excepción planteada el 18 de enero de 2011.

Por tanto, habiéndose presentado la presente excepción mediante escrito de fecha 17 de enero de 2011, este Colegiado establece que la misma ha sido planteada dentro del plazo establecido en el numeral 16) del Acta de Instalación, procediendo a emitir un pronunciamiento respecto al fondo de dicha excepción.

Al respecto, Alsina⁷ establece que: *"la excepción de oscuridad o ambigüedad procede cuando la exposición de los hechos no es suficientemente clara, de tal forma que su demanda adoleciera de oscuridad o insuficiencia, tal que no permita con precisión y seguridad las personas involucradas en el reclamo o el objeto que se pretende o los hechos que valen de título o causa a pedir, no existiría el presupuesto de un proceso válido"*.

De la misma manera, Caravantes⁸ señala que: *"dicha oscuridad o ambigüedad en la demanda no se refiere al fondo o justicia de la demanda, sino que solo tiene lugar cuando la forma de la demanda, esto es, el modo de formular la pretensión, adolece de vicio o no se ajusta a los requisitos y solemnidades que prescribe la ley para que pueda ser admitida por el juez"*.

Igualmente, este Tribunal Arbitral se acoge a lo señalado por Palacio⁹, quien considera que: *"lo importante es que las falencias que pueda adolecer la demanda deben ser suficientes como para afectar el derecho de defensa del demandado, privando a este de la posibilidad de oponerse adecuadamente a la pretensión o dificultando la eventual producción de la prueba"*.

⁶ El subrayado es nuestro.

⁷ LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. Comentarios al Código Procesal Civil. Primera Edición. Gaceta Jurídica S.A. Lima: Julio, 2008. Pág. 454

⁸ LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. Op. Cit. Pág. 455

⁹ Ídem.

El Ministerio sustenta la presente excepción indicando que la demanda deviene en oscura y ambigua, en vista que no existe conexión lógica entre los hechos y el petitorio; dicha incongruencia de la demanda, se debe a que: (i) las pretensiones contenidas en ella, no se apoyan en ningún medio idóneo para reclamarlo; (ii) las pretensiones tuvieron que establecerse inicialmente en la etapa de conciliación extrajudicial; (ii) del texto de la demanda, como de los recaudos no se verifica que la demandante haya establecido con claridad sus pretensiones; y, (iv) el contenido de la demanda no cumple con los requisitos mínimos para su admisibilidad y procedencia.

Al respecto, debemos precisar que del escrito de demanda presentado por la Empresa con fecha 30 de diciembre de 2010, se puede observar que la misma se encuentra dirigida contra el Ministerio de Educación - Unidad Ejecutora N° 26, lo cual, permite determinar claramente quienes son las partes que se encuentran involucradas en el presente arbitraje.

Asimismo, podemos observar de las pretensiones señaladas en la demanda que éstas corresponden a controversias surgidas con la Entidad en virtud del Contrato materia de litis; dichas pretensiones, con el análisis de los fundamentos de hechos y medios probatorios enunciados se puede verificar que no existe ninguna incongruencia, ni oscuridad al momento de su presentación.

Asimismo, de un estudio detallado de las pretensiones contenidas en la demanda, se observa que estas han sido enunciadas de forma clara y comprensible para que la contraparte pueda hacer efectivo su derecho de contestar las alegaciones efectuadas.

Esta demás señalar que la Conciliación, en el presente proceso arbitral, no constituye una acción previa para poder iniciar el presente arbitraje, quedando posibilitado el Consorcio de plantear su respectiva demanda con las pretensiones que considere pertinentes, más aún, si éstas guardan relación con la pretensión sometida vía conciliación.

Finalmente, en cuanto a los requisitos mínimos para la admisibilidad y procedencia de la demanda, se debe indicar que dicha facultad recae en el Tribunal Arbitral que resolverá las controversias, siendo ello así, la demanda fue admitida por este Colegiado mediante Resolución N° 01 de fecha 06 de enero de 2011, en razón, a

que la demanda presentada por la Empresa cumple con los requisitos establecidos en el numeral 12) del Acta de Instalación de fecha 07 de diciembre de 2010, los cuales fueron aprobados por las partes y no fueron cuestionados por ninguna de ellas a lo largo del presente proceso.

Por las razones expuestas a lo largo del presente análisis, corresponde que este Colegiado declare INFUNDADA la excepción de oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda formulada por la Entidad demandada, debido a que, las pretensiones contenidas en la demanda arbitral son suficientemente claras para que la Entidad efectivice su contradicción a las mismas.

II.2.1.4 Determinar si corresponde declarar fundada o no la excepción de falta de legitimidad para obrar del demandante formulada por el Ministerio mediante escrito de fecha 17 de enero de 2011, en los términos indicados en dicho escrito.

Este Tribunal Arbitral establece que antes de emitir un pronunciamiento respecto al presente incidente, debe verificarse si la excepción planteada por la Entidad ha sido interpuesta dentro del plazo establecido en el numeral 16) del Acta de Instalación de fecha 7 de diciembre de 2012, la misma que establece que: "Las partes podrán deducir excepciones, defensas previas, cuestiones previas, oposiciones y/o objeciones al arbitraje, en un plazo de cinco (5) días hábiles, contado a partir del día siguiente en que se les notifique con la demanda o con la reconvencción¹⁰ (...)".

Así, del cargo de notificación que obra en autos, se advierte que la demanda ha sido notificada a la Entidad con fecha 11 de enero de 2011, siendo de esta manera la fecha máxima para interponer excepción planteada el 18 de enero de 2011.

Por tanto, habiéndose presentado la presente excepción mediante escrito de fecha 17 de enero de 2011, este Colegiado establece que la misma ha sido planteada dentro del plazo establecido en el numeral 16) del Acta de Instalación, procediendo a emitir un pronunciamiento respecto al fondo de dicha excepción.

En relación al tema, este Tribunal se acoge a lo señalado por Ledesma Narváez¹¹ quien establece que: "*la excepción de falta de legitimidad para obrar puede*

¹⁰ El subrayado es nuestro.

¹¹ LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. Op. Cit. Pág. 460.

prosperar en las siguientes circunstancias: el actor o demandado no son los titulares de la relación jurídica sustancial en que se funda la pretensión con prescindencia de la fundabilidad de esta; y mediando la hipótesis de litisconsorcio necesario, la pretensión no ha sido interpuesto por o frente a todos los legitimados".

De otro lado, la falta de legitimidad para obrar sirve como remedio cuando la persona quien interpone la demanda no tiene, ni guarda relación jurídica alguna con las pretensiones que demanda.

De esta manera, se puede observar que la presente excepción se funda respecto a la solicitud de conciliación realizada por el Consorcio - a través de Carta N° IT 17.06.103 de fecha de recepción 05 de julio de 2010 - la cual generó el Acta de Conciliación N° 232-2010 suscrita con fecha 23 de agosto de 2010, con la finalidad de que la Empresa trate de llegar a un acuerdo con la Demandada respecto "al pago de la suma de S/. 406,600.00 (Cuatrocientos Seis Mil con 00/100 Nuevos Soles), correspondiente a la Factura N° 001-00152 de fecha 26 de mayo de 2010, que deriva de las contraprestaciones adquiridas para el Programa de Educación Básica para todos correspondiente al Contrato N° 001-2010-ME/SG-OGA-UA-APP de fecha 05 de enero de 2010 y Orden de Compra N° 00094 de fecha 24 de marzo de 2010".

Es importante precisar, que para dicha diligencia conciliatoria se apersonó como representante del Consorcio la Sra. Patricia Magdalena Carrillo Román; asimismo, debemos indicar que conforme consta del Acta de Conciliación N° 198-10, se señaló expresamente que: "*Habiéndose llevado a cabo la audiencia de conciliación e incentivado a las partes a buscar soluciones satisfactorias para ambas, lamentablemente no llegaron a adoptar acuerdo alguno (...)*".

Sobre la citada diligencia la parte demandada refiere que, la solicitud de conciliación de fecha de recepción de 05 de julio de 2010, fue suscrita por la representante del Consorcio cuando ésta no contaba con las facultades suficientes para participar como representante de la parte demandante en actos de conciliación extrajudicial.

Al respecto, debemos observar que en la Cláusula Cuarta del Contrato de Consorcio de fecha 30 de diciembre de 2009 y legalizada con fecha 04 de enero de 2010,

establece expresamente lo siguiente: "Que, designamos a la Sra. Patricia Magdalena Carrillo Román identificada con D.N.I. N° 07717418, como representante legal del Consorcio (...). Asimismo, Sra. Patricia Magdalena Carrillo Román, en su calidad de representante legal común del Consorcio, ejercerá la representación del consorcio ante toda clase de autoridades administrativas, judiciales, civiles y en general ante cualquier persona natural o jurídica de derecho público o privado (...); y representará al Consorcio para ejercitar los derechos y obligaciones que deriven de la calidad de postores y del contrato, hasta la liquidación del mismo en el presente proceso de selección¹²".

Posteriormente, mediante Addenda N° 01 del Contrato de Consorcio de fecha 17 de junio de 2010 y legalizada con fecha 30 de junio de 2010, se amplió la Clausula Cuarta del Contrato de Consorcio, expresándose literalmente lo siguiente: "(...) Conciliar Extrajudicialmente, solicitar Audiencia de Conciliación extrajudicial, ser invitado a la Audiencia de Conciliación extrajudicial, poder celebrar acuerdo conciliatorios suscribiendo los actos de conciliación y tipos de acuerdo, tales como obligación de de dar suma de dinero, obligación de hacer y no hacer, indemnización por daños y perjuicios y motivos de carácter patrimonial que son de libre disposición de las partes, etc, así como iniciar y llevar a cabo el procedimiento arbitral de ser el caso y de no encontrar solución en la etapa conciliatoria y representará al Consorcio para ejercitar los derechos y obligaciones que deriven de la calidad de postores y del contrato, hasta la liquidación del mismo en el presente proceso de selección¹³".

Conforme se puede observar del Contrato de Consorcio y de su respectiva Addenda N° 01, la Sra. Patricia Magdalena Carrillo contaba con facultades generales - en el Contrato de Consorcio - y específicas - a través de la Addenda N° 01 - como representante Legal del Consorcio, situación que genera en la Entidad demandada dudas respecto a la solicitud de conciliación solicitada con fecha 17 de junio de 2010 y recepcionada el 05 de julio de 2010.

Sobre esas dudas de la parte demandada se debe dejar en claro que la solicitud de conciliación presentada por la representante del Consorcio - Sra. Patricia Magdalena Carrillo - fue recepcionada con fecha 05 julio de 2010, y la Addenda N° 01 a través de la cual se amplían las facultades de dicha representante fue legalizada con fecha

¹² El subrayado es nuestro.

¹³ El subrayado es nuestro.

30 de junio de 2010; es decir, la Addenda N° 01 fue legalizada con anterioridad a la presentación de la solicitud de conciliación ante el Centro Conciliatorio Extrajudicial "CONSENSO"; por lo tanto la representante del Consorcio ya contaba con facultades específicas para solicitar la respectiva conciliación a la Entidad demandada.

No obstante, también se debe indicar, que en el hipotético caso que la representante de Consorcio no hubiese contado con poderes para solicitar conciliación extrajudicial a su contraria, dicha situación no fue cuestionada por la Entidad demandada en su oportunidad configurándose el principio de conservación del acto por parte de la Demandada, incluso participando ésta en posteriores conciliaciones, sin manifestar dicha situación; motivo por el cual, queda claramente establecido que dicha representante del Consorcio contaba con los poderes respectivos para solicitar conciliación.

En ese sentido, podemos concluir que la presente excepción de falta de legitimidad para obrar, no cumple con los fines para los cuales fue interpuesta, debido a que la representante del Consorcio contaba y cuenta con las facultades de representación específicas para solicitar que las controversias suscitadas entre las partes sean resueltas vía conciliación y/o arbitraje.

Por lo tanto, y de conformidad con el análisis realizado, este Tribunal Arbitral declara infundada la excepción de falta de legitimidad para obrar formulada por la Entidad demandada.

II.2.1.5 Determinar si corresponde declarar fundada o no la excepción de caducidad formulada por el Ministerio mediante escrito de fecha 17 de enero de 2011, en los términos indicado en dicho escrito.

Este Tribunal Arbitral establece que antes de emitir un pronunciamiento respecto al presente incidente, debe verificarse si la excepción planteada por la Entidad ha sido interpuesta dentro del plazo establecido en el numeral 16) del Acta de Instalación de fecha 7 de diciembre de 2012, la misma que establece que: "Las partes podrán deducir excepciones, defensas previas, cuestiones previas, oposiciones y/o

objeciones al arbitraje, en un plazo de cinco (5) días hábiles, contado a partir del día siguiente en que se les notifique con la demanda o con la reconvencción¹⁴ (...)”.

