LAUDO

I INTRODUCCIÓN

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

EMITIDO POR EL TRIBUNAL CUYA COMPOSICION ES LA SIGUIENTE:

PRESIDENTE : GONZALO GARCÍA CALDERÓN

ARBITROS : HORACIO CÁNEPA TORRÉ

JOSÉ GABRIEL DEL CASTILLO CARRASCO

SECRETARIA : SUSANA SEMINARIO VEGA

SEGÚN EL PROCESO ARBITRAL SEGUIDO ENTRE:

CONSORCIO MAPFRE PERÚ COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS – LA POSITIVA SEGUROS Y REASEGUROS (en adelante El Consorcio o la demandante); y

PROYECTO ESPECIAL CHIRA PIURA DEL GOBIERNO REGIONAL DE PIURA (en adelante El Proyecto o el demandado).

VISTOS:

II EXISTENCIA DEL CONVENIO ARBITRAL

Con fecha 20 de enero del 2015 las partes suscribieron el Contrato N° 001-/2015-GRP-PECHP-406000 mediante el cual el Consorcio Mapfre Perú-La Positiva otorgó la Cobertura Incendio Todo Riesgo para obras Civiles Terminadas del Proyecto Especial Chira Piura – Período 2015-2016.

Así, con fecha 4 de setiembre del 2015 el Consorcio presentó ante el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Piura una petición de arbitraje dirigida contra el Proyecto, al amparo del Convenio Arbitral contenido en la Cláusula Décimo Sexta del contrato.

De lo anterior queda establecida la competencia arbitral, al haberse verificado el Convenio Arbitral suscrito entre las partes y la concurrencia de las condiciones para su validez, eficacia y vigencia.

III DESIGNACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

El Consorcio designo como árbitro al doctor Horacio Cánepa Torre, El Proyecto designó al doctor José Gabriel del Castillo Carrasco. Finalmente, los árbitros designados por las partes nombraron al Dr. Marco Antonio Martínez Zamora, quien renunció con carta del 25 de enero del 2016. Posteriormente, acordaron nombrar al doctor Gonzalo García Calderón Moreyra como Presidente del Tribunal.

IV TIPO DE ARBITRAJE

El 11 de noviembre del 2015 se notificó a las partes las reglas que regirían el presente arbitraje, otorgándoles un plazo de cinco días

hábiles para que manifiesten su conformidad o formulen las observaciones que estimen pertinentes y que serán resueltas por el Tribunal Arbitral.

Se estableció que el presente arbitraje sería Nacional y de Derecho.

V REGLAS APLICABLES AL PRESENTE ARBITRAJE.-

Las contenidas en las Reglas de Arbitraje de conformidad con la Resolución N° 001-2015/TA-CA-CCP; el Reglamento de Arbitraje del Centro; los acuerdos previstos por las partes; el Decreto Legislativo N° 1017 y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF; así como sus normas modificatorias y el Decreto Legislativo N° 1071, de manera supletoria, en lo que corresponda.

VI PRETENSIONES DE LAS PARTES.-

En la Resolución N° 001-2015 antes citada, el Tribunal Arbitral declaró abierto el proceso y otorgó al demandante un plazo de diez (10) días hábiles, a fin de que formule sus pretensiones y ofrezca los medios probatorios que las respalden e igual plazo al demandado para efectuar contestación.

6.1 SÍNTESIS DE LA DEMANDA

Por escrito presentado el 14 de diciembre del 2015 el Consorcio formuló las siguientes pretensiones:

1. Que el Proyecto Especial Chira Piura pague la cantidad de S/. 499,237.70 más los intereses legales a fin de completar el pago íntegro de US$ 1'981,102.00 que, a la fecha 20.05.2015 en que se efectuó su cancelación equivalía a S/. 6'240,471.93, al tipo de cambio S/. 3.15 por dólar, no obstante lo cual solo

cobró S/.5'751,139.11, dejando de recibir por un error de cálculo, la cantidad primeramente mencionada.

2. Que el Proyecto asuma las costas y costos del presente proceso.

a. Señala el demandante que con fecha 20 de enero del 2015 suscribió con el Proyecto Especial Chira Piura, el Contrato N° 001-2015 GRP-PECHP-406000 derivado del Concurso Público N° 0002-2014-GRP-PECHP-406000 para prestarle al segundo el servicio de Seguros de Incendio Todo Riesgo por Obras Civiles Terminadas del período 2015-2016; contrato cuya ejecución se rige por su texto, las bases y sus términos de referencia, emitiéndose la Póliza N° 2031510100051 cuyo precio era de US$ 1'981,102.00.

