

LAUDO ARBITRAL

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO DICTADO EN EL ARBITRAJE SEGUIDO POR ALCARAZ OPERADOR LOGISTICO S.A.C. CONTRA EL MINISTERIO DE EDUCACIÓN, ANTE EL ÁRBITRO ÚNICO, DOCTOR JAIME CHECA CALLEGARI

RESOLUCIÓN N° 12

Lima, 4 de septiembre del año 2014

VISTOS:

I. LAS PARTES, EL CONTRATO Y LA EXISTENCIA DE CONVENIO ARBITRAL

El día 8 de marzo de 2013, ALCARAZ OPERADOR LOGISTICO S.A.C. (en adelante, ALCARAZ o DEMANDANTE) y MINISTERIO DE EDUCACIÓN- UNIDAD EJECUTORA 026: PROGRAMA EDUCACIÓN BÁSICA PARA TODOS (en adelante, MINISTERIO o DEMANDADO), suscribieron el Contrato N° 103-2013-MINEDU/SG-OGA-UABAS-APS "Transporte y Distribución de Libros del 1° al 6° Grado de Educación Primaria-Dotación 2013, ITEM N° 3", derivado del Concurso Público N° 019-2012-ED/UE 026 (en adelante, CONTRATO).

En la cláusula Décimo Séptima del CONTRATO, se estipuló que cualquiera de las partes tenía derecho a iniciar un arbitraje, con el propósito de resolver las controversias que se presenten durante la ejecución contractual.

II. INSTALACIÓN DEL ARBITRAJE

El día 21 de octubre de 2013 se realizó la audiencia de instalación del Árbitro Único, Doctor Jaime Checa Callegari, quien declaró haber sido debidamente designado de acuerdo a ley y al convenio arbitral celebrado, ratificando su aceptación al cargo y señalando que no tenían ninguna incompatibilidad ni compromiso alguno con las partes, obligándose a desempeñar con imparcialidad y probidad la labor encomendada.

Se deja constancia que ninguna de las partes impugnó o reclamó contra el contenido de la referida Acta de Instalación, por el contrario, fue suscrita en señal de conformidad.

III. DEMANDA PRESENTADA POR EL CONSORCIO

Mediante escrito ingresado el día 5 de noviembre de 2013, ALCARRAZ interpuso demanda arbitral contra el MINISTERIO, conforme a los siguientes términos:

3.1 PRETENSIONES

a) Primera Pretensión Principal

Solicitar que se declare que conforme al sistema de contratación de suma alzada que rige el servicio de transporte y distribución la contraprestación a favor de ALCARRAZ se debe efectuar en función del íntegro de la propuesta económica.

b) Segunda Pretensión Principal

Solicitar que se declare que ALCARRAZ no ha incurrido en retraso alguno en la prestación del servicio de transporte y distribución y en consecuencia no corresponde la aplicación de penalidad por este concepto.

c) Tercera Pretensión Principal

Solicitar que se declare que el MINISTERIO, se encuentra obligado a cancelar el monto íntegro de S/. 190,099.18 (Ciento noventa mil noventa y nueve con 18/100 nuevos soles) de la propuesta económica de ALCARRAZ, deduciendo el monto efectivo cancelado de S/.146,524.35 (Ciento cuarenta y seis mil, quinientos veinticuatro con 35/100 Nuevos soles), lo que equivale a la suma de S/. 43,574.83.

d) Cuarta Pretensión Principal

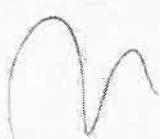
Solicitar que se declare que el MINISTERIO se encuentra obligado a pagar los intereses legales correspondientes al periodo correspondiente entre la fecha en que debió efectuar la cancelación efectiva del importe correspondiente a la propuesta económica de ALCARRAZ y la fecha en que este pago se haga efectivo.

3.2 FUNDAMENTOS DE HECHO

a) Respecto de la primera reducción por una presunta falta de ejecución de la totalidad del servicio

- El sistema de contratación previsto en las Bases es el de suma alzada

De acuerdo al artículo 40 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (en adelante, REGLAMENTO), los sistemas de contratación en los procesos de selección pueden ser de suma alzada o de precios unitarios.



El sistema a suma alzada es aplicable cuando las cantidades, magnitudes y calidades de la prestación estén totalmente definidas en las especificaciones técnicas o en los términos de referencia. En estos casos el postor formula su propuesta por un monto fijo integral y por un determinado plazo de ejecución, por lo que conforme se ha señalado en otro pronunciamiento arbitral, la contraprestación corresponde a la propuesta económica, sin que se puedan efectuar cálculos en función de cantidades o unidades.

El sistema de precios unitarios, por su parte, resulta aplicable cuando la naturaleza de la prestación no permita conocer con exactitud o precisión las cantidades o magnitudes requeridas. En este caso, el postor formula su propuesta ofertando precios unitarios, tarifas o porcentajes en función de las cantidades referenciales contenidas en las Bases y que se valorizan en relación a su ejecución real y por un determinado plazo de ejecución.

En el presente caso, el sistema de contratación considerado en las Bases del Concurso Público fue el de suma alzada, tal como se establece en el numeral 1.6 del Capítulo I – Generalidades, Sección Específica de las Bases Integradas.

Considerando lo expuesto, la contraprestación en el presente caso correspondía al íntegro de nuestra propuesta económica, sin que se pueda efectuar cálculos en función de cantidades o unidades. El único requisito para ello era tener la conformidad del servicio prestado.

El cálculo del MINISTERIO sobre la reducción del importe a cancelar por un presunto menor peso transportado es incorrecto y no se justifica considerando que el sistema de contratación es de suma alzada

El objeto del proceso de selección que nos fue adjudicado consistía en la prestación del servicio de transporte y distribución de libros de primer a sexto grado en Lima Metropolitana, Lima Provincias y Callao. Conforme a los numerales III y IV de los Términos de Referencia de las Bases, el objetivo consistía en proporcionar los referidos materiales educativos para el año escolar 2013.

De acuerdo al numeral VI de los Términos de Referencia de las Bases los libros debían ser entregados en determinadas cajas con un espacio para trasladar 20 ejemplares de un peso referencial (peso aproximado). El propósito no era, pues, trasladar pesos, sino libros, los cuales podía tener aproximadamente un determinado peso, lo que evidentemente podía variar en cada caja.

Sin embargo, conforme al numeral VII de los Términos de Referencia de las Bases, en el que se describe el sistema de distribución que se debía seguir para el cumplimiento del objeto del proceso, la cantidad de libros que se pretendía trasladar por el ítem 3 sumaba 2.008,940 ejemplares.

Conforme al detalle antes previsto, era pues posible que el peso total de los libros variara levemente, lo que incluso se reconoce en las propias Bases al indicar que el peso del total de los libros a trasladar en las regiones de Lima Metropolitana, Lima Provincias y Callao era aproximado. Lo que no podía variar era el número de ejemplares que se debían distribuir, que finalmente fueron entregados por ALCARRAZ en su totalidad a satisfacción de sus destinarios y del Área Usuaria.

En ese sentido, era posible que el peso del total de los libros a trasladar superase el peso aproximado consignado en las Bases, en cuyo caso evidentemente no correspondía abonar importe adicional a favor de ALCARRAZ en condición de postor, sino únicamente el equivalente a su propuesta económica. Pero de igual forma, era posible que el peso del total de libros fuese menor al peso aproximado, en cuyo caso también correspondía que el abono se efectúe en función de la propuesta económica de la parte en mención. Finalmente, lo que importaba, y así se precisa como objeto de la contratación tanto en las Bases como en los Términos de Referencia, era trasladar los libros, independientemente del peso que éstos tengan, los cuales únicamente eran referenciales, como se puede verificar en las propias Bases.

Sin embargo, mediante correo electrónico del 30 de mayo de 2013, el señor Mendoza Arnaez, funcionario del MINISTERIO, inexplicablemente remitió el cálculo que a su juicio justificaba que se pague a ALCARRAZ el importe de S/. 170,377.16 y no el que la parte estableció como propuesta económica que era mucho mayor.