Así, del cargo de notificación que obra en autos, se advierte que la demanda ha sido notificada a la Entidad con fecha 11 de enero de 2011, siendo de esta manera la fecha máxima para interponer la excepción de caducidad el 18 de enero de 2011.

Por tanto, habiéndose presentado la presente excepción mediante escrito de fecha 17 de enero de 2011, este Colegiado establece que la misma ha sido presentada dentro del plazo establecido en el numeral 16) del Acta de Instalación, procediendo a emitir un pronunciamiento respecto al fondo de dicha excepción.

En tal sentido, para poder determinar la procedencia o no de la excepción planteada, es preciso analizar la naturaleza de la caducidad, a fin de verificar si efectivamente los efectos de la misma se han activado o no.

Al respecto, Juan Monroy Gálvez define a la caducidad como: *"aquella institución del derecho material referida a actos, instituciones o derechos, siendo en este último caso de uso más común e interesante para el proceso. Asimismo, agrega que se caracteriza porque se extingue el derecho material como consecuencia del transcurso del tiempo. En ese sentido, si se ha interpuesto una demanda cuya pretensión está sustentada en un derecho que ha venido en caduco, entonces en estricto la pretensión no tiene fundamento jurídico, por lo que ya no puede ser intentada. Esta situación es tan categórica para el proceso que el Código Civil le concede al juez el derecho de declarar la caducidad y la consecuente improcedencia de la demanda si aparece del sólo examen de ésta al momento de su calificación inicial"*.¹⁵

La caducidad, entonces, consiste en la pérdida del derecho a interponer una demanda o a proseguir el proceso ya iniciado, debido a que, esta no se interpuso dentro del plazo establecido en la normativa procesal.

Sobre dicha figura además, debemos recodar que la misma es una institución jurídica que se encuentra regulada en los Artículos 2003° al 2007° del Código Civil,

¹⁴ El subrayado es nuestro.

¹⁵ MONROY GÁLVEZ, Juan. El proceso civil en un libro sobre prescripción y caducidad. En: Themis N° 10. Lima. Pp.24 - 28.

no existiendo regulación expresa sobre ella ni en la Ley de Contrataciones del Estado ni en su Reglamento. Así tenemos entonces, que conforme al Código Sustantivo, la caducidad tiene por efecto extinguir un derecho y con ello la acción relacionada con el mismo.

De esta manera, tenemos que la caducidad es una institución que busca mantener la seguridad jurídica velando por el interés colectivo, y porque los intereses individuales no perjudiquen a los colectivos. Es por esa razón, que el Artículo 2004° del Código Civil, ha establecido el principio de legalidad en relación con los plazos de caducidad; con la finalidad de que no se haga un uso abusivo de la misma.

Dicho artículo establece:

"Artículo 2004.- Los plazos de caducidad los fija la ley, sin admitir pacto en contrario".

Así, de lo expuesto, se puede apreciar que la caducidad sólo puede estar contemplada en una norma con rango de ley.

Siguiendo con el razonamiento anterior, resulta importante mencionar lo establecido por el Artículo IX del Título Preliminar del Código Civil que establece:

"Artículo IX.- Las disposiciones del Código Civil se aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza".

De lo antes mencionado, queda claramente establecido que el Código Civil determina y fija que los plazos de caducidad se establecen por Ley y que sus disposiciones resultan de aplicación supletoria a las disposiciones establecidas en la normativa relacionada con las contrataciones estatales.

En base a ello, el Tribunal Arbitral es de la opinión que el establecimiento de la institución de la caducidad dentro de cualquier norma de carácter especial debe respetar los elementos establecidos por el ordenamiento jurídico general, razón por la cual es necesario ahora precisar lo que establece el primer párrafo del artículo 52° de la Ley de Contrataciones del Estado:

*"Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato, se resolverán mediante conciliación y/o arbitraje, según el acuerdo de las partes, debiendo solicitarse el inicio de estos procedimientos en cualquier momento anterior a la culminación del contrato, considerada esta de manera independiente. **Este plazo es de caducidad, (...)**".¹⁶*

En observancia de esta disposición de la Ley de Contrataciones del Estado, tenemos que de forma expresa, se hace referencia a un plazo de caducidad para iniciar un proceso arbitral, siendo este, cualquier momento anterior a la culminación del contrato.

¿Cuándo se tiene entonces por culminado el presente contrato?, la Ley de Contrataciones del Estado, también indica cuando un contrato de bienes, como el que nos ocupa, concluye, así el primer párrafo del Artículo 42° del mencionado cuerpo normativo, establece:

"Los contratos de bienes y servicios culminan con la conformidad de la última prestación pactado y pago correspondiente".¹⁷

Como puede apreciarse, los contratos de bienes culminan con la conformidad de la última prestación pactada y pago correspondiente. Sin embargo, en el presente caso, tenemos que la controversia versa sobre la Resolución del presente Contrato de Bienes, motivo por el cual, debemos recurrir al Artículo 170° del Reglamento de Contrataciones del Estado, el cual establece que:

"Cualquier controversia relacionada con la resolución del contrato podrá ser sometida por la parte interesada a conciliación y/o arbitraje dentro de los quince (15) días hábiles siguientes de comunicada la resolución. Vencido este plazo sin que se haya iniciado ninguno de estos procedimientos, se entenderá que la resolución del contrato ha quedado consentida".¹⁸

¹⁶ El resaltado es nuestro.

¹⁷ El resaltado es nuestro.

¹⁸ El resaltado es nuestro.

En el presente caso, tenemos que la Entidad comunicó al Consorcio la Resolución de Contrato mediante Carta Notarial N° 201-2010-ME/SG-OGA-UAS con fecha 23 de agosto de 2010; motivo por el cual, y de conformidad con el artículo descrito en el párrafo precedente, el Consorcio al encontrarse disconforme con dicha resolución, contaba con un plazo de quince (15) días hábiles para someter a conciliación y/o arbitraje dicha controversia, es decir dicho plazo vencía para la Empresa el día 14 de setiembre de 2010.

Mediante Escrito N° 01 de fecha 02 de setiembre de 2010 y dentro del plazo establecido por el Reglamento de Contrataciones; el Consorcio presentó su solicitud de conciliación, ante el Centro de Conciliación Extrajudicial "CONSENSO", a efectos de buscar un posible acuerdo conciliatorio con la Entidad demandada respecto a la Resolución de Contrato. No obstante, se debe precisar que conforme consta del Acta de Conciliación N° 266-2010 de fecha 30 de setiembre de 2010, las partes no arribaron a acuerdo conciliatorio alguno.

En este orden de ideas, corresponde recurrir al Artículo 215° del Reglamento de Contrataciones del Estado, el cual a la letra expresa que:

"Si las partes optaron por el procedimiento de conciliación de manera previa al arbitraje, éste deberá iniciarse dentro de un plazo de caducidad de quince (15) días hábiles siguientes de emitida el Acta de no Acuerdo Total o Parcial"¹⁹.

Habiendo este Tribunal Arbitral establecido que mediante Acta de Conciliación N° 266-2010 de fecha 30 de setiembre de 2010, las partes no arribaron a ningún acuerdo vía conciliación respecto a la Resolución de Contrato realizado por la Entidad y de conformidad con el citado Artículo 215°, el Consorcio contaba con un plazo de quince (15) días hábiles siguientes de emitida dicha Acta de no Acuerdo Total para someter a arbitraje dicha controversia y las que considere conveniente, es decir dicho plazo vencía para la Empresa el día 21 de octubre de 2010.

Conforme se puede observar de la Carta Notarial N° 319576 de fecha 13 de octubre de 2010, el Consorcio presenta ante la Entidad su solicitud de Arbitraje dentro del plazo establecido por el Reglamento.;

¹⁹ El resaltado es nuestro.

Que, en base a estas consideraciones, este Colegiado dispone que la excepción de caducidad planteada por la Entidad demandada no debe ser amparada, en vista de que las pretensiones solicitadas por el Consorcio no han caducado; por lo que, corresponde declarar infundada la presente excepción en base a las razones expuestas a lo largo del presente análisis.

II.2.2 Cuestiones de fondo:

II.2.2.1 Determinar si corresponde declarar o no la ineficacia legal del Oficio N° 1189-2010-ME/SG-OGA-UA, a través del cual el Ministerio denegó al Consorcio la ampliación de plazo solicitada por el contratista el 8 de abril de 2010.

La presente controversia corresponde al análisis respecto a si la denegatoria por parte de la Entidad de la solicitud de ampliación de plazo realizada por la Contratista es correcta, esto es, si el justificante esbozado por el Consorcio es válido para que se le otorgue la respectiva ampliación de plazo.

De esta manera, mediante la Orden de Compra N° 00094 de fecha 29 de marzo de 2010, la Entidad solicita la entrega de 107 unidades de Monitor, 107 teclados y 107 CPUs, en la que, además, se encuentran incluidos 107 estabilizadores, conforme se puede observar de las alegaciones de ambas partes.

De la Cláusula Tercera del Contrato N° 001-2010-ME/SG-OGA-UA-APP de fecha 05 de enero de 2010, se establece que:

"EL CONTRATISTA se compromete en entregar los bienes ofrecidos en diez (10) días calendario, de acuerdo a lo establecido en la Bases y lo expresado en su propuesta técnica. Dicho plazo será computado a partir del día siguiente de recepcionada la Orden de Compra".

En ese sentido, de lo señalado en la Cláusula Tercera del Contrato, el Consorcio tenía como plazo máximo para entregar los bienes solicitados por la Entidad mediante la Orden de Compra N° 00094, el día 08 de abril de 2010.

Mediante Carta N° IT300320101 de fecha 30 de marzo de 2010, el Consorcio comunica a la Entidad la rectificación - debido a un error tipográfico - de las especificaciones técnicas del estabilizador de voltaje de su propuesta técnica, correspondiente a la Orden de Compra N° 00094 solicitando se mantengan las descripciones técnicas de las bases respecto al estabilizador de tipo sólido y, por ende, mantener la marca y modelo del estabilizador de voltaje Marca ELISE-FXE-100.

Conforme consta de las Guías de Remisión N° 001-0000141, N° 001-0000145, N° 001-0000146, N° 001-0000147, se advierte que el Consorcio cumplió con la entrega de los bienes solicitados por la Entidad el día 06 de abril de 2010; es decir, dentro del plazo máximo para la entrega de dichos bienes, quedando pendiente únicamente la entrega de los estabilizadores, debido a que hasta dicha fecha la demandada no había emitido respuesta sobre lo señalado en la Carta N° IT300320101.

Por otro lado, mediante Carta s/n de fecha 07 de abril de 2010, la empresa ELISE (fabricante de los estabilizadores) comunica a la demandante la imposibilidad de la entrega de los estabilizadores en la fecha pactada - 08 de abril de 2010 - postergando la misma hasta el 13 de abril de 2010, manifestando expresamente lo siguiente: *"Por motivos ajenos a nuestra voluntad, ocasionados por el retraso en el ingreso a nuestros almacenes de un componente necesario para la fabricación, además de la sobreproducción que se ha suscitado en la marca IEDA POWER SAFE, nos vimos obligados a reprogramar la entrega (...)"*.

A consecuencia de lo señalado por el fabricante de los estabilizadores, el Consorcio mediante Carta N° IT07.04.104 de fecha 08 de abril de 2010, solicita a la Entidad una ampliación en la fecha de entrega de los estabilizadores de voltaje correspondientes a la Orden de Compra N° 00094 hasta el día 16 de abril de 2010, en aplicación del numeral 2) del Artículo 175° del Reglamento de Contrataciones del Estado. Asimismo, informa a su contraria que se encuentra pendiente de respuesta la Carta N° IT300320101, en la que solicitan la rectificación de las especificaciones técnicas de los estabilizadores.

Posteriormente, mediante Carta s/n de fecha 16 de abril de 2010, la empresa ELISE comunica al Consorcio, una nueva reprogramación para la entrega de los estabilizadores, postergando la misma hasta el día 19 de abril de 2010.

En vista a este nuevo incidente, el Consorcio remite a la Entidad la Carta N° IT16.04.102 de fecha 16 de abril de 2010, en la cual expresa que: "(...) con la finalidad de solicitarles, la reprogramación de la ampliación del plazo de entrega de los estabilizadores de voltaje correspondientes a la O/C de la referencia, hasta el próximo 21 de abril de 2010 (...) dicha reprogramación se solicita, luego de haber recibido el documento del fabricante (el mismo que cumplimos con adjuntar), en el cual nos comunican que la entrega nuestra empresa se realizará recién el 19 de abril de 2010"; reiterando que ésta reprogramación es en aplicación del numeral 2) del Artículo 175° del Reglamento de Contrataciones del Estado

A través de Oficio N° 1189-2010-ME/SG-OGA-UA de fecha 22 de abril de 2012, la demandada informa al Consorcio la denegatoria de la ampliación de plazo solicitadas mediante Cartas N° IT07.04.104 y N° IT16.04.102, decisión adoptada en apreciación del Memorándum N° 0602-2010/MED-SPE-OFIN emitido por el área técnica de la Entidad, quien establece que los atrasos en la provisión de los estabilizadores, constituyen circunstancias de índole administrativo privado de carácter previsible por las empresas en el proceso regular de la comercialización y distribución de los productos.