Dice que, de acuerdo con la Cláusula Cuarta del Contrato, la Entidad se obligó a pagar la contraprestación en Nuevos Soles, en un único pago total, según lo establecido en el numeral 2.9 del Capítulo II de la Sección Específica de las Bases, luego de la recepción formal y completa del servicio prestado.

Ese numeral 2.9 tiene el siguiente texto:

"el pago se efectuará en moneda nacional, al tipo de cambio del valor venta, establecido por la S.B.S. para el día anterior a la fecha de emisión de la orden de servicio para el pago respectivo".

b. Manifiesta que consta en las Bases Integradas que el Consorcio realizó las Consultas No. S 1 y 2, en el siguiente sentido:

Primera Consulta:

"Solicitan que la oferta económica se presente en nuevos soles y siendo la póliza requerida en dólares americanos se necesita un tipo de cambio referencial, a fin de que las propuestas económicas tengan un factor común al momento de la calificación y éstas puedan ser comparativas".

La respuesta de la Entidad fue:

"Según se señala en el Item 1.3. "Valor Referencial", el tipo de cambio referencial es de S/ 2.903".

Segunda Consulta:

"En el numeral 2.5.2. – sobre N° 2 – Propuesta Económica se señala que la oferta económica se presente en nuevos soles, sin embargo, la Póliza solicitada es en dólares americanos".

"De acuerdo con las normas de la Superintendencia de Banca y Seguros, las Pólizas que se emitan en moneda extranjera deberán ser facturadas en la misma moneda, las mismas que podrán ser pagadas en moneda nacional al tipo de cambio a la fecha de pago".

La respuesta de la Entidad fue:

"Es correcto, se precisa a los participantes que las pólizas se emitirán y se facturarán en Dólares Americanos y serán pagadas en moneda nacional al tipo de cambio vigente a la fecha de pago".

c. El demandante manifiesta que, evidentemente, la voluntad de las partes recogida en el propio texto del Contrato de acuerdo con el art. 142 del Reglamento del D. Leg. 1017, las Bases Integradas y la propuesta del postor, era que las pólizas se emitiesen en

dólares y la prima se cobrase en moneda nacional al tipo de cambio vigente a la fecha de su cancelación.

Agrega que, dicho contrato debe interpretarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes como lo mandan los artículos 1361 y 1362 del Código Civil, concordante con los artículos 1220 (pago íntegro de la prestación) y 1237 (pago de moneda extranjera en moneda peruana) del mismo Código.

Argumenta que la Póliza ha sido emitida en moneda extranjera tal como se señala en el Contrato y las bases integradas, pero que, por un error material del Consorcio, la factura N° 7960153 la emitieron y presentaron en soles por la cantidad de S/. 5'751,139.11 en lugar de hacerlo por $ 1'981,102.20 como estaba previsto en el numeral 2.9 de las bases.

d. Indica el Consorcio que se trató de un error obvio y que tiene que ser corregido a fin de que la Entidad pague la cantidad a la que se comprometió. Por tal motivo, le remitió oportunamente la factura N° 8107198 por S/. 499,237.70 que es el saldo pendiente de comparar S/ 6'240,471.92 contra S/ 5'751,139.11 recibidos por el Consorcio; saldo cuyo pago es necesario para que se complete el íntegro de la contraprestación a que estaba obligada la Entidad.

Sustenta su posición en que se trata de un error de cálculo previsto en el art. 204 del Código Civil, que no causa la nulidad del acto jurídico pero si da lugar a que el beneficiado lo corrija reintegrando la cantidad producto del equívoco.

Dice que el error de cálculo en que incurrió el Consorcio obliga a su corrección, además que de otro modo no se estarían cumpliendo fielmente los términos del contrato por parte del demandado pues éste no estaría pagando la integridad de su contraprestación como lo ordena el art. 1220 del Código Civil.

e. Solicita que el Proyecto sea condenado al pago de los costos del proceso arbitral.