Este cálculo es el que reproduce el MINISTERIO en el Oficio 511-2013-MINEDU/SG-OGA-UABAS, mediante el cual deniega nuestro reclamo por un recorte injustificado del pago correspondiente al servicio prestado.

El funcionario del MINISTERIO asumió que el servicio prestado en función de los kilogramos transportados y no del servicio prestado consistente en entregar los libros a satisfacción de los destinatarios y del Área Usuaria.

Este razonamiento es absolutamente errado por dos razones: (i) primero, porque no puede efectuarse el pago por nuestro servicio en función de precios unitarios debido a que el sistema de contratación es de suma alzada; y, (ii) segundo, no se puede asumir que el costo por kilo era equivalente a S/. 0.1803, puesto que eso implicaría desconocer el valor

de nuestra propuesta económica en la medida que nuestra empresa jamás valorizó el traslado de los libros en función de kilogramos.

Lo que pretende el MINISTERIO a través del señor Mendoza Arnaez es aplicar un costo por nuestro servicio inventado, inexistente, puesto que no se ofertó, y por lo cual que es inaplicable al presente caso, puesto que es contrario a las normas de contrataciones estatales y a las propias Bases.

La propuesta económica de ALCARRAZ se presentó en función del total del servicio de transporte y distribución y no en función de kilogramos, por lo que el pago se debe efectuar atendiendo a si prestamos el servicio o no. ALCARRAZ prestó el servicio a satisfacción, como se encuentra acreditado con la constancia de conformidad del servicio que se menciona en el siguiente acápite, se debe pagar el monto ofertado en nuestra propuesta económica.

Nuestra empresa cuenta con la conformidad del servicio, por lo que corresponde que se efectué el abono íntegro a nuestro favor ascendente a nuestra propuesta económica

El artículo 176 del Reglamento señala que la conformidad del servicio es de responsabilidad del órgano establecido en las Bases y requiere del informe del funcionario responsable del área usuaria, quien debe verificar el cumplimiento de las condiciones contractuales y si existiesen observaciones estas se deben consignar en el acta respectiva.

A su vez, el artículo 177 del mismo cuerpo normativo precisa que luego de haberse dado la conformidad a la prestación se genera el derecho al pago del contratista.

De lo expuesto, se puede concluir que a quien le correspondía otorgar la conformidad por la prestación del servicio a nuestro cargo era a la Dirección de Educación Primaria y la emisión de este acto constitúa título suficiente para que el MINEDU efectúe el abono a nuestro favor correspondiente a nuestra propuesta económica.

Pues bien, mediante Conformidad de Servicio 221-2013-ME-VMGP/DIGEPR-DEP del 20 de mayo de 2013, la Dirección de Educación Primaria consideró que el servicio prestado por nuestra empresa se había efectuado a total satisfacción del MINEDU. Es decir, el área competente para otorgar la conformidad del servicio señaló que nuestra empresa prestó cabalmente el servicio y por lo tanto correspondía efectuar el abono a nuestro favor ascendente al importe de nuestra propuesta económica.

El referido documento no tiene observación alguna, no se precisa incumplimiento alguno ni se advierte la existencia de discrepancia respecto del importe que correspondía pagar a ALCARRAZ. Por tanto, no existe explicación legalmente válida que justifique el recorte del monto de la contraprestación que se debía abonar a nuestro favor.

Lo que, en cambio, sí se advierte es un presunto acto de usurpación de funciones de parte del señor Mendoza Arnaez al pretender cuestionar la competencia de la propia Dirección de Educación Primaria para otorgar la conformidad del servicio.

b) Respeto de la presunta demora en la prestación del servicio y la aplicación de penalidades

No se configura el requisito sine qua non para que se considere iniciado el cómputo del plazo de prestación del servicio

El MINISTERIO sostuvo que otro recorte que debía sufrir la contraprestación de ALCARRAZ, se justificaría en un presunto incumplimiento del plazo de entrega del servicio. Según se puede apreciar en el documento de cálculo de penalidad, el MINISTERIO asume que ALCARRAZ incurrió en un retraso de 11 días en la ejecución del servicio, por lo que aplicando este segundo recorte concluye que el importe que corresponde pagar a nuestra empresa es solo S/. 153.339.44 y no el monto de la propuesta económica de ALCARRAZ que es mucho mayor.

En atención a esta observación, mediante Pronunciamiento N° 724-2012/DSU, la Dirección de Supervisión señaló que "con ocasión de la integración de Bases deberá precisarse en la Cláusula Quinta de la Proforma del CONTRATO que la condición para el inicio de la ejecución de la prestación es a partir de recibida la comunicación de la disponibilidad del material en el almacén".

Las Bases finalmente precisaron que el plazo para la ejecución del servicio de transporte se debía contabilizar efectivamente a partir de la fecha de recibida la comunicación de la disponibilidad del material en el Almacén.

De lo anteriormente expuesto, se concluye que el requisito indispensable para que se active la obligación de inicio de ejecución del servicio era la remisión de la comunicación a ALCARRAZ informando la disponibilidad del material en el almacén.

Por tanto, para que el MINISTERIO asuma que hemos incumplido con el plazo de entrega del servicio se encuentra en la obligación de acreditar

haber puesto en conocimiento de ALCARRAZ la comunicación mediante la cual se nos indicara que el material que debíamos transportar se encontraba disponible en el almacén.

La imposición de penalidades supone la determinación previa de un incumplimiento específico que en el presente caso no se verifica, debido a que precisamente existía una carga jurídica precedente sobre el MINISTERIO que no se llegó a ejecutar. La referida carga consistía en remitir a ALCARRAZ una comunicación de disponibilidad del material a transportar.

Salvando las diferencias, la naturaleza de una penalidad es similar a la de una sanción. Ello supone que debe existir una conducta previa que amerita la imposición de la penalidad o de la sanción. En la medida que en ambos casos se trata de un ejercicio punitivo, la determinación de la conducta penalizable o sancionable debe estar configurada íntegramente y no puede admitirse interpretaciones extensivas o analógicas. No basta, pues, sostener que se sospeche que hay un retraso en la prestación del servicio o una infracción. Se debe tener la certeza de que ha existido el referido retraso o la infracción y para ello se debe evaluar los elementos que configuran el tipo conductual (retraso o infracción).

En el caso concreto, para el que el MINISTERIO imponga una penalidad en contra de ALCARRAZ debía acreditar que se había iniciado la prestación del servicio de acuerdo a la formalidad prevista en las Bases y el CONTRATO. Es decir, debió acreditar que nos remitió una comunicación de disponibilidad del material a transportar. Sin embargo, dicha comunicación nunca fue remitida a nuestro domicilio, por lo que no se cumple el requisito sine qua non para que se determine la fecha de inicio de la ejecución del servicio en los términos previstos en las Bases y el CONTRATO, de manera que al ser esta una situación de indefinición atribuible únicamente y exclusivamente a la entidad no corresponde la aplicación de penalidad alguna, puesto que para ello se tendría que verificar cuántos días nos demoramos en prestar el servicio pero desde la fecha de efectuada la comunicación de disponibilidad de los materiales, lo que no se produjo en el presente caso.

Una interpretación contraria significaría efectuar una interpretación extensiva que no puede admitirse en el ejercicio de una potestad punitiva reservada al MINISTERIO. La imposición de las penalidades se rige por una interpretación restrictiva, por lo que si no se tiene la certeza de un retraso en la ejecución del servicio, simplemente no corresponde activar la facultad penalizadora del MINISTERIO.