Al respecto debemos tener presente que, la ampliación de plazo consiste en la solicitud por parte del Contratista para que la Entidad otorgue mayores días de los establecidos en el contrato, con la finalidad de que el solicitante cumpla con las prestaciones que se encuentran a su cargo.

Asimismo, el penúltimo párrafo del Artículo 41° de la Ley de Contrataciones del Estado, establece que: **"El contratista puede solicitar la ampliación del plazo por atrasos y/o paralizaciones ajenas a su voluntad, siempre que estas se encuentren debidamente comprobadas, y que modifiquen el cronograma contractual"**²⁰.

Dicho artículo guarda relación con el Artículo 175° del Reglamento de Contrataciones del Estado, el cual, regula las causales de ampliación de plazo, expresando que: **"Procede la ampliación del plazo en los siguientes casos: 1. Cuando se aprueba el adicional, siempre y cuando afecte el plazo. En este caso, el**

²⁰ El sombreado es nuestro.

contratista ampliará el plazo de las garantías que hubiere otorgado; **2. Por atrasos o paralizaciones no imputables al contratista**; 3. Por atrasos o paralizaciones en el cumplimiento de la prestación del contratista por culpa de la Entidad; y, 4. Por caso fortuito o fuerza mayor²¹."

En el presente caso, el Contratista ampara la presente pretensión en el numeral 2) del citado dispositivo argumentando que el atraso se debe a la no entrega de los estabilizadores por parte de la empresa ELISE (fabricante de los estabilizadores).

Al respecto, el doctor Alejandro Álvarez²², establece que: "Para que no sea imputable al contratista, los atrasos o paralizaciones deben estar desprovistos de actos culposos o dolosos".

Asimismo, respecto a los conceptos de culpa y dolo, el mencionado autor establece que: "Si estamos ante una decisión voluntaria del contratista, que no quiere cumplir con la prestación en forma consciente e intencional, será imputable por dolo; pero si existiera la imposibilidad objetiva aparecida, cuya causa deriva de la negligencia del contratista estaremos ante la culpa de aquel"²³.

El numeral 2) del Artículo 175° del Reglamento de Contrataciones, al que hace referencia el Contratista, se sustenta cuando se produzca un evento en que el Contratista no pueda cumplir con su obligación, siempre que esta no sea de su entera responsabilidad, esto es, que dicho hecho se encuentre fuera de su esfera de dominio.

De los medios probatorios que obran en autos, se puede observar que el Contratista mediante Carta N° IT07.04.104 de fecha 08 de abril de 2010, solicita por primera vez a la Entidad una ampliación de plazo, a fin de que se reprograme la entrega de los estabilizadores debido a causas ajenas a su voluntad; esto es en razón de que la empresa ELISE comunicó al Consorcio con fecha 07 de abril de 2010, la imposibilidad de la entrega de los estabilizadores en la fecha pactada - 08 de abril de 2010 - postergando la misma hasta el 13 de abril de 2010.

²¹ El sombreado es nuestro.

²² ALVAREZ PEDROZA, Alejandro. Comentarios a la Ley y Reglamento de Contrataciones del Estado. En: Gestión Pública, Lima, 2010. Pág. 1417.

²³ ALVAREZ PEDROZA, Alejandro. Op. Cit. Pág. 1417.

Asimismo, con Carta N° IT16.04.102 de fecha 16 de abril de 2010 el Contratista solicita a la Entidad una segunda ampliación de plazo, tomando como fundamento que la empresa ELISE a través de Carta s/n de fecha 16 de abril de 2010, le ha comunicado una nueva reprogramación para la entrega de los estabilizadores, postergando la misma para el día 19 de abril de 2010.

De esta manera, de las Cartas N° IT07.04.104 y N° IT16.04.102, observamos que los fundamentos de la ampliación de plazo solicitadas por el Consorcio se deben a que su proveedora de estabilizadores no entregaría los mismos en la fecha pactada, lo que consecuentemente, obliga al Contratista a no poder cumplir con sus obligaciones en el plazo máximo de entrega de los bienes.

En la misma línea de análisis se debe indicar que, dicho acontecimiento no se encuentra dentro de la esfera de dominio del Contratista, por lo que no existe voluntad de ésta de incumplir la prestación a la que se obliga, ni tampoco existe en ella negligencia ante el incumplimiento del proveedor de estabilizadores, no produciéndose así ni dolo, ni culpa.

No obstante, el hecho de que la Entidad no tenga conocimiento de que el Consorcio debe contratar con un tercero para la adquisición de los estabilizadores, es irrelevante para el presente caso, pues la causal alegada para las ampliaciones de plazo solamente requiere que haya imposibilidad del Contratista y que esta no sea imputable a ella.

En ese sentido, este Tribunal Arbitral puede observar de las Cartas N° IT07.04.104 y N° IT16.04.102 dos solicitudes de ampliación de plazo, por atrasos no imputables al Contrista, configurándose así la causal regulada en el numeral 2) del Artículo 175° del Reglamento de Contrataciones del Estado.

Ahora, siendo que hay dos solicitudes de ampliación de plazo, corresponde ver si las mismas cumplen con el procedimiento dispuesto en el segundo párrafo del Artículo 175° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, el cual señala que: **"El contratista deberá solicitar la ampliación dentro de los siete (7) días hábiles de aprobado el adicional o de finalizado el hecho generador del atraso o paralización²⁴".**

²⁴ El sombreado es nuestro.

Entonces, siendo que el Consorcio tomó conocimiento del hecho generador el 07 de abril de 2010, el cual dio origen a la primera solicitud de ampliación de plazo, motivo por el cual, éste contaba con un plazo de siete (7) días hábiles para presentar su respectiva solicitud de ampliación, dicho plazo vencía el día viernes 16 de abril de 2010; y, siendo que el Contratista solicitó a la Entidad la primera ampliación de plazo con fecha 08 de abril de 2010, se puede advertir que dicha solicitud se realizó dentro del plazo previsto en la norma.

De la misma manera, se puede advertir que el Contratista tomó conocimiento del segundo hecho generador el 16 de abril de 2010, el cual dio lugar a la segunda solicitud de ampliación de plazo, motivo por el cual, éste contaba con un plazo de siete (7) días hábiles para presentar su respectiva solicitud de ampliación, dicho plazo vencía el día martes 27 de abril de 2010; y, siendo que el Contratista solicitó a la Entidad la segunda ampliación de plazo el mismo 16 de de abril de 2010, se puede observar que también esta solicitud se realizó dentro del plazo previsto en la norma.

De esta manera, este Tribunal Arbitral establece que el Consorcio ha cumplido con las formalidades y procedimientos para solicitar sus ampliaciones de plazo, configuradas en la causal regulada en el numeral 2) del Artículo 175° del Reglamento de Contrataciones del Estado, dentro de los plazos establecidos.

Por tanto, siendo que las ampliaciones de plazo solicitadas por el Contratista han sido debidamente exigidas, conforme las normas pertinentes, corresponde que este Tribunal Arbitral declare la ineficacia del Oficio N° 1189-2010-ME/SG-OGA-UA de fecha 22 de abril de 2012, a través del cual el Ministerio denegó al Consorcio las ampliaciones de plazo solicitadas y, por lo tanto, declara FUNDADA el presente punto controvertido.

II.2.2.2 Atendiendo a lo que se establezca en relación al punto 1) precedente, determinar si corresponde declarar o no la aprobación de la referida ampliación de plazo solicitada por el Consorcio y, de ser el caso, establecer cuál sería el nuevo plazo de entrega de los equipos.

La presente pretensión no reviste mayor análisis, pues este Tribunal Arbitral al haber declarado en el punto controvertido precedente la ineficacia del Oficio N° 1189-2010-ME/SG-OGA-UA de fecha 22 de abril de 2012, mediante el cual la Entidad deniega las ampliaciones del plazo solicitadas por el Consorcio, *a contrario sensu*, cabe concederse las ampliaciones del plazo para la entrega de los estabilizadores.

Siendo, que existen dos ampliaciones de plazo para la entrega de los estabilizadores, debemos recordar que la primera se realizó mediante Carta N° IT07.04.104 de fecha 08 de abril de 2010 y la segunda se produjo mediante Carta N° IT16.04.102 de fecha 16 de abril de 2010.

Al respecto, el doctor Alejandro Álvarez²⁵ establece que: *"En el caso de contrataciones perfeccionadas mediante orden de compra de bienes o de servicio, el plazo de ejecución se computa desde el día siguiente de recibida; en este sentido, este es el parámetro para el computo del plazo sobre el cual se requiere la ampliación respectiva"*.

Entonces, debemos recordar que el Consorcio tomó conocimiento de la Orden de Compra N° 00094 con fecha 29 de marzo de 2010; por lo que, el plazo máximo para cumplir con la entrega de los bienes solicitados - de conformidad con el primer párrafo de la Cláusula Tercera del Contrato - entre ellos los estabilizadores, era el día 08 de abril de 2010.

Sin embargo, debemos tener presente que en el punto controvertido el Tribunal concluyó que las ampliaciones de plazo solicitadas por el Contratista cumplen con las formalidades y procedimientos de una ampliación de plazo, configuradas en la causal regulada en el numeral 2) del Artículo 175° del Reglamento de Contrataciones del Estado, dentro de los plazos establecidos.

De esta manera, y siendo que el Contratista mediante Carta N° IT07.04.104 solicitó a la Entidad - la primera ampliación - para la entrega de los estabilizadores a realizarse **el día viernes 16 de abril de 2010** y, posteriormente a través de Carta N° IT16.04.102 solicitó una nueva ampliación a la Entidad para la entrega de dichos estabilizadores **para el día miércoles 21 de abril de 2010**; motivo por el cual, y

²⁵ ALVAREZ PEDROZA, Alejandro. Op. Cit. Pág. 1416

siendo que estos pedidos de ampliación de plazo se justifican en atrasos no imputables al Consorcio, se desprende que el nuevo plazo de entrega de los bienes (estabilizadores) venció el **día miércoles 21 de abril de 2010²⁶**.

Por los motivos expuestos, este Colegiado al haber aprobado las ampliaciones de plazo solicitadas por el Contratista, establece como nuevo plazo máximo de entrega de los bienes (estabilizadores) el día miércoles 21 de abril de 2010 y, en consecuencia, corresponde declarar FUNDADO el presente punto controvertido.

II.2.2.3 Atendiendo a lo que se establezca en relación a los puntos 1) y 2) precedentes, determinar si existió o no retraso del Consorcio en la entrega de los equipos.

Este Tribunal Arbitral debe indicar que habiéndose declarado fundados el primer y segundo puntos controvertidos, corresponde ahora emitir un pronunciamiento respecto a esta pretensión, guardando el mismo orden de razonamiento de análisis de los puntos controvertidos precedentes para que, dichos análisis efectuados no sean incoherentes o imprecisos.

Mediante Guía de Remisión N° 001- 0000144, el Consorcio realizó la entrega de los 107 estabilizadores correspondientes a la Orden de Servicio N° 000094 de fecha 29 de marzo de 2010.

Conforme se puede observar de la mencionada Guía de Remisión se advierte que los 107 estabilizadores fueron recepcionados por el Área de Almacén de Útiles y Suministros de la Entidad con fecha 21 de abril de 2010, debiendo precisarse que hasta dicha fecha la Entidad no había emitido respuesta sobre lo señalado en la Carta N° IT300320101 de fecha 30 de marzo de 2010²⁷.

De esta manera, teniendo en cuenta que este Tribunal Arbitral ha establecido que el plazo máximo de entrega de los estabilizadores era el día miércoles 21 de abril

²⁶ El sombreado y subrayado es nuestro.

²⁷ Mediante Carta N° IT300320101 de fecha 30 de marzo de 2010, el Consorcio comunica a la Entidad la rectificación - debido a un error tipográfico - de las especificaciones técnicas del estabilizador de voltaje de su propuesta técnica, correspondiente a la Orden de Compra N° 00094 solicitando se mantengan las descripciones técnicas de las bases respecto al estabilizador de tipo sólido y por ende mantener la marca y modelo del estabilizador de voltaje Marca ELISE-FXE-100.

de 2010, se determina que no existe retraso en la entrega de dichos bienes, debido a que los mismos han sido entregados dentro del plazo máximo establecido por el Tribunal Arbitral en el punto controvertido precedente; razón por la cual, corresponde declarar FUNDADO el presente punto controvertido.