6.2 SÍNTESIS DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

a. El Proyecto manifiesta que efectivamente se suscribió el Contrato N° 001-2015-GRP-PECHP-406000 entre las partes y se refiere a las consultas Nos. 1 y 2 mencionadas en párrafos precedentes sobre la moneda en la cual se efectuaría el pago de la prestación.

b. Agrega el Proyecto que el Consorcio, a través de su Carta Notarial N° CI 607/15 del 6 de julio del 2015, señaló que había transcurrido más de 15 días desde la remisión de la carta N° CI 552/15 del 15 de junio del 2015 con la que alcanzó su factura por el importe de S/. 499,327.70, indicando que tenía por objeto completar el íntegro del pago que debe efectuarse por la emisión de las Pólizas, según el tipo de cambio de S/. 3.15 por dólar.

El Proyecto, mediante Carta N° 370/2015-GRP-PECHP-406000 del 16 de julio del 2015 comunicó al Consorcio que su requerimiento de pago es improcedente y devolvió la Factura por S/ 499,237.70.

El Proyecto señala que de acuerdo a la documentación que obra en el expediente de contratación y de conformidad con lo

establecido en el art. 27 del D. Leg.1017, concordante con el art. 13 de su Reglamento, el valor referencial fue establecido por la Entidad en moneda nacional, en ejercicio de la facultad otorgada por dichas normas.

c. Dice también, que de acuerdo a lo expresado en el ítem 1.2. de las Bases Integradas del proceso de selección se estableció que la Propuesta Económica debía incluir obligatoriamente lo siguiente:

"La oferta económica en la moneda que corresponda, incluidos todos los tributos, seguros, transportes, inspecciones, pruebas y, de ser el caso, los costos laborales conforme a la legislación vigente así como cualquier otro concepto que pueda tener incidencia sobre el costo del servicio a contratar, excepto de aquellos postores que gocen de exoneraciones legales. La entidad no reconocerá pago adicional de ninguna naturaleza (...)".

d. Y es precisamente, afirma el Proyecto, en sujeción a las condiciones antes descritas, que el Consorcio presentó la correspondiente Propuesta Económica en moneda nacional por la suma ascendente a S/. 5'751,139.11; importe que, además, constituye el monto pactado en calidad de contraprestación íntegra del servicio contratado, según el tenor de la Cláusula Tercera del Contrato que literalmente dice:

"El monto total del presente contrato ascendía a S/. 5'751,139.11 (Cinco Millones Setecientos Cincuenta y Un Mil Treinta y Nueve con 11/100 Nuevos Soles), a todo costo, incluido IGV. Este monto comprende el costo del servicio, seguros e impuestos, así como todo aquello que sea necesario para la correcta ejecución de la prestación materia del presente contrato".

e. En dicho contexto, según lo establecido en los artículos 176 y 180 del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 184-2008-EF y habiéndose otorgado conformidad al servicio y de acuerdo al procedimiento establecido en la Cláusula Cuarta del Contrato, el Proyecto ha cumplido con efectuar el pago del monto total de S/ 5'751,139.11 del Contrato N° 001/2015-GRP-PECHP-406000 mediante transferencia en cuenta, a cuyos efectos se emitió la Orden de Servicio N° 146 y el Contratista emitió la Factura N° 0001-796'153 respectiva.

f. El Proyecto menciona que se deben aplicar los Principios de Moralidad, Libre Concurrencia y Competencia, Imparcialidad y Trato Justo e Igualitario que rigen las Contrataciones del Estado, de acuerdo al art. 4 del D. Leg. 1017 y que, con relación a la absolución de las consultas efectuadas durante el proceso selectivo a que se refiere el Consorcio, el Comité Especial precisó a los participantes que las pólizas se emitirán y facturarán en dólares americanos y serán pagadas en moneda nacional al tipo de cambio vigente en la fecha del pago.

   Sin embargo, el Proyecto señala que dicho extremo no guarda congruencia con el tenor de las Bases Integradas del Concurso Público N° 002/2014-GRP-PECHP-406000 pues en ellas no se ha incorporado fórmula de reajuste del monto del servicio a contratar que sería la única forma para modificar el texto conforme a lo dispuesto en el art. 49 del Reglamento.

g. Asimismo, afirma que es facultad del Proyecto determinar y aplicar las fórmulas de reajuste. Para el efecto menciona el

Pronunciamiento 061-2011/DTN del 7 de febrero del 2011 que establece lo siguiente:

"(...) Constituye facultad de la Entidad establecer en las bases de los procesos de selección fórmulas de reajuste de precios (...)"