Sin perjuicio de lo expuesto, es preciso aclarar que frente a la falta de comunicación de la disponibilidad del almacén, ALCARRAZ se mostró predisposta a brindar todo el apoyo al MINISTERIO. Así, pese a ello, ALCARRAZ se comprometió con la ejecución del servicio inclusive sin recibir la comunicación formal a la que se refieren las Bases y el CONTRATO, debido a que el área del almacén comunicó en reiteradas ocasiones que no se podía realizar la carga del material porque existían otras empresas que venían efectuando esa labor. El propósito de ALCARRAZ de colaboración obedecía al compromiso de cumplir con el objetivo del MINISTERIO. Si nuestro propósito hubiera sido otro, como perjudicar los intereses de la entidad, hasta la fecha no hubiéramos iniciado la prestación del servicio.

c) La conformidad del servicio no tiene observación alguna sobre un presunto retraso, por lo que no corresponde aplicar penalidad alguna

El MINISTERIO está asumiendo que el importe que nos debía pagar luego de los dos descuentos indebidos es S/. 153,339.44; sin embargo, de acuerdo a nuestro reporte de cuenta bancaria, únicamente efectuó un abono ascendente a S/. 146,524.35.

Por tanto, atendiendo a los argumentos expuestos precedentemente, ALCARRAZ solicita que el MINISTERIO proceda a cancelar la diferencia entre el importe correspondiente a nuestra propuesta económica equivalente a S/. 190,099.18 y el monto que efectivamente nos fue abonado que asciende S/. 146,524.35.

d) Aplicación de intereses legales

En la medida que existe un evidente retraso en el pago del importe correspondiente a la contraprestación por el servicio prestado, y dado que tanto la Ley de Contrataciones del Estado, su REGLAMENTO, las Bases y el CONTRATO estipulan que en caso de retraso en el pago de la contraprestación corresponde al MINISTERIO efectuar el abono de los intereses legales, solicitamos que se ordene al MINISTERIO a efectuar el pago de los intereses devengados desde la fecha en que correspondía efectuar el pago por la prestación del servicio prestada hasta la fecha efectiva de cancelación del íntegro de nuestra propuesta económica.

Mediante Resolución N° 1 del 4 de diciembre de 2013, el Árbitro Único decidió dar trámite al escrito de demanda ingresado por ALCARRAZ, ordenando a su vez correr traslado de dicho escrito al MINISTERIO para que en un plazo de diez (10) días hábiles, conteste la demanda y en su caso, formule reconvenión.

IV. CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Con fecha 19 de diciembre de 2013, y mediante escrito "Contesta demanda" el MINISTERIO contesta la demanda interpuesta por ALCARRAZ y formula excepción de caducidad y oposición. A continuación, se detallan los argumentos expuestos por esta parte, en apretado resumen:

4.1 EXCEPCIÓN

- a) Como es de conocimiento del Tribunal Arbitral, el Art. 42 de la Ley de Contrataciones del Estado dispone que "los contratos de bienes y servicios culminan con la conformidad de recepción de la última prestación pactada y el pago correspondiente..."
- b) Asimismo, el Art. 52 de la Ley de Contrataciones del Estado señala que "las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato, se resolverán mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes, debiendo solicitarse el inicio de estos procedimientos en cualquier momento anterior a la fecha de culminación del contrato, considerada esta de manera independiente. Este plazo es de caducidad...".
- c) El Art. 149 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado también precisa que "...tratándose de la adquisición de bienes y servicios, el contrato rige hasta que el funcionario competente dé la conformidad de la recepción de la prestación a cargo del contratista y se efectúe el pago".
- d) La empresa ALCARRAZ ha iniciado el proceso arbitral y ha presentado su demanda arbitral, notificada el 05.12.13, cuando el CONTRATO había culminado, esto es el 11 de junio de 2013, con el abono en la cuenta del contratista con la suma de S/. 146,524.35 nuevos soles, conforme lo ha precisado además la parte demandante en el texto de su demanda.

4.2 OPOSICIÓN

- a) El MINISTERIO la sustenta en la falta de interés para obrar del demandante ALCARRAZ, toda vez que no ha iniciado proceso arbitral respecto de la primera pretensión principal contenida en el texto de su demanda arbitral, incumpliéndose lo dispuesto en la Ley de Contrataciones del Estado y su REGLAMENTO.
- b) Se aprecia de manera objetiva que la primera pretensión principal de la demanda arbitral no ha sido considerada como pretensión de ALCARRAZ en su solicitud de inicio del proceso arbitral de fecha 04.07.2013, con lo que resulta

evidente que respecto de dicha pretensión existe una evidente falta de interés para obrar del demandante ALCARAZ.

- c) Como es de conocimiento del Tribunal Arbitral, el Art. 52 de la Ley de Contrataciones del Estado, dispone que "las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación,... se resolverán mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes, debiendo solicitarse el inicio de estos procedimientos en cualquier momento anterior a la fecha de culminación del contrato.".
- d) Asimismo, el Art. 218 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado dispone que "el arbitraje se inicia con la solicitud de arbitraje dirigida a la otra parte por escrito...".
- e) En atención a ello, al no existir en el escrito de solicitud de inicio arbitral de fecha 04.07.13 la primera pretensión principal señalada posteriormente en la demanda arbitral notificada el 05.12.13, el tribunal deberá declarar fundada la presente oposición, por cuanto existe una falta de interés para obrar del demandante ALCARAZ, respecto de la mencionada primera pretensión principal; agregando a ello que dicha omisión conlleva a que la pretensión mencionada no sea arbitrable en el presente proceso.

4.3 CONTESTACIÓN DE DEMANDA

a) PRETENSIONES

Primera Pretensión

De acuerdo al numeral VII de Los Términos de Referencia, ALCARAZ tenía pleno conocimiento que el peso final al transportar sería determinado con el peso de cada uno de los libros para estudiantes que se consignen en el Acta de Pesos.

Siendo esto así, la liquidación realizada tuvo como base el Acta de Pesos y la Estructura de Costos propuesta por ALCARAZ y se efectuó teniendo en cuenta lo establecido en el numeral VII de los Términos de Referencia; motivo por el cual el monto total a cancelar por el servicio de transporte en S/. 170,377.16; se ha determinado conforme a derecho; circunstancia que desvirtúa la posición de la contraria cuando pretende que la mencionada liquidación se realice en función de lo íntegro de la propuesta económica, conforme al sistema de contratación de suma alzada, soslayando de este modo la aplicación en el caso concreto de lo estipulado en el numeral VII de Los Términos de Referencia.

Segunda Pretensión

De acuerdo al Acta Nro. 007-2013 de fecha 21 de marzo de 2013 y la Conformidad de Servicio Nro. 221 -2013-ME-VMGP/DIGEBIR-DEP de fecha 20 de mayo de 2013 el servicio de transporte para la distribución del Material Educativo de Libros, se inició el 21 de marzo de 2013 culminando el servicio antes señalado, el día 16 de abril de 2013, contabilizándose un total de 11 días de retraso de acuerdo a lo previsto en el Contrato N° 103-2013-ME/SG-OGA-UA-APS, el mismo que en su cláusula sexta establece que el plazo de ejecución del servicio Lima Metropolitana, Lima Provincias y el Callao es de quince (15) días calendario.

Tercera Pretensión

La tercera pretensión principal es en realidad una pretensión subordinada a la segunda pretensión principal por consiguiente solicitamos al Tribunal Arbitral se sirva declararla INFUNDADA, toda vez que conforme se ha señalado y probado no existe razón suficiente para que en el presente proceso arbitral se ampare la segunda pretensión principal; toda vez que se ha acredita de manera suficiente que el contratista ha incurrido en mora respecto del plazo de cumplimiento de sus obligaciones; motivo por el cual no es posible que la Entidad cancele al contratista el monto integral de S/. 190,099.18 deduciendo el monto efectivo cancelado de S/. 146,524.35.

Cuarta Pretensión

Estando a que la primera y la segunda pretensión principal resultan INFUNDADAS no corresponde por consiguiente pago alguno a favor del contratista y mucho menos el pago de intereses; toda vez que la Entidad conforme se ha probado en los puntos del 1 a 17 de los FUNDAMENTOS DE HECHO ha cancelado al contratista por la prestación de sus servicios en atención a lo prescrito en el Contrato N° 103-2013-ME/SG-OGA-UA-APS y en los Términos de Referencia.