II.2.2.4 Atendiendo a lo que se establezca en relación al punto 3) precedente, determinar si corresponde declarar o no la ineficacia legal de las penalidades que se pudieran haber impuesto al Consorcio por un supuesto retraso.

Este Tribunal Arbitral debe indicar que habiéndose declarado fundado el tercer punto controvertido, y en consecuencia, haberse determinado la no existencia de retraso en la entrega de los estabilizadores por parte del Contratista, corresponde ahora emitir un pronunciamiento respecto a esta pretensión.

Antes de realizar el análisis respectivo, este Colegiado considera pertinente delimitar la presente controversia en el sentido de que si la Entidad puede aplicar penalidades al Consorcio por motivo de un retraso en el cumplimiento de sus obligaciones.

Así, el Artículo 165° del Reglamento de Contrataciones del Estado, establece que: *"En caso de retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto de contrato, la Entidad le aplicará al contratista una penalidad por cada día de atraso, hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente o, de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse (...)"*.

De esta manera, la aplicación de penalidades se encuentra ligada al retraso en la ejecución de las prestaciones que le corresponden al Contratista, con la particularidad de que dicho retraso tenga la condición de ser injustificado.

No obstante lo antes señalado, cabe resaltar que, en el presente caso, de autos no se advierte que el Consorcio haya presentado medio probatorio alguno que acredite la imposición de penalidades por parte de la Entidad, ni tampoco ha señalado el Ministerio cuestión alguna relacionada a las penalidades.

No obstante, dicha falta de medio probatorio no es óbice para que este Colegiado advierta que cualquier posible penalidad que hubiese impuesto la Entidad en contra

del Consorcio debe, de por sí, ser ineficaz, puesto que, anteriormente se ha establecido que no existe retraso alguno en el cumplimiento de las obligaciones por parte del Consorcio, sin embargo, al no haberse probado fehacientemente si se aplicó o no alguna penalidad este Colegiado no puede pronunciarse sobre el fondo de la presente controversia, ya que las partes no se han referido a este punto a lo largo del proceso, a pesar de haber tenido el tiempo suficiente para esgrimir y sustentar sus alegaciones.

En ese sentido, este Colegiado considera que el presente punto controvertido debe ser declarado IMPROCEDENTE, toda vez que no se ha probado en el proceso que se han impuesto o no penalidades por incumplimiento del Consorcio.

II.2.2.5 Determinar si corresponde declarar o no la ineficacia legal de la Carta Notarial N° 201-2010-ME/SG-OGA-UA, así como de la Resolución de Secretaría General N° 1051-2010-ED, a través de las cuales el Ministerio resolvió el contrato materia de litis.

De los medios probatorios presentados en el presente arbitraje, se advierte que mediante Carta Notarial N° 201-2010-ME/SG-OGA-UA de fecha 23 de agosto de 2010, la Entidad pone en conocimiento del Consorcio la decisión de resolver el contrato celebrado entre las partes, por causal de incumplimiento injustificado de las obligaciones contractuales a cargo del Consorcio.

Al respecto debemos hacer un recuento de los hechos directamente ligados con el presente punto controvertido.

Así, con fecha 06 de abril de 2010, ingresaron a las instalaciones del Área de Almacén de la Entidad los equipos requeridos mediante la Orden de Compra N° 0000094-2010 con Guías de Remisión N° 001-0000141 (Computadora Personal), N° 001-0000145 (Mouse Óptico), N° 001-0000146 (Teclado) y N° 001-0000147 (Monitor), quedando pendiente la entrega de los estabilizadores de voltaje.

Posteriormente, con fecha 21 de abril de 2010, el Consorcio efectúa la entrega de los ciento siete (107) estabilizadores de voltaje, correspondientes a la Orden de Compra N° 000094, los mismos que ingresan a las instalaciones del Área Almacén de la Entidad con Guía de Remisión N° 001-0000144.

Con fecha 21 de mayo de 2010, la Entidad remite al Consorcio las Órdenes de Compra N° 0000209 y N° 0000220, en la primera por la cantidad de 03 unidades de: Monitores, Teclados y CPUs y en la segunda por la cantidad de 31 unidades de: Monitores, Teclados y CPUs.

Ante dicho pedido, el Consorcio con fecha 31 de mayo de 2010, ingresó a las instalaciones del Área de Almacén de la Entidad, los equipos requeridos mediante Órdenes de Compra N° 0000220 y N° 0000208 con Guías de Remisión N° 001-0000150 (31 unidades de CPUs, Estabilizadores y Mouse), N° 001-0000154 (31 unidades de Monitores y teclados), N° 001-0000151 (03 unidades de CPUs, Estabilizadores y Mouse) y N° 001-0000153 (03 unidades de Monitor y Teclado).

De otro lado, mediante el Informe Técnico N° 304-2010/OFIN-AIT-ST de fecha 25 de junio de 2010, la Oficina de Informática de la Entidad informa que los ciento cuarenta y uno (141) equipos adquiridos no cumplen con las Especificaciones Técnicas establecidas en las Bases del Concurso, razón por la que, no se debe otorgar la conformidad técnica respectiva.

Consecuentemente, teniendo en cuenta lo señalado por la Oficina de Informática, mediante Carta Notarial N° 110-2010-ME/SG-OGA-UA de fecha 08 de julio de 2010, el Ministerio corre traslado de las observaciones realizadas por la mencionada dependencia de la Entidad, al Consorcio para que dicha parte cumpla con subsanar las mismas, otorgándole para ello un plazo de cinco (05) días calendario a partir de recepcionada dicha carta, bajo apercibimiento de resolver el Contrato por incumplimiento injustificado de sus obligaciones contractuales.

Mediante Memorándum N° 1222-2010/MED-SPE-OFIN de fecha 26 de julio de 2010, el Jefe de la Oficina de Informática pone en conocimiento de la Entidad que de la revisión y verificación de las observaciones señaladas en el Informe Técnico N° 304-2010/OFIN-AIT-ST, el Consorcio no ha cumplido con subsanar las mismas, motivo por el cual, no le otorga la conformidad técnica respectiva.

De esta manera, a través de Resolución de Secretaría General N° 1051-2010-ED de fecha 20 de agosto de 2010, el Ministerio establece aprobar la Resolución total del Contrato N° 001-2010-ME/SG-OGA-UA-APP derivado de la Licitación Pública N° 0029-2009-ED/UE 026 bajo el ámbito del Decreto de Urgencia N° 078-009, al

haber incurrido el Consorcio en incumplimiento injustificado de sus obligaciones contractuales, pese a haber sido requerido para su cumplimiento.

Por otro lado, de lo señalado en los párrafos precedentes, este Tribunal Arbitral considera que debe delimitarse la presente controversia a observar si el Consorcio ha cumplido con entregar de manera correcta los bienes solicitados por la Entidad mediante las Órdenes de Compra N° 0000094, N° 0000208 y N° 0000220.

Del Informe Técnico N° 066-2010/ARH-RPH de fecha 24 de junio de 2010, el Técnico Especialista Raúl Pajuelo Huamán, perteneciente a la Oficina de Informática del Ministerio establece que, luego de la revisión técnica de los 141 bienes adquiridos por la Entidad, los CPUs no cumplen con las Especificaciones Técnicas Mínimas de la Oficina Informática y la propuesta técnica del proveedor.

Detallando dichas observaciones de la siguiente manera:

- En 54 CPU revisados, se observó a través del programa de configuración (SETUP) que las memorias RAM instaladas son de característica DDR2-667 MHZ; siendo inferior en velocidad a lo especificado en la propuesta técnica del proveedor que ofrece DDR2-800Mhz.
- En el CPU N° 55, se observó a través del programa de configuración (SETUP), que tiene un procesador Pentium Dual Core E5200 2.50 Ghz/L2 Cache 2MB/Bus 800Mhz, que es de características inferiores a la propuesta técnica del proveedor.
- Aleatoriamente del lote de 141 Computadoras Personales, se realizó en uno de los CPU la instalación del Sistema Operativo (S.O.) Windows Vista, mediante los CD(medias) que vienen incluidas en las PC; Observándose: Que no tiene la opción de instalación en idioma español. Cabe indicar, que en la propuesta del proveedor especifica que el S.O. es en español.
- Asimismo, en la propuesta técnica del proveedor precisa que la Memoria RAM y Disco Duro instalados en todos los CPU son **marca HP**. Por lo tanto, estos componentes de cómputo deben ser revisados físicamente, por ello el proveedor debe aperturar todos los CPU y en coordinación con personal técnico de la Oficina Informática verificar que los mismos sean de dicha marca.

Asimismo, mediante Informe Técnico N° 081-2010/ARH-RPH de fecha 21 de julio de 2010, el mismo Técnico Especialista Raúl Alejo Huamán, de la Oficina de Informática del Ministerio de Educación, establece lo siguiente:

- *Los puntos 1 y 2 fueron subsanados por el proveedor.*
- *El punto 3, no fue subsanado por el proveedor.*
- *Respecto al punto 4, fueron aperturados 141 CPU, por técnicos enviados por el proveedor, y el Sr. Alberto Ferrel (Técnico de la Oficina de Informática del MED) realizó la verificación física de los Discos Duros y Memorias RAM, sean Marca HP, detectando:*
 - *En 61 CPU las memorias RAM no eran Marca HP, el proveedor las reemplazó por marca HP. Ver reporte de Servicio de IT Storage N° 000284 y 000288. De aquí no se consideran 55 CPU que fueron subsanados en el punto 1.*
 - *En 81 CPU los Discos Duros no son Marca HP, ver relación de CPU asociados a estos Discos adjunto a este informe.*

Conforme se puede observar de este último Informe Técnico, este Colegiado advierte que el Consorcio cumplió con subsanar las observaciones respecto al punto 1 y 2 del Informe Técnico N° 066-2010 /ARH-RPH de fecha 24 de junio de 2010.

De igual forma, respecto al punto 4 de las observaciones señaladas en el Informe Técnico N° 066-2010/ARH-RPH, el Consorcio únicamente habría subsanado la observación respecto a los 61 CPU que no contaban con memorias RAM de marca HP.

Teniendo presente lo indicado, este Tribunal Arbitral tiene por conveniente establecer que el Consorcio ha cumplido con subsanar las observaciones del Informe Técnico N° 066-2010/ARH-PRH señaladas en el punto 3 y en el punto 4 (únicamente respecto a los 81 discos duros que no son de marca HP).

Para resolver este incidente este Colegiado realizó una pericia, la cual es considerada como aquel medio de prueba que puede ser ofrecida por cualquiera de las partes para que una persona ajena al proceso arbitral y/o entorno de los sujetos de la relación contractual emitan su opinión calificada respecto de algún punto o

materia que escapa al entendimiento del Árbitro y que debe necesariamente formar convicción en aquel²⁸.

De la misma manera, esta persona ajena que emite opinión respecto a algún punto controvertido es llamado perito, el mismo que tiene como finalidad ser el colaborador que permite al Tribunal comprender los temas técnicos de fondo para mejor resolver la discrepancia entre las partes²⁹.

Es por ello que, mediante Resolución N° 18 de fecha 13 de mayo de 2011, este Colegiado dispuso la actuación de una pericia de oficio, fijando como objeto de la misma lo señalado en el décimo considerando de la Resolución N° 34 de fecha 20 de marzo de 2012, la cual, establece que:

"(...) precísese que el objeto de la pericia será que el perito determine lo siguiente: (i) Atendiendo a las Órdenes de Compra N° 0000094, 0000208 y 0000220, determinar si se levantaron las observaciones contenidas en el Informe Técnico N° 304-2010/OFIN-AIT-ST, el cual se remite al Informe Técnico N° 066-2010/ARH-RPH; y (ii) Determinar si las observaciones contenidas en el Informe Técnico N° 304-2010/OFIN-AIT.ST, el cual se remite al Informe Técnico N° 066-2010/ARH-RPH, han sido realizadas conforme a lo establecido en las especificaciones técnicas contenidas en las Bases Integradas de la Licitación Pública N° 0029-2009-ED/UE 026 y en la propuesta técnica ganadora presentada por el Contratista (...)"

Cabe precisar que, en la mencionada Resolución N° 18 se estableció que para un mayor esclarecimiento de las observaciones realizadas por la Entidad se realizaría una Inspección Ocular, en la cual, el perito analizaría los equipos de cómputo para conocer si las observaciones son conforme a la realidad.

De igual manera, mediante escrito de fecha 21 de junio de 2011, el profesional encargado de la pericia Javier Pantoja Sánchez (en adelante, el perito) estableció que el peritaje que realizaría consistiría en la revisión física de 141 computadoras, además, el referido profesional indico expresamente que: *"Después de la revisión*

²⁸ ÁLVAREZ PEDROZA, Alejandro. El arbitraje Ad Hoc en las Contrataciones del Estado. En: Instituto Pacífico S.A.C., Lima, 2010. Pág. 182.

²⁹ Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje. Tomo I. En: Instituto Peruano de Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversiones. Lima, 2011. Pág. 525.

física de las partes de cada computadora, se tiene que armar cada una de las 141 computadoras y verificar su funcionamiento e inspeccionar el reconocimiento lógico de los componentes”.

Asimismo, en su escrito de fecha 11 de agosto de 2011, el perito señala que: “(...) como explique en mi propuesta se requiere no solo de la verificación física de los equipos, sino también es necesario verificar su funcionamiento y constatar de esta manera si los equipos cumplen los requisitos del contrato (...)”.

De lo señalado en los mencionados escritos se advierte que para el perito, la revisión física de los equipos entregados por el Consorcio es primordial para la emisión de un correcto Informe Pericial, siendo la mera actividad documentaria no fundamental para conocer los hechos que producen que la Entidad emita observaciones a los equipos.

Así pues, mediante Resolución N° 30 de fecha 28 de diciembre de 2011, este Tribunal Arbitral dispuso la realización de una inspección ocular para el día 16 de enero de 2012, otorgando un plazo de tres (3) días hábiles para que la Entidad precise el lugar donde se encontraban los equipos, para así, el perito pueda acercarse a dicho lugar, y efectúe, la inspección ocular respectiva; sin embargo, dicha inspección no se realizó debido a que a la Entidad no otorgó la información correspondiente al lugar exacto donde se encontraban los equipos en dicha fecha.

Asimismo, mediante Resolución N° 31 de fecha 09 de enero de 2010, este Colegiado nuevamente solicitó a la Entidad que identifique el lugar donde se realizaría la inspección ocular; es así que, mediante escrito de fecha 06 de febrero de 2012, la Entidad cumple con precisar el lugar donde se ubicaban los equipos que iban a ser revisados por el perito.

Sin embargo, mediante escrito de 04 de abril de 2012, la Entidad informa a este Tribunal que con fecha 08 de marzo de 2012 se produjo un incendio en el Almacén donde se encontraban los equipos que iban a ser materia de inspección; motivo por el cual, no se realizó la inspección. Cabe indicar en este punto, que el siniestro ocurrido en los almacenes de la Entidad, los equipos se encontraban bajo la custodia del acreedor, en este caso la Entidad, y no bajo la esfera de deber de cuidado del Consorcio.

De otro lado, el artículo 38° de la Ley de Arbitraje establece que: "*Las partes están obligadas a observar el principio de buena fe en todos sus actos e intervenciones en el curso de las actuaciones arbitrales y a colaborar con el tribunal arbitral en el desarrollo del arbitraje*"³⁰.

De esta manera, una de las manifestaciones de la buena fe de las partes en materia arbitral consiste en que éstas deberán siempre tener una actitud de colaboración y cooperación frente al Tribunal Arbitral, para que así éste pueda dirimir de manera correcta la controversia que se encuentra a su cargo.

Al respecto, a pesar de que, la demandada conocía de la importancia de la realización de una inspección ocular a los bienes entregados por el Consorcio, ésta no proporcionó de manera oportuna el lugar donde se encontraban los bienes que iban a ser materia de inspección, contraviniendo así, a su deber de buena fe, puesto que su actuar produjo la dilatación de la realización de la inspección ocular, la misma que, finalmente, no pudo realizarse por el siniestro antes mencionado.

Por lo tanto, este Tribunal Arbitral establece que si bien la imposibilidad de realizar la inspección ha sido producto de un hecho que escapa de la esfera de dominio de la Entidad, esta última es responsable de su no realización, debido a su continua demora en proporcionar el lugar donde se ubicaban los bienes, conociendo además, que dicha inspección era primordial para el esclarecimiento de los hechos alegados por ambas partes, incumpliendo así, su deber al principio de buena fe que tienen las partes que se encuentran inmersas en un proceso arbitral.

De esta manera, el dictamen pericial emitido por el perito no cuenta con todos los medios suficientes para que el Colegiado pueda tener certeza respecto a los hechos acaecidos en el presente arbitraje, conforme el propio perito señaló para el cabal cumplimiento de sus obligaciones y realizar una pericia acertada, debía realizar la inspección a los equipos materia del contrato, armarlos, abrirlos y revisarlos, para así observar el funcionamiento correcto de dichos componentes de forma individual y en conjunto, de conformidad con lo establecido en el contrato.

De esta manera, a entender de este Colegiado, la pericia y el dictamen carecen de sustento probatorio, es decir que no pueden apoyarse en elementos físicos reales

³⁰ El resaltado y subrayado es nuestro.

que respalden las conclusiones arribadas y que, más aun, creen convicción en el Tribunal para resolver la presente controversia, ya que, la finalidad de todo peritaje es coadyuvar al esclarecimiento de los hecho, lo que en este caso en particular deviene en imposible debido al siniestro ocurrido. En consecuencia, este Colegiado considera, más bien, una contradicción que la propia emisión de un dictamen cuando el propio perito considera relevante realizar la revisión *in situ* de los equipos de cómputo entregados por el Consorcio.

En la misma línea de análisis y siendo que, no se cuenta con la verificación física de los equipos de cómputo para la elaboración del Informe Pericial, tan solo se analizaron los documentos presentados por las partes, los mismos que sirven de sustento para fortalecer sus posiciones, se debe precisar que el Informe Pericial se sustenta únicamente en documentos presentados por la Entidad, lo cual carece de objetividad y no sirve para coadyuvar al esclarecimiento de los hechos a fin de que este Colegiado tenga mayores elementos de juicio para la resolución de la presente controversia, pues como ya se mencionó, el dictamen no se sustenta en mecanismos probatorios reales sino en las posiciones alegadas por las partes, las cuales a todas luces solo sirven para sostener sus posiciones.

En relación a lo señalado en el párrafo anterior, se debe resaltar que de las absoluciones a las observaciones realizadas al dictamen pericial de fecha 23 de julio de 2012, el perito indica lo siguiente: *"es importante aclarar que el objetivo 1, dice textualmente determinar si las observaciones fueron levantadas o subsanadas por el contratista. Y no hay Informe Técnico ni Reporte de Servicio, de las partes que indique que se levantó o subsanó esta observación"*.

Al respecto, este Colegiado considera que lo señalado por el perito no es correcto, debido a que el objeto de la pericia se encuentra claramente definido, en razón a que dicho profesional debió realizar un análisis respecto a las observaciones, teniendo presente si éstas son o no correctas, en base, no solo a los documentos presentados por las partes sino más bien (tal como el mismo perito indicó) a una inspección *in situ* de los equipos entregados; de esta manera, siendo que, la subsanación de las observaciones solamente puede ser considerada como obligatoria, siempre y cuando, dichas observaciones sean correctas, se debe concluir que no se ha comprobado fehacientemente mediante la revisión e inspección de los componentes y equipos entregados, si las observaciones planteadas eran o no amparables.

Cabe recalcar sobre esto último, que en tanto la pericia como sus conclusiones se apoyan en pruebas documentales que nada más sustentan las posiciones de las partes y han sido aportadas por estas mismas, no se puede determinar con certeza ni mucho menos afirmar con severidad que las observaciones tenían fundamento fáctico, ello solo se habría logrado, como bien lo estableció en un inicio el perito designado, con una inspección de cada uno de los componentes de los equipos entregados y habiéndose determinado su funcionamiento, situación que no ocurrió por el siniestro en los almacenes del Ministerio.

Por los motivos expuestos, este Tribunal Arbitral considera que lo dictaminado en el Informe Pericial de fecha 22 de mayo de 2012 no coadyuva al esclarecimiento de los hechos del presente arbitraje; en consecuencia, debe indicarse que no se tendrá presente lo dictaminado por el perito en su Informe Pericial, motivo por el cual, este Colegiado realizará el análisis respectivo para resolver la presente controversia tomando en consideración no solo todos los medios probatorios presentados por las partes los cuales obran en autos y afirmaciones vertidas a lo largo del presente proceso, sino también evaluará la conducta en el desenvolvimiento de la ejecución contractual así como del proceso arbitral de ambas partes.

Ahora bien, teniendo en cuenta que la pericia no ayuda a establecer si el Consorcio ha cumplido con subsanar las observaciones del Informe Técnico N° 066-2010/ARH-PRH señaladas en el punto 3 y en el punto 4 (únicamente respecto a los 81 disco duros que no son de marca HP), corresponde emitir un pronunciamiento sobre este incidente.

De la observación 3 del Informe Técnico N° 066-2010/ARH-PRH de fecha 24 de junio de 2010, se estableció que: *"Aleatoriamente del lote de 141 Computadoras Personales, se realizó en uno de los CPU la instalación del Sistema Operativo (S.O.) Windows Vista, mediante los CD (medias) que vienen incluidas en las PC; Observándose: Que no tiene la opción de instalación en idioma español. Cabe indicar, que en la propuesta del proveedor especifica que el S.O. es en español."*

Del escrito de fecha 27 de abril de 2012, el Consorcio señala lo siguiente: *"Los Cds (medias) a los que se refieren dicha observación consta de dos Cds:*

- *HP Restore Plus (usado para la reinstalación de todo el equipo a condición original de fábrica), este Cds como se puede apreciar es multilingual, es decir que incluye el procedimiento de reinstalación en idioma español.*
- *Operating System DVD (Cd del sistema operativo), éste Cd corresponde al Sistema Operativo en Español"*

Al respecto, se aprecia que el CD presentado por el Consorcio denominado "Operating System DVD - Windows Vista Business", es de utilidad para la instalación del Sistema Operativo de los equipos de cómputo, el cual, además se encuentra en su versión en idioma "Español".

De la misma manera, en caso se produzca un problema en los equipos de cómputo, se advierte que se utilizará el CD de Restauración, el cual solamente puede ser de utilidad en aquellos equipos de cómputo que hayan sido instalados con el Sistema Operativo "Windows Vista Business", indicándose además, que la restauración del sistema se realiza en la versión del idioma del CD del Sistema Operativo, puesto que cuenta con la aplicación "multilingual".

De esta manera, este Tribunal Arbitral considera que el CD presentado por el Consorcio, mediante el cual se realiza la instalación del Sistema Operativo cumple con las características técnicas solicitadas por la Entidad, puesto que dicho sistema se encuentra en la versión de idioma "Español"; además, el CD de restauración del Sistema Operativo podrá ser utilizado en el idioma original del CD del Sistema Operativo, que en el presente caso, es el "Español".

En base a estas consideraciones, la observación 3 del Informe Técnico N° 066-2010/ARH-RPH de fecha 24 de junio de 2010, realizada por la Entidad no es válida; debido a que, el Consorcio sí ha presentando el CD del Sistema Operativo y el CD de Restauración en sus versiones de idioma "español" cumpliendo así, con lo señalado en las Especificaciones Técnicas contenidas en las Bases y la Propuesta Técnica propuesta por el Consorcio.

En cuanto a la observación 4 del Informe Técnico N° 066-2010/ARH-RPH de fecha 24 de junio de 2010, se señalo lo siguiente: *"En la propuesta técnica del proveedor precisa que la Memoria RAM y Disco Duro instalados en todos los CPU son **marca HP**. Por lo tanto, estos componentes de cómputo deben ser revisados físicamente,*

por ello el proveedor debe aperturar todos los CPU y en coordinación con personal técnico de la Oficina Informática verificar que los mismos sean de dicha marca”.

Asimismo, mediante Informe Técnico N° 081-2010/ARH-RPH de fecha 21 de julio de 2010, se señaló respecto a la absolución de la observación 4, lo siguiente: “En 81 CPU los Discos Duros no son Marca HP”.

Al respecto, el Artículo 54° del Reglamento de Contrataciones del Estado, establece que: “Mediante escrito debidamente fundamentado, los participantes podrán formular observaciones a las Bases, las que deberán versar sobre el incumplimiento de las condiciones mínimas a que se refiere el artículo 26° de la Ley, de cualquier disposición en materia de contrataciones del Estado u otras normas complementarias o conexas que tengan relación con el proceso de selección. El Comité Especial deberá absolverlas de manera fundamentada y sustentada, sea que las acoja, las acoja parcialmente o no las acoja, mediante un pliego absolutorio que deberá contener la identificación de cada observante y la respuesta del Comité Especial para cada observación presentada. El mencionado pliego deberá ser notificado a través del SEACE en la sede de la Entidad y a los correos electrónicos de los participantes, de ser el caso.”

Así pues, el doctor Alejandro Álvarez³¹ establece que: “Las observaciones constituyen un cuestionamiento a las Bases por no contener los requisitos que la Ley y el Reglamento exigen. La ley dice que, mediante las observaciones, se cuestionan las Bases en lo relativo al incumplimiento de las condiciones mínimas o de cualquier disposición en materia de contrataciones del Estado u otras normas complementarias o conexas que tengan relación con el proceso de selección”.