Mediante Resolución N° 2 del 16 de enero de 2014, el Árbitro Único decidió dar trámite al escrito de contestación de demanda, así comotener por formulada la oposición la primera pretensión principal de la demanda arbitral y por formulada de igual manera la excepción de caducidad presentada por ALCARRAZ. En ese sentido, se corrió traslado a su contraparte de la oposición y excepción de caducidad, por el plazo de diez (10) días hábiles.

V. ABSUELVE TRASLADO DE LA RECONVENCIÓN

Con fecha 31 de enero de 2014 y, mediante escrito "Absuelve contestación de demanda" ALCARRAZ absuelve el traslado de la excepción de caducidad y la oposición formulada por el MINISTERIO, conforme el siguiente detalle:

Caso Arbitral

ALCARRAZ OPERADOR LOGÍSTICO S.A.C. - MINISTERIO DE EDUCACIÓN

Página 11 de 28

El soporte ideal para su arbitraje

a) Sobre la excepción de caducidad

El CONTRATO sigue vigente hasta que se cumpla con efectuar el abono íntegro de la contraprestación que equivale al importe de la propuesta económica de ALCARAZ, hecho que nunca se produjo, por lo que resultaría un total despropósito que sin haber efectuado el pago íntegro que es lo que se pretende en este proceso, su recorte no se puede cuestionar.

b) Sobre la oposición

La solicitud de arbitraje formulada por ALCARAZ hace referencia al tema que esta pretendía que se sometiera a arbitraje. Se indica que la primera pretensión principal hace referencia e informa, a grandes rasgos de los abonos a favor de ALCARAZ el monto íntegro de la propuesta económica conforme a las condiciones del sistema de contratación previsto en las Bases.

Mediante Resolución N° 3 del 13 de febrero de 2014, el Árbitro Único dio por absuelta a ALCARAZ con la excepción de caducidad y la oposición a la primera pretensión formulada por el MINISTERIO.

VI. ACTUACIONES ARBITRALES

6.1 Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos

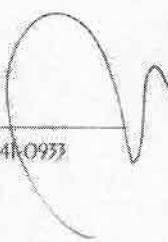
1. El día 10 de marzo de 2014, se llevó a cabo la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos, con la asistencia de los representantes de ALCARAZ y del MINISTERIO, reservándose el Árbitro Único el derecho de resolver la excepción de caducidad deducida y la oposición planteada para resolución posterior, o incluso, al momento de laudar.
2. De otro lado, ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo conciliatorio, se fijaron los siguientes puntos controvertidos:

Primera Pretensión Principal

Determinar si corresponde que el Árbitro Único declare que conforme al sistema de contratación de suma alzada que rige el servicio de transporte y distribución, la contraprestación a favor de ALCARAZ, se debe efectuar en función del íntegro de la propuesta económica.

Segunda Pretensión Principal

Determinar si corresponde que el Árbitro Único declare que ALCARAZ no ha incurrido en retraso alguno en la prestación del servicio de transporte y distribución, y en consecuencia no corresponde la aplicación de penalidad por este concepto.



Tercera Pretensión Principal

Determinar si corresponde que el Árbitro Único declare que el MINISTERIO se encuentra obligado a cancelar, a favor de ALCARAZ el monto íntegro de la propuesta económica, a saber S/. 190,099.18, deduciendo el monto cancelado de S/.146,524.35, lo que equivale a un saldo a favor del demandante, la suma de S/. 43,574.83, más los intereses legales correspondientes.

3. Acto seguido, se procedió a admitir los siguientes medios probatorios:

De ALCARAZ

Respecto al escrito N° 1 "Demandra Arbitral" de fecha 5 de noviembre de 2013

Se admitieron los medios de prueba ofrecidos en el "Primer Ofroí Decimos", signados con los numerales 1-C al 1-M.

Respecto al escrito "Absuelve contestación de demanda" de fecha 31 de enero de 2014

Se admitieron los medios de prueba ofrecidos en el "Primer Ofroí Decimos", signados con los numerales 2-A al 2-C.

Del MINISTERIO

Respecto al escrito N° 1 "Contesta Demanda" presentado el 19 de diciembre de 2013

Se admitieron los documentos ofrecidos en la sección "MEDIOS PROBATORIOS", signados con los numerales 1 al 3, correspondientes a su excepción de caducidad formulada.

Igualmente, se admiten los documentos ofrecidos en la sección "MEDIO PROBATORIO", signados con el numeral 1, correspondiente a la oposición respecto a la Primera Pretensión Principal de la demanda ingresada por ALCARAZ.

Asimismo, se admiten los documentos ofrecidos en la sección "V.- MEDIOS PROBATORIOS", signados con los numerales 1 al 6, correspondientes a su contestación de demanda.

6.2 De la conclusión de la etapa de pruebas y presentación de alegatos

- Mediante Resolución N° 5 de fecha 25 de abril de 2014, el Árbitro Único dio por cerrada la etapa probatoria y otorgó a las partes un plazo de cinco días hábiles para que presenten sus alegatos escritos y de ser el caso soliciten el uso de la palabra.
- Con fecha 6 de mayo de 2014, el MINISTERIO presentó sus alegatos escritos, no sucediendo lo mismo con ALCARAZ.
- Mediante Resolución N° 6, de fecha 29 de mayo de 2014, el Árbitro Único fijó en treinta (30) días hábiles el plazo para ello, reservando el derecho de ampliar dicho plazo en treinta (30) días adicionales en caso lo considere necesario.
- Posteriormente con Resolución N° 10 del 1 de julio de 2014, el Árbitro Único resolvió ampliar el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles adicionales, precisándose que el nuevo plazo vencería el martes 26 de agosto de 2014.
- En consecuencia, el Árbitro Único procede a dictar el laudo arbitral dentro del plazo dispuesto.

CONSIDERANDO:

I. CUESTIONES PRELIMINARES

Antes de analizar la materia controvertida, corresponde confirmar lo siguiente: (i) que el Árbitro Único se constituyó de acuerdo al convenio arbitral suscrito por las partes; (ii) que en momento alguno se impugnó o reclamó contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación; (iii) que ALCARAZ presentó su escrito de demanda dentro del plazo dispuesto; (iv) que el MINISTERIO fue debidamente emplazada con la demanda, contestó ésta y ejerció plenamente su derecho de defensa; (v) que las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como ejercieron la facultad de presentar alegatos; y, (vi) que, el árbitro Único está procediendo a laudar dentro del plazo que corresponde a las reglas de este proceso.

De otro lado, el Árbitro Único deja constancia que en el estudio, análisis y deliberación del presente arbitraje se han tenido en cuenta todos los argumentos y las alegaciones efectuadas por las partes, así como todos los medios probatorios aportados, haciendo un análisis y una valoración en conjunto de los mismos, de manera que la no referencia a un argumento o a una prueba no supone que no haya sido tomado en cuenta para su decisión.

III. MEDIOS DE DEFENSA

III.1 EXCEPCION DE CADUCIDAD

POSICIÓN DEL DEMANDADO

- a) Como es de conocimiento del Tribunal Arbitral, el Art. 42 de la Ley de Contrataciones del Estado dispone que "los contratos de bienes y servicios culminan con la conformidad de recepción de la última prestación pactada y el pago correspondiente..."
- b) Asimismo, el Art. 52 de la Ley de Contrataciones del Estado señala que "las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato, se resolverán mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes, debiendo solicitarse el inicio de estos procedimientos en cualquier momento anterior a la fecha de culminación del contrato, considerada esta de manera independiente. Este plazo es de caducidad...".
- c) El Art. 149 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado también precisa que "...tratándose de la adquisición de bienes y servicios, el contrato rige hasta que el funcionario competente dé la conformidad de la recepción de la prestación a cargo del contratista y se efectúe el pago".
- d) La empresa ALCARRAZ ha iniciado el proceso arbitral y ha presentado su demanda arbitral, notificada el 05.12.13, cuando el CONTRATO había culminado, esto es el 11 de junio de 2013, con el abono en la cuenta del contratista con la suma de S/. 146.524.35 nuevos soles, conforme lo ha precisado además la parte demandante en el texto de su demanda

POSICIÓN DEL DEMANDANTE

El CONTRATO sigue vigente hasta que se cumpla con efectuar el abono íntegro de la contraprestación que equivale al importe de la propuesta económica de ALCARRAZ, hecho que nunca se produjo, por lo que resultaría un total despropósito que sin haber efectuado el pago íntegro que es lo que se pretende en este proceso, su recorte no se puede cuestionar.

POSICIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO

- Que el DEMANDADO formula excepción de caducidad contra la demanda, aduciendo que de acuerdo a las normas legales pertinentes, el CONTRATO había culminado con el pago de la última prestación conforme efectuado el 11 de junio del 2013, por lo que debió el DEMANDANTE haber iniciado el presente

arbitraje antes de esa fecha y no, el 5 de diciembre 2013, fecha en la cual le notificaron la demanda.

- Que el ARBITRO UNICO ha verificado en autos y se desprende del escrito de contestación de la demanda, que la solicitud de inicio del proceso arbitral presentada por el DEMANDANTE tiene fecha 2 de julio 2013, recibida por el DEMANDADO el 4 de julio 2013.
- Que el artículo 33 del Decreto Legislativo N° 1071 (Ley de Arbitraje), establece que "Salvo acuerdo distinto de las partes, las actuaciones arbitrales respecto de una determinada controversia se iniciaran en la fecha de recepción de la solicitud para someter una controversia a arbitraje", repitiendo el mismo concepto el artículo 218 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, por lo que no habiendo pacto en contrario en el presente caso, está probado que la fecha de la solicitud de inicio del presente arbitraje fue el 4 de julio 2013.
- Asimismo, está probado en autos que el 10 de junio 2013 el DEMANDADO abono en la cuenta bancaria del DEMANDANTE la cantidad de S/. 146,524.35; que el 21 de junio 2013 el DEMANDADO recibió la Carta S/N de fecha 12 de junio 2013 impugnando la reducción del pago y la aplicación de intereses y; que mediante Oficio N° 511-2013-MINEDU/SG-OGA-UABAS de fecha 2 de julio 2013 el DEMANDADO las declaró improcedentes.
- En este estado, el ARBITRO UNICO entiende que al haber el DEMANDADO mediante Oficio N° 511-2013-MINEDU/SG-OGA-UABAS de fecha 2 de julio 2013 declarado improcedentes los reclamos contractuales formulados por el DEMANDANTE, respecto al pago del íntegro del precio pactado en el CONTRATO así como la no aplicación de la penalidad, ha reconocido la vigencia del mismo, toda vez que de lo contrario los hubiera declarado infundados por haber caducado el derecho, tal como hoy lo invoca, independientemente del hecho, como se desarrollará en el primer punto controvertido de este laudo, que no se cumplió con efectuar el íntegro del pago, por lo que no se cumplió el supuesto.
- Teniendo en consideración lo antes expuesto, al estar probado que la fecha de la solicitud de inicio del presente arbitraje fue el 4 de julio 2013, es decir, a los dos días de haber recibido el Oficio mencionado en el párrafo anterior, el ARBITRO UNICO declara infundada la excepción de caducidad formulada.

III.2 OPOSICIÓN

POSICIÓN DEL DEMANDADO

- a) El MINISTERIO la sustenta en la falta de interés para obrar del demandante ALCARAZ, toda vez que no ha iniciado proceso arbitral respecto de la primera pretensión principal contenida en el texto de su demanda arbitral, incumpliéndose lo dispuesto en la Ley de Contrataciones del Estado y su REGLAMENTO.
- b) Se aprecia de manera objetiva que la primera pretensión principal de la demanda arbitral no ha sido considerada como pretensión de ALCARAZ en su solicitud de inicio del proceso arbitral de fecha 04.07.2013, con lo que resulta evidente que respecto de dicha pretensión existe una evidente falta de interés para obrar del demandante ALCARAZ.
- c) Como es de conocimiento del Tribunal Arbitral, el Art. 52 de la Ley de Contrataciones del Estado, dispone que "las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación,... se resolverán mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes, debiendo solicitarse el inicio de estos procedimientos en cualquier momento anterior a la fecha de culminación del contrato".
- d) Asimismo, el Art. 218 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado dispone que "el arbitraje se inicia con la solicitud de arbitraje dirigida a la otra parte por escrito...".
- e) En atención a ello, al no existir en el escrito de solicitud de inicio arbitral de fecha 04.07.13 la primera pretensión principal señalada posteriormente en la demanda arbitral notificada el 05.12.13, el tribunal deberá declarar fundada la presente oposición, por cuanto existe una falta de interés para obrar del demandante ALCARAZ, respecto de la mencionada primera pretensión principal; agregando a ello que dicha omisión conlleva a que la pretensión mencionada no sea arbitrable en el presente proceso.

POSICIÓN DEL DEMANDANTE

La solicitud de arbitraje formulada hace referencia al tema que esta pretendía que se sometiera a arbitraje. Se indica que la primera pretensión principal hace referencia e informa, a grandes rasgos, de los abonos a favor de ALCARAZ del monto íntegro de la propuesta económica conforme a las condiciones del sistema de contratación previsto en las Bases y no pagos diminutos.

POSICIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO

- Que el DEMANDADO formula oposición contra la primera pretensión principal de la demanda, debido a que no habría sido considerada en la solicitud de inicio del proceso arbitral, lo que supondría falta de interés para obrar.
- Que el artículo 218 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado establece en su parte pertinente que: "...La solicitud también deberá incluir de manera referencial y con fines informativos, un resumen de la o las controversias a ser sometidas a arbitraje y su cuantía".
- Que el DEMANDANTE en la solicitud de arbitraje señaló, entre otros, lo siguiente:

"5. PRETENSIONES

Por lo expuesto previamente, grosso modo, las pretensiones de nuestra empresa a ser materia arbitral son las siguientes:

PRIMERA PRETENSIÓN

Que se declare que el MINEDU, se encuentra obligado a pagar a favor de nuestra representada el monto íntegro de S/. 190,099.18 presentado en nuestra Propuesta Económica y, pactado en el Contrato 103-2013-MINEDU/SG-OGA-UABAS-APS; ya que mi representada ha cumplido con la totalidad de la prestación del servicio de transporte y distribución de libros para el primer al sexto grado de Educación Primaria-Dotación 2013 y, es arbitrario cambiar el sistema de contratación establecido en las Bases del referido proceso de selección por uno de precios unitarios, que es lo que en la práctica está realizando la entidad".

- Que en la demanda arbitral la primera pretensión principal cuestionada por el MINEDU es la siguiente:
"Primera Pretensión Principal
Solicitamos que se declare que conforme al sistema de contratación de suma alzada que rige el servicio de transporte y distribución la contraprestación a nuestro favor se debe efectuar en función al íntegro de la propuesta económica".
- Que el ÁRBITRO ÚNICO entiende que tal como lo establece el artículo 218 del Reglamento mencionado, la solicitud de arbitraje presentada por ALCARRAZ no marca de manera definitiva las pretensiones de la controversia, pero evidentemente de manera referencial y con fines informativos hace referencia al tema objeto de la primera pretensión principal de la demanda que han sometido a arbitraje, es decir, que se abone a su favor el monto íntegro de S/.190,099.18 presentado en su Propuesta Económica y pactada en el CONTRATO, sin recorte alguno.

- Que, por lo tanto, el ÁRBITRO ÚNICO declara infundada la oposición formulada.

III.3 ANALISIS DE LAS PRETENSIONES

Primera Pretensión Principal

Determinar si corresponde que el Árbitro Único declare que conforme al sistema de contratación de suma alzada que rige el servicio de transporte y distribución, la contraprestación a favor de ALCARRAZ, se debe efectuar en función del íntegro de la propuesta económica.