De la misma manera, el Artículo 59° del Reglamento de Contrataciones del Estado, señala que: “Una vez absueltas todas las consultas y/u observaciones, o si las mismas no se han presentado, las Bases quedarán integradas como reglas definitivas y no podrán ser cuestionadas en ninguna otra vía ni modificadas por autoridad administrativa alguna (...)”.

Con escrito de fecha 10 de diciembre de 2009, la empresa Digital Computer Service S.R.Ltda., postor a la Licitación Pública N° 0029-2009-ED/UE 026 realiza una

³¹ ALVAREZ PEDROZA, Alejandro. Op. Cit. Pág. 635

observación a las Bases de la Licitación Pública antes referida, respecto a los Requisitos Técnicos Mínimos que se encuentran detallados en el Capítulo III.

Posteriormente, la Oficina de Informática del Ministerio emite el Informe N° 32-2009/OI-YCV a través del cual, realiza su pronunciamiento respecto a la observación planteada por el citado postor, estableciendo lo siguiente:

"SE ACOGE LA OBSERVACIÓN. De acuerdo al PRONUNCIAMIENTO N° 128-2009/DTN, que señala que deberá suprimirse todo requerimiento referido a que el CPU, monitor, teclado y mouse sean de la misma marca del equipo propuesto.

En ese sentido, esta Oficina ha visto por conveniente retirar el párrafo: **Sólo se considerará propuestas con CPU, Monitor, Teclado y Mouse de la misma marca del equipo propuesto".**

En consecuencia, el Comité Especial en el documento denominado Absolución de Consultas y Observaciones remitida a las partes mediante el Oficio N° 001-LP N° 0029-2009-ED/UE 026 de fecha 14 de diciembre de 2009, señala en el punto Observación N° 01, lo siguiente:

"En ese sentido el Comité Especial, en atención al Principio de Libre Concurrencia y Competencia que rige las contrataciones públicas, y a lo solicitado por la Oficina de Informática, ha visto por conveniente por retirar el párrafo: "solo se considerará propuestas con CPU, Monitor, Teclado y Mouse de la misma marca del equipo propuesto", a que se refiere los requerimientos técnicos mínimos, contenidos en las Bases".

De esta manera, en el presente caso, tal como hemos señalado en párrafos anteriores, el Comité Especial estableció que el postor no podrá ser excluido del proceso de selección por el hecho de no presentar una propuesta que contenga la entrega de bienes de diferentes marcas, siendo dicha absolución a la referida observación, parte integrante de las Bases Integradas de la Licitación Pública N° 0029-2009-ED/UE 026.

De otro lado, el doctor Alberto Retamozo³² en relación al Principio de Trato Justo e Igualitario, que todo postor de bienes, servicios o de obras regulado en el literal k) del Artículo 4° de la Ley de Contrataciones del Estado establece que: *"Debe tener participación y acceso para contratar con las Entidades en condiciones semejantes, estando prohibida la existencia de privilegios, ventajas o prerrogativas"*.

De igual forma, haciendo mención a Julio Comadira, el doctor Alberto Retamozo³³ señala que el trato igualitario mantiene su vigencia incluso luego de celebrarse el acuerdo de voluntades, porque la Administración no podrá durante el desarrollo de la relación contractual modificar indebidamente las bases licitatorias para favorecer ni perjudicar a su contraparte.

En el presente caso, se debe tener en cuenta que la condición referida a la entrega de bienes de la misma marca - en la etapa precontractual - fue retirada de las bases licitatorias por parte del Comité Especial, motivo por el cual, este colegiado entiende que el propio Comité Especial autoriza a los postores a entregar los componentes de los equipos no necesariamente de una misma marca, esto último debido a que, como anteriormente establecimos, el propio Comité Especial resolvió acogerse a las observaciones realizadas. Por tanto, el cuestionamiento respecto de la entrega de componentes (Disco duro RAM y Memoria RAM) que no corresponden a una misma marca devendría en una clara vulneración al principio de trato igualitario. Entonces, si de un lado tenemos que el Comité Especial autoriza a los postores, en ese momento, a entregar los componentes Disco duro RAM y Memoria RAM que no necesariamente sean de una misma marca y de otro lado tenemos que en el supuesto de que el Consorcio, ganador de la buena pro, con posterioridad hubiese entregado los bienes materia de contrato cuyos componentes no serán de una misma marca, entonces no existe incongruencia entre lo entregado y lo requerido en las bases. .

Sobre la diligencia que debió observar el Contratista, este Colegiado entiende que dicha conducta, en el presente caso, era de cargo del deudor hasta el momento de la entrega del bien, situación que sucedió, quedando excluida de la esfera de dominio del Consorcio el cuidado de dichos bienes y la observancia posterior a la entrega.

³² **RETAMOZO LINARES**, Alberto. Contrataciones y Adquisiciones del Estado y Normas de Control. En: Juristas Editores E.I.R.L. Lima, 2009. Pág. 134.

³³ Ídem

Ahora bien, tomando en cuenta que quien alega el hecho debe probarlos, la Entidad a través de sus informes realiza imputaciones al contratista sobre el incumplimiento de este ultimo sin embargo durante el proceso arbitral no ha podido acreditarlo, basándose únicamente en sus propias alegaciones.

Por lo tanto, al haber presentado el Consorcio los equipos de cómputo conforme a las Especificaciones Técnicas Mínimas, no existen observaciones válidas, motivo por el cual, este Tribunal Arbitral declara la ineficacia legal de la Carta Notarial N° 201-2010-ME/SG-OGA-UA, así como de la Resolución de Secretaría General N° 1051-2010-ED, a través de las cuales el Ministerio resolvió el Contrato materia de litis.

Por las razones expuestas, este Colegiado considera que el presente punto controvertido debe ser declarado FUNDADO, en consecuencia corresponde declarar la ineficacia legal de la Carta Notarial N° 201-2010-ME/SG-OGA-UA, así como de la Resolución de Secretaría General N° 1051-2010-ED, a través de las cuales el Ministerio resolvió el contrato materia de litis.

II.2.2.6 Atendiendo a lo que se establezca en relación al punto 5) precedente, determinar si corresponde ordenar o no que el Ministerio pague a favor del Consorcio el monto ascendente a S/. 535,800.00, por concepto de contraprestación de la venta de los equipos de cómputo que fueron entregados al Ministerio (en adelante, los equipos).

Siendo que el punto controvertido precedente ha sido declarado fundado corresponde emitir un pronunciamiento sobre el presente punto controvertido.

En el anterior punto controvertido, el Tribunal ha establecido que la Resolución de Contrato efectuada por la Entidad es ineficaz; en consecuencia, el Consorcio ha cumplido con su prestación de manera correcta, cumpliendo con entregar los bienes conforme a las Bases Integradas de la Licitación Pública N° 0029-2009-ED/UE 026.

Asimismo, de los documentos presentados en el presente caso, se observa que el Consorcio ha cumplido con la entrega de los bienes solicitados mediante las Órdenes de Servicio N° 0000094, N° 0000209 y N° 0000220.

En tal sentido, el Artículo 176° del Reglamento de Contrataciones, establece que:
"La recepción y conformidad es responsabilidad del órgano de administración o, en su caso, del órgano establecido en las Bases, sin perjuicio de lo que se disponga en las normas de organización interna de la Entidad".

De conformidad con lo dispuesto en el citado dispositivo legal se debe tener presente que, la recepción es la acción mediante la cual la Entidad recibe la prestación que se encuentra a cargo de la Contratista, y la conformidad consiste en la acción de la Entidad de verificar que la prestación realizada por la Contratista cumpla con todos los requisitos solicitados por ésta en las Bases de la Licitación.

En el presente arbitraje, la Entidad no otorgó la conformidad respecto a los bienes entregados por el Consorcio, pues mediante Informe Técnico N° 066-2010/ARH-RPH de 24 de julio de 2010 se realizaron las observaciones a los bienes suministrados.

Sin embargo, como se indicara en el punto controvertido precedente, se ha establecido que las observaciones realizadas por la Entidad no fueron correctas; por lo que, este Tribunal Arbitral establece que al no existir observaciones válidas a los bienes entregados por el Consorcio, se le debe otorgar la conformidad a la prestación realizada por la demandante.

De igual forma, el Artículo 177° del Reglamento de Contrataciones establece que:
"Luego de haberse dado la conformidad a la prestación se genera el derecho al pago del contratista".

En ese sentido, habiendo establecido este Colegiado que en el presente caso las observaciones realizadas por la Entidad no fueron correctas, de lo cual se desprende que se debió emitir la conformidad de la prestación, entonces el Consorcio tiene el derecho de solicitar el pago como contraprestación del cumplimiento de su obligación.

Al respecto, podemos identificar que en autos obran las Facturas N° 001-0000152, N° 001-0000163 y N° 0000164 correspondientes a la entrega de los bienes solicitados por la Entidad a través de las Órdenes de Compra N° 000094, N° 0000220 y N° 0000209, respectivamente, advirtiéndose que el monto total de tales facturas ascienden a la suma de S/. 535,800.00 (Quinientos Treinta y Cinco Mil

Ochocientos y 00/100 Nuevos Soles), monto que debe ser asumido por la Entidad a favor del Consorcio.

Por lo tanto, este Tribunal Arbitral declara FUNDADO el presente punto controvertido y, en consecuencia, determina que corresponde ordenar al Ministerio de Educación el pago a favor del Consorcio por el monto ascendente a S/. 535,800.00 (Quinientos Treinta y Cinco Mil Ochocientos y 00/100 Nuevos Soles) por concepto de contraprestación del cumplimiento de la obligación de la demandante.

II.2.2.7 Atendiendo a lo que se establezca en relación al punto 6) precedente, determinar si corresponde o no ordenar que el Ministerio pague a favor del Consorcio los intereses correspondientes y, de ser el caso, determinar desde qué fecha se debería pagar por tal concepto hasta la fecha efectiva de pago.

En atención a que el punto controvertido precedente ha sido declarado fundado, corresponde emitir un pronunciamiento sobre el presente punto controvertido.

Al respecto, el Artículo 48° de la Ley de Contrataciones del Estado señala que: *"En caso de atraso en el pago por parte de la Entidad, salvo que se deba a caso fortuito o fuerza mayor, ésta reconocerá al contratista los intereses legales correspondientes"*.

Asimismo, el Artículo 181° del Reglamento establece: *"En caso de retraso en el pago, el contratista tendrá derecho al pago de intereses conforme a lo establecido en el artículo 48° de la Ley, contado desde la oportunidad en el pago debió efectuarse"*.

Habiéndose declarado fundado el sexto punto controvertido, este Tribunal Arbitral deberá determinar si corresponde declarar o no el pago de los respectivos intereses; y de ser el caso, determinar el tipo de intereses y la fecha desde que deberán computarse.

Para ello, resulta pertinente citar a los doctores Felipe Osterling Parodi y Mario Castillo Freyre³⁴:

"(...) Debe quedar claro que el pago de intereses es susceptible de aplicarse a todo tipo de deudas, entiéndase: deuda pecuniaria o dineraria y deuda no pecuniaria o de valor (...).

De este modo, no la naturaleza de la obligación principal, ni el objeto de su prestación, constituyen óbice para el cobro de los intereses". (El subrayado es nuestro).

En el caso materia de controversia, se ha determinado que la Entidad debe cancelar a favor del Consorcio, la suma ascendente a S/. 535,800.00 (Quinientos Treinta y Cinco Mil Ochocientos y 00/100 Nuevos Soles), por concepto de contraprestación del cumplimiento de la obligación de la demandante.

De lo señalado en el considerando anterior se puede inferir que la Entidad tiene una deuda a favor del Consorcio, la misma consiste en la efectivización de su contraprestación por el cumplimiento de la prestación del Consorcio. Por tal motivo, encontrándonos frente a una deuda que a la fecha no ha sido cancelada, corresponde declarar que el Consorcio tiene derecho también a percibir los respectivos intereses.

Ahora bien, para poder determinar el tipo de interés que corresponde al Consorcio, tenemos primero que conocer los tipos de intereses que encontramos en nuestra legislación.

Así, el ordenamiento peruano ha establecido dos tipos de intereses: el interés compensatorio y el moratorio. El primero se da cuando se constituye la contraprestación por el uso del dinero o de cualquier otro bien. A diferencia, el interés será moratorio cuando tiene por finalidad indemnizar la mora en el pago, conforme a lo dispuesto en el Artículo 1242° del Código Civil.

³⁴ Osterling Parodi, Felipe y Castillo Freyre, Mario. "Compendio de Derecho de las Obligaciones". Lima: Palestra Editores, p.517.

Habiendo definido ambos tipos de intereses, queda claro que para la aplicación de los mismos en el presente arbitraje, corresponderá aplicar solamente los moratorios, en tanto lo que se busca es reparar los daños y perjuicios por el retraso en la ejecución de una obligación.

Al respecto, Fernández Fernández señala:

*"(...) los intereses moratorios vienen a ser aquellos que constituyen la manera de indemnizar supletoriamente al acreedor por el cumplimiento tardío de la obligación pecuniaria por parte del deudor, cubriéndose de esta manera los daños y perjuicios ocasionados precisamente por efectos de la mora en el pago"*³⁵.

Asimismo, el Artículo 1246° del Código Civil ha establecido que si los contratantes no pactan el pago de un interés moratorio, el deudor se encontrará obligado al pago de un determinado tipo de interés por causa de mora, que según sea el caso, se tratará del interés compensatorio (pactado) o del interés legal³⁶.

En ese sentido, de autos se advierte que la Entidad y el Consorcio no han pactado ningún tipo de interés; por lo que, para la resolución del presente punto controvertido, este Tribunal Arbitral se regirá por los intereses legales a los que hace alusión el Artículo 1246° del Código Civil. Al respecto, el Artículo 1244° del mismo cuerpo normativo, nos precisa que la tasa de interés legal será fijada por el Banco Central de Reserva del Perú.

Para ello, y siendo que los intereses a los que hacemos alusión, se tratan de intereses por mora, se deberá determinar desde cuando se produce dicho interés. En ese sentido, se advierte que las partes no han pactado nada al respecto; sin embargo, tenemos que el Artículo 1334° del Código Civil dispone que:

"En las obligaciones de dar suma de dinero cuyo monto requiera ser determinado mediante resolución judicial, hay mora a partir de la fecha de la citación con la demanda (...)"

³⁵ Fernández Fernández, César, "Interés por Mora". En: Código Civil Comentado: comentan 209 especialistas en las diversas materias del derecho civil. Lima: Gaceta Jurídica, 2007. Pág. 418.

³⁶ Osterling Parodi, Felipe y Castillo Freyre, Mario. Op. Cit. Pág. 533.

De lo expuesto, se desprende que los intereses moratorios para cuyo cálculo se aplicará la tasa de interés legal, se deberán computar a partir de la fecha de presentación de la demanda para someter a arbitraje la controversia surgida en torno a la Resolución del Contrato celebrado entre la Entidad y el Consorcio.

Cabe indicar que, el presente arbitraje se inicia en la fecha de recepción de la solicitud para someter la presente controversia a arbitraje, de acuerdo a lo establecido en el Artículo 33° de la Ley de Arbitraje, aprobado mediante Decreto Legislativo N° 1071, es por ello que, este Tribunal Arbitral ha considerado conveniente de acuerdo a los fundamentos expuestos otorgar los intereses a partir del inicio de arbitraje, es decir desde la fecha de recepción de la solicitud para someter la presente controversia a arbitraje.

En tal sentido, siendo que la solicitud para someter la presente controversia a arbitraje fue recepcionada por la Entidad con fecha 13 de octubre de 2010, es desde esta fecha que se deberá computar el pago de intereses legales a favor del Consorcio, en base al monto adeudado, esto es la suma de S/. 535,800.00 (Quinientos Treinta y Cinco Mil Ochocientos y 00/100 Nuevos Soles).

Por lo tanto, este Tribunal Arbitral resuelve declarar FUNDADO el presente punto controvertido respecto a los intereses legales devengados; para lo cual, deberá aplicarse la tasa de interés legal fijada por el Banco Central de Reserva del Perú a la suma de S/. 535,800.00 (Quinientos Treinta y Cinco Mil Ochocientos y 00/100 Nuevos Soles); dicho interés empezará a computarse desde la fecha de recepción de la solicitud para someter la controversia a arbitraje, esto es, a partir del día 13 de octubre de 2010.

II.2.2.8 En caso se dé una respuesta negativa al punto 6) precedente, determinar si corresponde ordenar o no que el Ministerio pague a favor del Consorcio el monto ascendente a S/. 535,800.00, por concepto de enriquecimiento sin causa.

El presente punto controvertido no reviste de mayor análisis, puesto que este Colegiado ha determinado declarar fundado el sexto punto controvertido; motivo por el cual, no corresponde que este Tribunal emita pronunciamiento sobre el

presente punto controvertido declarando que Carece de Objeto pronunciarse sobre este punto.

II.2.2.9 Atendiendo a lo que se establezca en relación al punto 8) precedente, determinar si corresponde o no ordenar que el Ministerio pague a favor del Consorcio los intereses correspondientes y, de ser el caso, determinar desde qué fecha se debería pagar por tal concepto hasta la fecha efectiva de pago.

El presente punto controvertido no reviste de mayor análisis, puesto que este Colegiado ha determinado fundado el sexto punto controvertido por tanto carecía de objeto pronunciarse respecto del noveno punto controvertido; razón por la cual, carece de objeto que este Colegiado se pronuncie respecto de este punto controvertido.

II.2.2.10 Determinar si corresponde ordenar o no que el Ministerio devuelva al Consorcio su Carta Fianza N° 0011-0486-9800011869-89 emitida por el Banco Continental (Garantía de Fiel Cumplimiento).

Este Tribunal Arbitral considera que el presente punto controvertido tiene como fundamento principal el análisis respecto si la ejecución de la Carta Fianza N° 0011-0486-9800011869-89 correspondiente a la Garantía de Fiel Cumplimiento, emitida por el Banco Continental es correcta o no, a fin de determinar si corresponde su devolución.

Así, el Artículo 158° del Reglamento de Contrataciones del Estado, establece que: *"Como requisito indispensable para suscribir el contrato, el postor ganador debe entregar a la Entidad la garantía de fiel cumplimiento del mismo. Esta deberá ser emitida por una suma equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato original y tener vigencia hasta la conformidad de la recepción de la prestación a cargo del contratista, en el caso de bienes y servicios (...)"*.

Igualmente, se entiende que la Garantía de Fiel Cumplimiento debe cubrir todas las obligaciones a cargo del Contratista, derivadas de su vínculo contractual; además,

debe responder del necesario "buen hacer" del contratista y de las posibles responsabilidades en que pueda incurrir por defectos de los bienes suministrados³⁷.

De la misma manera, debido a que la condición para la suscripción del contrato es la entrega de la Garantía de Fiel Cumplimiento, la misma deberá ser presentada al momento en que el Contratista va a suscribir el contrato; sin embargo, nada impide que ésta sea presentada en momento anterior a la suscripción del contrato.

Al respecto, mediante Carta S/N de fecha 29 de diciembre de 2009, la entidad financiera "Banco Continental" informa a la Entidad que mediante Carta Fianza N° 0011-0486-9800011869-89 se avala al Consorcio hasta por la suma de S/. 53,580.00 (Cincuenta y Tres Mil Quinientos Ochenta y 00/100 Nuevos Soles), a fin de garantizar el fiel cumplimiento del Contrato derivado de Licitación Pública N° 0029-2009-ED/UE 026.

De otro lado, el Artículo 170° del Reglamento de Contrataciones del Estado, señala que el efecto subsecuente a la Resolución del Contrato, en caso que el perjudicado sea la Entidad, es la ejecución de las garantías que el contratista hubiese otorgado a favor de ésta última.

Mediante Resolución de Secretaría General N° 1051-2010-ED de fecha 20 de agosto de 2010, la Entidad resuelve aprobar la resolución total del Contrato N° 0001-2010-ME/SG-OGA-UA-APP derivada de la Licitación Pública N° 0029-2009-ED/UE 026, al haber incurrido el Consorcio en incumplimiento injustificado de sus obligaciones contractuales.

De la misma manera, este Colegiado advierte que en la Resolución de Secretaría General N° 1051-2010-ED de fecha 20 de agosto de 2010, mediante la cual la Entidad resuelve el Contrato N° 001-2010-ME/SG-OGA-UA-APP, se estableció expresamente lo siguiente: "Disponer la ejecución de la Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato N° 001-2010-ME/SG-OGA-UA-APP, contenida en la Carta Fianza N° 0011-0486-9800011869-89, en cuanto la presente resolución quede consentida³⁸".

³⁷RETAMOZO LINARES, Alberto. Op. Cit. Pág. 492

³⁸ El subrayado y sombreado es nuestro.

De igual forma, el Artículo 170° del Reglamento de Contrataciones del Estado establece que: *"Si la parte perjudicada es la Entidad, ésta ejecutará las garantías que la contratista hubiera otorgado, sin perjuicio de la indemnización por los mayores daños y perjuicios irrogados (...) Cualquier controversia relacionada con la resolución del contrato podrá ser sometida por la parte interesada a conciliación y/o arbitraje dentro de los quince (15) días hábiles siguientes de comunicada la resolución. **Vencido este plazo sin que se haya iniciado ninguno de estos procedimientos, se entenderá que la resolución ha quedado consentida**".*

De esta manera, tal como lo estableció en la Resolución de Secretaría General N° 1051-2010-ED, la Entidad únicamente puede realizar la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento siempre que esta se encuentre consentida; sin embargo, dicha ejecución no se ha producido, puesto que, la Resolución del Contrato N° 001-2010-ME/SG-OGA-UA-APP efectuada por la Entidad, ha sido sometida al presente arbitraje.

Así pues, de una revisión exhaustiva del expediente, este Colegiado advierte que no se ha cumplido con acreditar si la referida carta fianza ha sido o no efectivamente ejecutada, de tal manera que, en atención a la normativa vigente, corresponde que se devuelva la Carta Fianza N° 0011-0486-9800011869-89 al Consorcio, debido a que se ha declarado la ineficacia legal de la Carta Notarial N° 201-2010-ME/SG-OGA-UA, así como de la Resolución de Secretaría General N° 1051-2010-ED, a través de las cuales el Ministerio resolvió el contrato materia de litis.

Por lo expuesto, siendo que no se ha efectuado la ejecución de la garantía, corresponde la devolución de la Carta Fianza N° 0011-0486-9800011869-89 emitida por el Banco Continental (Garantía de Fiel Cumplimiento), en atención a que este Colegio ha determinado precedentemente que efectivamente el Consorcio entregó los bienes contratado, no existiendo así, retraso alguno en la entrega de los mismos, además, se ha determinado que la Entidad no respetó el deber de cuidado de los bienes entregados; por los motivos expuestos, este Tribunal Arbitral considera declarar el presente punto controvertido FUNDADO.

II.2.2.11 Atendiendo a lo que se establezca en relación al punto 10) precedente, determinar si corresponde o no ordenar que el Ministerio pague a favor del Consorcio los gastos administrativos por la renovación de la Carta Fianza N° 0011-0486-9800011869-89.

Sobre este punto controvertido este Colegiado debe señalar que, las Garantías de Fiel Cumplimiento deben encontrarse vigentes hasta el momento de culminación del contrato.

En el presente Contrato de Bienes el Artículo 42° de la Ley de Contrataciones con el Estado establece que: *"Los contratos de bienes y servicios culminan con la conformidad de recepción de la última prestación pactada y el pago correspondiente"*.

Igualmente, la Cláusula Sexta del Contrato, denominado "Adquisición de Equipos de Cómputo para las IIEE CAR 2006" establece que: *"El presente contrato tiene vigencia desde el día siguiente de la suscripción del documento que lo contiene, rige hasta que el funcionario competente dé la conformidad de la última prestación a cargo del contratista y se efectúe el pago o hasta su resolución de ser el caso"*.

Asimismo, el numeral segundo del artículo 164° del Reglamento de la Ley de Contrataciones respecto de la garantía de fie cumplimiento establece lo siguiente:

"La garantía de fiel cumplimiento y la garantía adicional por el monto diferencia de propuesta se ejecutaran, en su totalidad, solo cuando la resolución por la cual la Entidad resuelve el contrato por causa imputable al contratista, haya quedado consentida o cuando por el laudo arbitral consentido y ejecutoriado se declare procedente la decisión de resolver el contrato. El monto de las garantías corresponderá íntegramente a la Entidad, independientemente de la cuantificación del daño efectivamente irrogado."

De acuerdo al párrafo citado, la resolución por la cual se resuelve el contrato (por parte de la Entidad) no ha quedado consentida, ni tampoco se ha cumplido con acreditar que la referida garantía de fiel cumplimiento haya sido ejecutada, razón por la cual es de cargo del Consorcio mantener vigentes y renovar las garantías que tenga hasta la emisión del presente laudo, dejando a salvo el derecho de solicitar lo que convenga a su derecho en momento posterior.

De los medios probatorios presentados por las partes, se advierte que mediante Resolución de Secretaría General N° 1051-2010-ED de fecha 20 de agosto de 2010,

la Entidad resuelve aprobar la Resolución del Contrato materia de litis; por lo que, la Carta Fianza debió encontrarse vigente hasta dicha fecha.