POSICIÓN DEL DEMANDANTE

- a) De acuerdo al artículo 40 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (en adelante, REGLAMENTO), los sistemas de contratación en los procesos de selección pueden ser de suma alzada o de precios unitarios.
- b) El sistema a suma alzada es aplicable cuando las cantidades, magnitudes y calidades de la prestación estén totalmente definidas en las especificaciones técnicas o en los términos de referencia. En estos casos el postor formula su propuesta por un monto fijo integral y por un determinado plazo de ejecución, por lo que conforme se ha señalado en otro pronunciamiento arbitral, la contraprestación corresponde a la propuesta económica, sin que se puedan efectuar cálculos en función de cantidades o unidades.
- c) El sistema de precios unitarios, por su parte, resulta aplicable cuando la naturaleza de la prestación no permita conocer con exactitud o precisión las cantidades o magnitudes requeridas. En este caso, el postor formula su propuesta ofertando precios unitarios, tarifas o porcentajes en función de las cantidades referenciales contenidas en las Bases y que se valorizan en relación a su ejecución real y por un determinado plazo de ejecución.
- d) En el presente caso, el sistema de contratación considerado en las Bases del Concurso Público fue el de suma alzada, tal como se establece en el numeral 1.6 del Capítulo I – Generalidades, Sección Específica de las Bases Integradas. Considerando lo expuesto, la contraprestación en el presente caso correspondía al íntegro de nuestra propuesta económica, sin que se pueda efectuar cálculos en función de cantidades o unidades. El único requisito para ello era tener la conformidad del servicio prestado.
- e) El objeto del proceso de selección que nos fue adjudicado consistía en la prestación del servicio de transporte y distribución de libros de primer a sexto grado en Lima Metropolitana, Lima Provincias y Callao. Conforme a los numerales III y IV de los Términos de Referencia de las Bases, el objetivo consistía

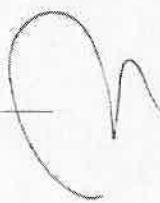


en proporcionar los referidos materiales educativos para el año escolar 2013. De acuerdo al numeral VI de los Términos de Referencia de las Bases los libros debían ser entregados en determinadas cajas con un espacio para trasladar 20 ejemplares de un peso referencial (peso aproximado). El propósito no era, pues, trasladar pesos, sino libros, los cuales podía tener aproximadamente un determinado peso, lo que evidentemente podía variar en cada caja.

- f) Sin embargo, conforme al numeral VII de los Términos de Referencia de las Bases, en el que se describe el sistema de distribución que se debía seguir para el cumplimiento del objeto del proceso, la cantidad de libros que se pretendía trasladar por el ítem 3 sumaba 2.008.940 ejemplares. Conforme al detalle antes previsto, era pues posible que el peso total de los libros variara levemente, lo que incluso se reconoce en las propias Bases al indicar que el peso del total de los libros a trasladar en las regiones de Lima Metropolitana, Lima Provincias y Callao era aproximado. Lo que no podía variar era el número de ejemplares que se debían distribuir, que finalmente fueron entregados por ALCARRAZ en su totalidad a satisfacción de sus destinarios y del Área Usuaria.
- g) Sin embargo, mediante correo electrónico del 30 de mayo de 2013, el señor Mendoza Arnaez, funcionario del MINISTERIO, inexplicablemente remitió el cálculo que a su juicio justificaba que se pague a ALCARRAZ el importe de S/. 170,377.16 y no el que la parte estableció como propuesta económica que era mucho mayor. Este cálculo es el que reproduce el MINISTERIO en el Oficio 511-2013-MINEDU/SG-OGA-UABAS, mediante el cual deniega nuestro reclamo por un recorte injustificado del pago correspondiente al servicio prestado. El funcionario del MINISTERIO asumió que el servicio prestado en función de los kilogramos transportados y no del servicio prestado consistente en entregar los libros a satisfacción de los destinatarios y del Área Usuaria.

POSICIÓN DEL DEMANDADO

- a) Que de acuerdo al numeral VII de los Términos de Referencia, ALCARRAZ tenía pleno conocimiento que el peso final al transportar sería determinado con el peso de cada uno de los libros para estudiantes que se consignen en el Acta de Pesos.
- b) Que siendo esto así, la liquidación realizada tuvo como base el Acta de Pesos y la Estructura de Costos propuesta por ALCARRAZ y se efectuó teniendo en cuenta lo establecido en el numeral VII de los Términos de Referencia; motivo por el cual el monto total a cancelar por el servicio de transporte fue S/. 170,377.16; el mismo que se ha determinado conforme a derecho; siendo esta circunstancia la que desvirtúa la posición de la contraria cuando pretende que la mencionada liquidación se realice en función de lo íntegro de la propuesta económica, conforme al sistema de contratación de suma alzada, soslayando



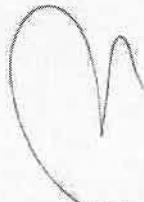
de este modo la aplicación en el caso concreto de lo estipulado en el numeral VII de Los Términos de Referencia.

POSICIÓN DEL ARBITRO UNICO

- En concreto, es materia de análisis determinar si el MINISTERIO debe cumplir con cancelar el íntegro de la propuesta económica presentada por ALCARRAZ ascendente a la suma de S/. 190,099.18, por el servicio prestado en el marco de Contrato No. 103-2013-MINEDU/SG-OGA-UABAS-APS "Transporte y Distribución de Libros del 1° al 6° Grado de Educación Primaria-Dotación 2013, ITEM N° 3", en función a que en las Bases Integradas del proceso de selección mencionado se estableció como sistema de contratación el sistema de suma alzada y éste obliga al pago por un monto fijo integral y por un determinado plazo de ejecución.
- Que al revisar las Bases Integradas, se observa en el numeral 1.6 Sistema de Contratación, Capítulo 1- Generalidades, Sección Específica de la Bases Integradas, que se establece que el sistema de contratación considerado en el presente CONTRATO es el de suma alzada, por items, de acuerdo con lo establecido en el expediente de contratación respectivo.
- Que el artículo 26 inciso e) de la Ley de Contrataciones Estatales (en adelante LEY), concordado con el artículo 40 del REGLAMENTO, establecen que los sistemas de contratación son: "...Sistema a suma alzada, aplicable cuando las cantidades, magnitudes y calidades de la prestación estén totalmente definidas en las especificaciones técnicas o en los términos de referencia... el postor formulará su propuesta por un monto fijo integral y por un determinado plazo de ejecución..." y: el "...Sistema de precios unitarios, tarifas o porcentajes, aplicable cuando la naturaleza de la prestación no permita conocer con exactitud o precisión las cantidades o magnitudes requeridas... el postor formulará su propuesta ofertando precios unitarios, tarifas o porcentajes en función de las cantidades referenciales contenidas en las Bases y que se valorizan en relación a su ejecución real y por un determinado plazo de ejecución...".
- Que, además, la presente contratación ha sido objeto del Pronunciamiento N° 724-2012/DSU del 21 de diciembre 2012, señalándose en él: "... que puede apreciarse en el numeral 1.6 de las Bases, que el sistema de contratación del presente proceso de selección corresponde al de suma alzada, por lo que deberá retirarse toda indicación referida a los precios unitarios, a efectos de no inducir a error a los postores en la formulación de su propuesta económica; sin perjuicio de requerir dicho detalle al postor ganador de la buena pro para la suscripción del contrato", por lo que al ARBITRO UNICO no le cabe duda sobre que el sistema de contratación es de suma alzada.