Sin embargo, mediante Carta S/N de fecha 29 de diciembre de 2009, la empresa bancaria "Banco Continental" señaló que: **"Esta fianza que en ningún caso y por ningún concepto excederá al monto señalado en el párrafo anterior, regirá desde el 29-12-2009 hasta el 30-03-2010, a horas 12 meridiano, luego de lo cual el Banco quedará liberado de toda responsabilidad³⁹".**

Entonces siendo que, la fecha final de vigencia de la Carta Fianza N° 0011-0486-9800011869-89 era el 30 de marzo de 2010, el Consorcio debió realizar la renovación de dicha Carta Fianza hasta dicha fecha, hecho que, cabe resaltar no ha sido negado o cuestionado por su contraria.

Por tanto, conforme se ha establecido anteriormente es de cargo del Consorcio mantener vigentes y renovar las garantías que tenga hasta la emisión del presente laudo, dejando a salvo el derecho de solicitar lo que convenga a su derecho en momento posterior.

Por tales motivos, este Tribunal Arbitral declara INFUNDADO el presente punto controvertido, disponiendo que no corresponde ordenar al Ministerio pago alguno a favor del Consorcio por gastos administrativos derivados de la renovación de la Carta Fianza N° 0011-0486-9800011869-89.

II.2.2.12 En caso se haya ejecutado la carta fianza señalada en el punto 10) precedente, determinar si corresponde ordenar o no que el Ministerio devuelva al Consorcio la suma ascendente a S/. 53,580.00, monto efectivo que garantizaba dicha carta fianza (equivalente al 10% del monto contractual).

Este Tribunal Arbitral ha establecido en el décimo punto controvertido que no se ha acreditado fehacientemente que se haya procedido a efectivizar la ejecución de la

³⁹ El sombreado es nuestro.

Carta Fianza N° 0011-0486-9800011869-89, razón por la cual se concluyó declarar dicha pretensión IMPROCEDENTE por adolecer de sustento factico de fondo.

Por lo tanto, al guardar relación el presente punto controvertido con lo resuelto en el décimo punto controvertido, este Colegiado considera que no reviste realizar un mayor análisis respecto al presente punto controvertido, declarando IMPROCEDENTE el mismo, y en consecuencia, no debe ordenarse al Ministerio de Educación la devolución en efectivo del monto correspondiente a la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento N° 0011-0486-9800011869-89, en razón a que dicha fianza no ha sido ejecutada.

II.2.2.13 Atendiendo a lo que se establezca en relación al punto 12) precedente, determinar si corresponde o no ordenar que el Ministerio pague a favor del Consorcio los intereses correspondientes y, de ser el caso, determinar desde qué fecha se debería pagar por tal concepto hasta la fecha efectiva de pago.

El presente punto controvertido no reviste de mayor análisis, puesto que este Colegiado ha determinado declarar IMPROCEDENTE el duodécimo punto controvertido; razón por la cual, Carece de Objeto que este Tribunal emita pronunciamiento sobre el presente punto controvertido.

II.2.2.14 Determinar a quién corresponde el pago de los costos, costas y gastos arbitrales que genere el presente proceso arbitral.

Sobre este punto, es necesario recordar que el numeral 1) del artículo 72° del Decreto Legislativo N° 1071, Ley de Arbitraje, dispone que los árbitros se pronunciarán en el laudo arbitral sobre los costos indicados en su artículo 70°. Asimismo, el numeral 1) del artículo 73° de la citada ley señala que los árbitros deben tener presente, de ser el caso, lo pactado en el convenio arbitral; además, tal norma legal establece que si el convenio arbitral no contiene pacto alguno sobre los gastos, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida; sin embargo, los árbitros podrán distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estiman que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

Es el caso que en el convenio arbitral contenido en el Contrato, las partes no han

establecido pacto alguno acerca de los costos y costas del proceso arbitral; por lo que, corresponde que el Tribunal Arbitral se pronuncie sobre este tema de manera discrecional y apelando a su debida prudencia.

Al respecto, en vista que en el presente arbitraje ambas partes tuvieron motivos suficientes y atendibles para litigar, así como que debían defender sus pretensiones en la vía arbitral, y atendiendo a la incertidumbre jurídica que existía entre ellas por sostener posiciones manifiestamente opuestas, corresponde disponer que cada una de las partes asuma los costos que debió sufragar; en consecuencia, cada parte debe asumir el pago de la mitad de los gastos arbitrales decretados en este arbitraje (este rubro incluye los honorarios de los árbitros y del secretario, así como los gastos procedimentales), así como los costos y costas en que incurrieron o debieron incurrir como consecuencia del presente proceso arbitral.

Sin embargo, de autos se advierte que mediante Resolución N° 15 de fecha 19 de abril de 2011, este Tribunal Arbitral resolvió facultar al Consorcio para que cumpla con el pago de la parte de los anticipos de gastos arbitrales que se encontraban a cargo de la Entidad, los mismos que consistían en los honorarios de cada uno de los árbitros, del secretario ad-hoc y los gastos procedimentales ascendente a la suma de S/. 15,555.54 (Quince Mil Quinientos Cincuenta y Cinco y 54/100).

De la misma manera, mediante Resolución N° 46 de fecha 17 de octubre de 2012, este Tribunal Arbitral resolvió facultar al Consorcio cumpla con el pago de la segunda cuota de los honorarios del perito que se encontraba a cargo de la Entidad, el cual ascendía a la suma de S/. 1,625.00 (Mil seiscientos veinticinco y 00/100).

En ese sentido, este Tribunal Arbitral advierte que el Consorcio ha cumplido con asumir responsabilidades económicas que se encontraban a cargo de la Entidad; por lo que, se establece que la Entidad debe realizar la devolución del monto ascendente a S/. 17,180.54 (Diecisiete Mil Ciento Ochenta y 54/100 Nuevos Soles), correspondiente a la suma total de los gastos administrativos y la segunda cuota del honorario del perito, los cuales se encontraban a cargo de la Entidad, pero que fueron asumidos por su contraparte.

Por las razones expuestas, este Tribunal Arbitral, en Derecho;

LAUDA:

Primero: DECLARAR INFUNDADA la oposición al arbitraje por una alegada falta de interés para obrar del demandante formulada por el Ministerio de Educación mediante escrito de fecha 17 de enero de 2011.

Segundo: DECLARAR INFUNDADA la defensa previa formulada por el Ministerio de Educación mediante escrito de fecha 17 de enero de 2011.

Tercero: DECLARAR INFUNDADA la excepción de oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda, formulada por el Ministerio de Educación mediante escrito de fecha 17 de enero de 2011

Cuarto: DECLARAR INFUNDADA la excepción de falta de legitimidad para obrar del demandante, formulada por el Ministerio de Educación mediante escrito de fecha 17 de enero de 2011.

Quinto: DECLARAR INFUNDADA la excepción de caducidad formulada por el Ministerio de Educación mediante escrito de fecha 17 de enero de 2011.

Sexto: DECLARAR FUNDADO el primer punto controvertido; en consecuencia declárese la ineficacia legal del Oficio N° 1189-2010-ME/SG-OGA-UA, a través del cual el Ministerio de Educación denegó al Consorcio IT Storage E.I.R.L. - IT Storage Corp Sucursal Perú la ampliación de plazo solicitada el 8 de abril de 2010.

Sétimo: DECLARAR FUNDADO el segundo punto controvertido; en consecuencia declárese la aprobación de la ampliación de plazo solicitada por el Consorcio IT Storage E.I.R.L. - IT Storage Corp Sucursal Perú el 8 de abril de 2010, estableciéndose como nuevo plazo de entrega de los equipos el 21 de abril de 2010.

Octavo: DECLARAR FUNDADO el tercer punto controvertido; en consecuencia declárese que no existió retraso por parte del Consorcio IT Storage E.I.R.L. - IT Storage Corp Sucursal Perú en la entrega de los equipos.

Noveno: DECLARAR IMPROCEDENTE el cuarto punto controvertido, en relación a la ineficacia legal de las penalidades que el Ministerio de Educación hubiese

impuesto al Consorcio IT Storage E.I.R.L. - IT Storage Corp Sucursal Perú, por un supuesto retraso en el cumplimiento de su prestación.

Décimo: DECLARAR FUNDADO el quinto punto controvertido; en consecuencia declárese la ineficacia legal de la Carta Notarial N° 201-2010-ME/SG-OGA-UA, así como de la Resolución de Secretaría General N° 1051-2010-ED, a través de las cuales el Ministerio de Educación resolvió el contrato materia del presente arbitraje.

Undécimo: DECLARAR FUNDADO el sexto punto controvertido; en consecuencia declárese que corresponde ordenar al Ministerio de Educación pague a favor del Consorcio IT Storage E.I.R.L. - IT Storage Corp Sucursal Perú, el monto ascendente a S/. 535,800.00 (Quinientos Treinta y Cinco Mil Ochocientos y 00/100 Nuevos Soles), por concepto de contraprestación del cumplimiento de la obligación de la demandante.

Duodécimo: DECLARAR FUNDADO el séptimo punto controvertido; en consecuencia declárese que corresponde ordenar al Ministerio de Educación pague a favor del Consorcio IT Storage E.I.R.L. - IT Storage Corp Sucursal Perú los intereses legales devengados; para lo cual, deberá aplicarse la tasa de interés legal fijada por el Banco Central de Reserva del Perú a la suma de S/. 535,800.00 (Quinientos Treinta y Cinco Mil Ochocientos y 00/100 Nuevos Soles); dicho interés empezará a computarse desde la fecha de recepción de la solicitud para someter la controversia a arbitraje, esto es, a partir del día 13 de octubre de 2010.

Décimo Tercero: DECLARAR QUE CARECE DE OBJETO que este colegiado se pronuncie respecto del octavo punto controvertido debido a las conclusiones arribadas en el sexto punto controvertido, en relación a que si corresponde o no ordenar al Ministerio de Educación pague a favor del Consorcio IT Storage E.I.R.L. - IT Storage Corp. Sucursal Perú el monto ascendente a S/. 535,800.00 (Quinientos Treinta y Cinco Mil Ochocientos y 00/100 Nuevos Soles), por concepto de enriquecimiento sin causa.

Décimo Cuarto: DECLARAR QUE CARECE DE OBJETO que este colegiado se pronuncie respecto del noveno punto controvertido, en relación a que si corresponde o no ordenar al Ministerio de Educación pague a favor del Consorcio IT Storage E.I.R.L. - IT Storage Corp. Sucursal Perú los intereses devengados sobre el

monto de S/. 535,800.00 (Quinientos Treinta y Cinco Mil Ochocientos y 00/100 Nuevos Soles), por concepto de enriquecimiento sin causa.

Décimo Quinto: DECLARAR FUNDADO el décimo punto controvertido, en consecuencia, corresponde ordenar al Ministerio de Educación realice la devolución de la Carta Fianza N° 0011-0486-9800011869-89 emitida por el Banco Continental, correspondiente a la Garantía de Fiel Cumplimiento, por los motivos expuestos en el análisis efectuado en la parte considerativa del presente laudo.

Décimo Sexto: DECLARAR INFUNDADO el décimo primer punto controvertido; en consecuencia declárese que no corresponde ordenar al Ministerio de Educación pague a favor del Consorcio IT Storage E.I.R.L. - IT Storage Corp. Sucursal Perú los gastos administrativos por la renovación de la Carta Fianza N° 0011-0486-9800011869-89.

Décimo Séptimo: DECLARAR IMPROCEDENTE el décimo segundo punto controvertido, en relación a que si corresponde o no ordenar al Ministerio de Educación la devolución del monto correspondiente a la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento N° 0011-0486-9800011869-89, debido a que ésta no ha sido ejecutada por dicha Entidad.

Décimo Octavo: DECLARAR QUE CARECE DE OBJETO que este colegiado se pronuncie respecto del décimo tercer punto controvertido, en relación a que si corresponde o no ordenar al Ministerio de Educación el pago de los intereses por una supuesta ejecución de la Garantía de Fiel Cumplimiento N° 0011-0486-9800011869-89.

Décimo Noveno: DISPONER que tanto el Ministerio de Educación como el Consorcio IT Storage E.I.R.L. - IT Storage Corp Sucursal Perú, asuman en partes iguales, los gastos arbitrales, las costas y costos generados por la tramitación del presente proceso arbitral; y asimismo, **ORDENAR** al Ministerio de Educación realice la devolución del monto de S/. 17,180.54 (Diecisiete Mil Ciento Ochenta y 54/100 Nuevos Soles), correspondiente a la suma total de los gastos administrativos y la segunda cuota del honorario del perito, los cuales se encontraban a cargo de la Entidad, pero que han sido asumidos por el Consorcio IT Storage E.I.R.L. - IT Storage Corp Sucursal Perú.

Vigésimo: NOTIFICAR el presente Laudo Arbitral de Derecho a las partes y al
Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE.




WEYDEN GARCÍA ROJAS
Presidente del Tribunal Arbitral



JUAN HUAMANI CHÁVEZ
Árbitro



JAVIER ANDY LLANOS ORDÓÑEZ
Árbitro



LUIS PUGLIANINI GUERRA
Secretario Ad Hoc