- Que el numeral III –Objetivo del Servicio de los Términos de Referencia y Requerimientos Técnicos Mínimos, establece que el objetivo de la contratación es: "Contratar el Servicio de Transporte y Distribución de Libros para Educación Primaria- Dotación 2013, a fin de que los estudiantes de las instituciones Educativas Públicas a nivel nacional, cuenten oportunamente con los materiales educativos de calidad antes del inicio del año escolar 2013", consecuentemente, las cantidades, magnitudes y calidades de la prestación, se encuentran definidas conforme la naturaleza de la contratación en función a la prestación a ejecutarse. Bajo estas consideraciones es que se desarrolla y establece en las Bases el sistema de suma alzada como sistema de contratación, por ende, cuando el Postor formula su propuesta la ha hecho por un monto fijo integral y por un determinado plazo de ejecución, obligándose a cumplir la totalidad de la prestación, es decir, que en los servicios convocados bajo este sistema, sólo existe un monto total ofertado siendo este el único requisito relevante para aceptar y evaluar la propuesta económica.
- Que en el presente caso, ALCARRAZ al presentar su propuesta, señaló el importe de S/. 190,099.18 a todo costo o suma alzada, por lo que conforme a ello se señaló también en la cláusula tercera del CONTRATO dicha contraprestación. Teniendo en cuenta ese aspecto, está claro que los funcionarios del área usuaria del MINISTERIO al haber efectuado el requerimiento habrían determinado la magnitud, cantidad y calidad del servicio objeto de contratación, tal como lo establece el numeral VI y VII –Descripción de la Forma de Entrega de los Libros de Educación Primaria por el Med y Sistema de Distribución de los Términos de Referencia y Requerimientos Técnicos Mínimos, fijándolos en 2,008,940 ejemplares con un peso total aproximado de 1'054,331.20 kilogramos, hecho establecido en la cláusula tercera y séptima del CONTRATO.
- El argumento expuesto por el DEMANDADO de que el numeral VII de los Términos de Referencia prescribe: "...El peso final a transportar será determinado con el peso de cada uno de los libros para estudiantes que se consignen en el Acta de Pesos", y que ALCARRAZ tenía pleno conocimiento de que el peso final al transportar sería determinado con el peso de cada uno de los libros para estudiantes que se consignen en el Acta de Pesos, carece de relevancia frente al sistema de contratación pactado, siendo indebida la liquidación realizada teniendo en cuenta el Acta de Pesos y la estructura de Costos propuesta que determinó que el monto total a cancelar por el servicio de transporte era S/. 170,377.16.
- De lo anterior se desprende que cuando en la ejecución de los contratos a suma alzada las condiciones contractuales previstas se mantengan invariables, y el contratista cumpla con efectuar su prestación, la entidad no podrá reducir el precio fijo contratado aun cuando, en cumplimiento de lo pactado, se hayan ejecutado mayores o menores prestaciones, por lo que el ARBITRO UNICO



concluye que el precio total del CONTRATO es la cantidad de S/. 190,099.18, de acuerdo al sistema de contratación a suma alzada, declarando fundado el presente punto controvertido.

Segunda Pretensión Principal

Determinar si corresponde que el Árbitro Único declare que ALCARRAZ no ha incurrido en retraso alguno en la prestación del servicio de transporte y distribución, y en consecuencia no corresponde la aplicación de penalidad por este concepto.

POSICIÓN DEL DEMANDANTE

- a) Que según se puede apreciar en el documento de cálculo de penalidad, el MINISTERIO asume que ALCARRAZ incurrió en un retraso de 11 días en la ejecución del servicio, por lo que aplicando este segundo recorte concluye que el importe que corresponde pagar a su empresa es solo S/. 153,339.44 y no el monto de la propuesta económica de ALCARRAZ que es mucho mayor.
- b) Que en atención a esta observación, mediante Pronunciamiento N° 724-2012/DSU, la Dirección de Supervisión señaló que "con ocasión de la integración de Bases deberá precisarse en la Cláusula Quinta de la Proforma del CONTRATO que la condición para el inicio de la ejecución de la prestación es a partir de recibida la comunicación de la disponibilidad del material en el almacén".
- c) Que las Bases finalmente precisaron que el plazo para la ejecución del servicio de transporte se debía contabilizar efectivamente a partir de la fecha de recibida la comunicación de la disponibilidad del material en el Almacén, por lo que se concluye, que el requisito indispensable para que se active la obligación de inicio de ejecución del servicio era la remisión de la comunicación a ALCARRAZ informando la disponibilidad del material en el almacén.
- d) Que para que el MINISTERIO asuma que han incumplido con el plazo de entrega del servicio, se encuentra en la obligación de acreditar haber puesto en conocimiento de ALCARRAZ la comunicación mediante la cual se les indicara que el material que debían transportar se encontraba disponible en el almacén, ya que la imposición de penalidades supone la determinación previa de un incumplimiento específico que en el presente caso no se verifica, debido a que precisamente existía una carga jurídica precedente sobre el MINISTERIO que no se llegó a ejecutar. La referida carga consistía en remitir a ALCARRAZ una comunicación de disponibilidad del material a transportar.

- e) Que el artículo 176 del Reglamento señala que la conformidad del servicio es de responsabilidad del órgano establecido en las Bases y requiere del informe del funcionario responsable del área usuaria, quien debe verificar el cumplimiento de las condiciones contractuales y si existiesen observaciones estas se deben consignar en el acta respectiva. A su vez, el artículo 177 del mismo cuerpo normativo precisa que luego de haberse dado la conformidad a la prestación se genera el derecho al pago del contratista. De lo expuesto, se puede concluir que a quien le correspondía otorgar la conformidad por la prestación del servicio a su cargo era a la Dirección de Educación Primaria y la emisión de este acto constituía título suficiente para que el MINEDU efectúe el abono a su favor correspondiente a su propuesta económica. Pues bien, mediante Conformidad de Servicio 221-2013-ME-VMGP/DIGEBR-DEP del 20 de mayo de 2013, la Dirección de Educación Primaria consideró que el servicio prestado por su empresa se había efectuado a total satisfacción del MINEDU. Es decir, el área competente para otorgar la conformidad del servicio señaló que su empresa prestó cabalmente el servicio y por lo tanto correspondía efectuar el abono a su favor ascendente al importe de su propuesta económica.

POSICIÓN DEL DEMANDADO

Que de acuerdo al Acta Nro. 007-2013 de fecha 21 de marzo de 2013 y la Conformidad de Servicio Nro. 221-2013-ME-VMGP/DIGEBR-DEP de fecha 20 de mayo de 2013, el servicio de transporte para la distribución del Material Educativo de Libros se inició el 21 de marzo de 2013, culminando el servicio antes señalado el día 16 de abril de 2013, contabilizándose un total de 11 días de retraso de acuerdo a lo previsto en el Contrato N° 103-2013-ME/SG-OGA-UAPS, el mismo que en su cláusula sexta establece que el plazo de ejecución del servicio Lima Metropolitana, Lima Provincias y el Callao es de quince (15) días calendario.

POSICIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO

- Que la cláusula sexta del CONTRATO establece el inicio y culminación de la prestación en quince (15) días calendario, especificando que: "...El plazo de ejecución del servicio de transporte se contabiliza a partir de la fecha de recibida la comunicación de la disponibilidad del material en el almacén.".
- Que de la documentación obrante en autos, no se puede determinar desde cuándo se contabiliza el plazo de ejecución del servicio, toda vez que no se ha acreditado la fecha de comunicación de la disponibilidad del material en el almacén.
- Que el Acta Nro. 007-2013 de fecha 21 de marzo de 2013, de Entrega-Recepción de los Pedidos Comprobantes de Salida (PECOSAS) para efectos de la Distribución de los libros, indica el destino, el número correlativo PECOSA, la



cantidad (21), la Unidad Ejecutora 026 y el año 2013, mientras que la Conformidad de Servicio Nro. 221 -2013-ME-VMGP/DIGEBIR-DEP de fecha 20 de mayo de 2013, indica el detalle de la conformidad del transporte del servicio contratado, señalando entre otros, que la fecha de inicio y término del servicio está determinada "Según Cuadro de Programación de Despachos por UGEL" (Documento que no obra en autos), especificando que la fecha de culminación del servicio es el 16 de abril 2013.

- Que en base a lo anteriormente expuesto, el ARBITRO UNICO entiende el inicio del CONTRATO el día 21 de marzo de 2013 siendo la fecha de culminación el 16 de abril de 2013, contabilizándose un total de 11 días de retraso de acuerdo a lo previsto en el Contrato N° 103-2013-ME/SG-OGA-UA-APS, el mismo que en su cláusula sexta establece que el plazo de ejecución del servicio es de quince (15) días calendario, siendo irrelevante que la Conformidad del Servicio Nro. 221 -2013-ME-VMGP/DIGEBIR-DEP de fecha 20 de mayo de 2013 no señale las penalidades, pues estas, de conformidad con el artículo 178 del REGLAMENTO, se consignan en la Constancia de Prestación, en la cual se indica, entre otros, las penalidades en las cuales hubiera incurrido el contratista e, incluso se podrá diferir la entrega de esta constancia en el caso de que aquellas no hayan sido canceladas.
- En tal virtud, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 165 del REGLAMENTO, la penalidad se calcula en función al monto total del CONTRATO, el cual se ha establecido en el punto controvertido anterior en S/. 190,099.18, debiendo el DEMANDADO recalcular la misma aplicando la fórmula legalmente establecida en dicho artículo.
- Consecuentemente, el ARBITRO UNICO declara infundado el presente punto controvertido.

Tercera Pretensión Principal

Determinar si corresponde que el Árbitro Único declare que el MINISTERIO se encuentra obligado a cancelar, a favor de ALCARRAZ el monto íntegro de la propuesta económica, a saber S/. 190,099.18, deduciendo el monto cancelado de S/. 146,524.35, lo que equivale a un saldo a favor del demandante, la suma de S/. 43,574.83, más los intereses legales correspondientes

POSICIÓN DEL DEMANDANTE

- a) Que el MINISTERIO asume que el importe que les debía pagar luego de los dos descuentos indebidos es S/. 153,339.44; sin embargo, de acuerdo a su reporte de cuenta bancaria, únicamente efectuó un abono ascendente a S/. 146,524.35.

- b) Que solicita que el MINISTERIO proceda a cancelar la diferencia entre el importe correspondiente a su propuesta económica equivalente a S/. 190,099.18 y el monto que efectivamente les ha abonado que asciende S/. 146,524.35.
- c) Que en la medida que existe un evidente retraso en el pago del importe correspondiente a la contraprestación por el servicio prestado, y dado que tanto la Ley de Contrataciones del Estado, su REGLAMENTO, las Bases y el CONTRATO estipulan que en caso de retraso en el pago de la contraprestación corresponde al MINISTERIO efectuar el abono de los intereses legales, solicitamos que se ordene al MINISTERIO a efectuar el pago de los intereses devengados desde la fecha en que correspondía efectuar el pago por la prestación del servicio prestado hasta la fecha efectiva de cancelación del íntegro de su propuesta económica.

POSICIÓN DEL DEMANDADO

- a) Que conforme se ha señalado en el presente proceso arbitral se ha acreditado de manera suficiente que el contratista ha incurrido en mora respecto del plazo de cumplimiento de sus obligaciones; motivo por el cual no es posible que la Entidad cancele al contratista el monto íntegro de S/. 190,099.18 deduciendo el monto efectivo cancelado de S/. 146,524.35.
- b) Que no corresponde pago alguno a favor del contratista y mucho menos el pago de intereses; toda vez que la Entidad conforme se probado en los puntos del 1 a 7 de los FUNDAMENTOS DE HECHO de la contestación de la demanda, ha cancelado al contratista por la prestación de sus servicios en atención a lo prescrito en el Contrato N° 103-2013-ME/SG-OGA-UA-APS y en los Términos de Referencia, el monto que le corresponde.

POSICIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO

- Que de acuerdo a lo expuesto en los puntos controvertidos anteriores, a lo manifestado por ambas partes y, conforme se aprecia del Acta de Conformidad del Servicio 221-2013-ME-VMGP/DIGEBIR-DEP de fecha 20 de mayo 2013 de la Dirección de Educación Primaria del MINISTERIO, ALCARRAZ cumplió los términos de referencia propuestos en su propuesta técnica para realizar el objeto del servicio contratado, por lo que el MINISTERIO debió pagar la contraprestación pactada en la cláusula cuarta del CONTRATO (S/. 190,099.18) dentro de los quince (15) días calendario siguientes al otorgamiento de la conformidad del CONTRATO, ocurriendo en caso contrario, que el MINISTERIO deba pagar a ALCARRAZ (por el retraso en el pago) intereses, desde la oportunidad en que el pago se debió efectuar, es decir, desde el 2 de mayo 2013 hasta la fecha en que se haga efectiva la cancelación.

- Que estando a lo expresado en primer punto controvertido, la suma total a pagar por el CONTRATO asciende a S/.190,099.18, de los cuales se debe deducir la suma de S/. 146,524.35 que el MINISTERIO abonó el 10 de junio 2013, por lo que el MINISTERIO debe pagar a ALCARRAZ la cantidad de S/. 43,574.83, más interes legales calculados de la forma descrita en el párrafo anterior y en armonía con el artículo 48 de la LEY.
- Que en tal virtud, el ARBITRO UNICO declara fundado el presente punto controvertido.

IV. COSTOS DEL ARBITRAJE

En cuanto a costas y costos se refiere, los artículos 69, 70 y 73 de la Ley de Arbitraje, Decreto Legislativo N° 1071, disponen que los árbitros se pronunciarán en el Laudo sobre los costos del arbitraje, teniendo presente, de ser el caso, lo pactado en el convenio, y que si el convenio no contiene pacto alguno, los árbitros se pronunciarán en el Laudo sobre su condena o exoneración, teniendo en cuenta el resultado o sentido del mismo.

Los costos incluyen, pero no se limitan, a las retribuciones del Árbitro Único y de los abogados de las partes; y, en su caso, la retribución a la institución arbitral. Además, el artículo 73º en su inciso primero establece que en el laudo los árbitros se pronunciarán por su condena o exoneración, teniendo en cuenta el resultado o sentido del mismo. Si no hubiera condena, cada parte cubrirá sus gastos y los que sean comunes en iguales proporciones.

En este sentido, el Árbitro Único ha apreciado durante la prosecución del proceso que ambas partes han actuado, finalmente, basadas en la existencia de razones para litigar que a su criterio resultan atendibles, y que por ello, han litigado honestamente y convencidas de sus posiciones ante la controversia.

Por consiguiente, considera que no corresponde condenar a ninguna de ellas al pago exclusivo de los gastos del proceso arbitral, es decir, cada parte debe asumir el 50% de todas las costas y costos del presente proceso.

Por lo que el Árbitro Único, en derecho:

LAUDA:

PRIMERO: DECLARAR INFUNDADAS la excepción de caducidad y la oposición propuesta.

SEGUNDO: DECLARAR FUNDADO el primer punto controvertido, en consecuencia el monto total del CONTRATO asciende al de la propuesta económica establecida en el mismo en la suma de S/.190,099.18.



TERCERO: DECLARAR INFUNDADO el segundo punto controvertido.

CUARTO: DECLARAR FUNDADO el tercer punto controvertido, en consecuencia el MINISTERIO deberá pagar a ALCARRAZ la suma de \$/.43,574.83, mas los intereses legales devengados desde el 2 de mayo 2013 hasta la fecha efectiva de la cancelación, sin perjuicio de lo deliberado y resuelto respecto al segundo punto controvertido.

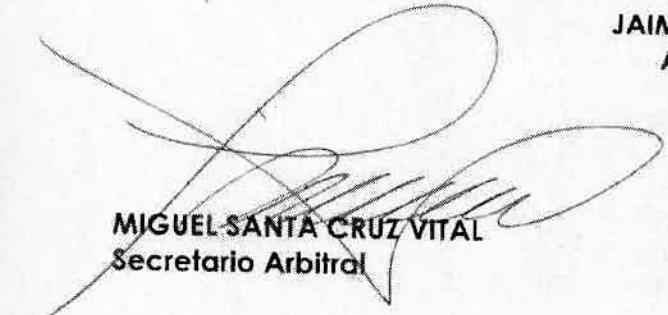
QUINTO: ORDENAR que el MINISTERIO y ALCARRAZ asuman los costos del presente proceso en partes iguales, en atención a lo expuesto en el apartado IV del análisis.

SEXTO: Establecer los honorarios del Árbitro Único y de la Secretaría Arbitral en los montos previamente cancelados.

SEPTIMO: REMITASE al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, copia del presente laudo arbitral y notifíquese a las partes a través del SEACE.

Notifíquese a las partes.

JAIME CHECA CALLEGARI
Árbitro Único


MIGUEL SANTA CRUZ VITAL
Secretario Arbitral