El Proyecto concluye que, al no haber ejercido la facultad prevista en la norma para incluir fórmulas de reajuste, determinar el valor referencial y posteriormente el monto del contrato, éste no se encuentra sujeto a ninguna modificación y menos aún al pago de suma alguna adicional a lo pactado sobre el monto del precio, tal y como fluye de los términos del propio Contrato que es de carácter vinculante para ambas partes, y fue de pleno conocimiento del Consorcio cuando se le adjudicó la buena pro por el importe de su propuesta económica, oferta que, posteriormente, configuró el monto total del contrato ascendente a la suma de S/.5'751,139.11 Nuevo Soles.

h. Dice que se debe tener en cuenta que, de acuerdo con el art. 143 del Reglamento del D. Leg. 1017, las partes pueden incorporar modificatorias al contrato siempre y cuando éstas no impliquen variación alguna en las condiciones sustanciales que motivaron la selección del contratista, tales como las características técnicas, precio, objeto ,plazo, calidad entre otros.

Señala que la variación del precio o monto que ofertó el contratista durante el proceso selectivo, conllevaría a un trato preferente a favor del postor ganador en perjuicio de todos los demás participantes, trasgrediendo los principios de transparencia, imparcialidad, trato justo e igualitario y eficiencia.

i. Respecto a la segunda pretensión principal que se refiere al pago de los costas y costas del proceso, indica el Proyecto que el inciso 1) del art. 73 del Decreto Legislativo No. 1071, dispone que el tribunal arbitral tendrá en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes y a falta de éste, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida; sin embargo, el tribunal podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

Además tal como el Proyecto ha sustentado su fundamentación, en el presente caso, se deberá ordenar al Contratista el pago de los costos y costas del mismo, debido a que inescrupulosamente ha hecho invertir tiempo y dinero en la defensa de los intereses públicos de manera innecesaria.

Dice que, conforme fluye del tenor del Convenio Arbitral contenido en el Contrato, las partes no han establecido pacto alguno acerca de los costos y costas del proceso arbitral. Atendiendo a esta situación, el tribunal arbitral se encuentra compelido a emitir decisión sobre los costos, teniendo como regla básica el sentido o resultado de la decisión adoptada, apelando a su debida prudencia.

j. Con relación a los gastos de asesoramiento, además de resultar excesivos en relación con la falta de argumentos jurídicos contenidos en la demanda arbitral, estos supuestos gastos no se han acreditado de ninguna manera.

Por los motivos expuestos, el Proyecto solicita que las pretensiones se declaren infundadas.

VII AUDIENCIAS Y DECISIONES ADOPTADAS EN EL PRESENTE PROCESO ARBITRAL

7.1 Determinación de Puntos Controvertidos.- El Tribunal emitió la Resolución N° 005-2016/TA-CA-CCP del 16 de marzo del 2016, en cuyo Cuarto Punto procede a la fijación de los puntos controvertidos:

1. Determinar si corresponde que se ordene el pago de la cantidad de S/. 499,237.70, más los intereses legales a fin de completar el pago íntegro de US4 1'981,102.00 que a la fecha 20.05.15 en que se efectuó su cancelación equivalía a S/. 6'240,471.93, al tipo de cambio S/.3.15 por dólar.
2. Determinar si corresponde que s e declare que la demandada asuma las costas y costos del presente proceso.

7.2 **Admisión de Pruebas.**- El Tribunal admitió los medios probatorios documentales ofrecidos y presentados por el Consorcio en su escrito de demanda de fecha 14 de diciembre del 2015, detallados en el Ítem III denominado "Medios Probatorios".

Asimismo, admitió los medios probatorios documentales ofrecidos y presentados por el Proyecto en su escrito de contestación de demanda, de fecha 11 de febrero del 2016, detallados en el Ítem IV denominado "Medios Probatorios".

7.3**Alegatos escritos.**- Con fecha 19 de abril del 2016 el Consorcio formuló sus alegatos escritos. El Proyecto lo hizo con su escrito presentado el mismo 19 de abril del 2016.

7.4 **Audiencia de Informe Oral.**- Esta Audiencia se realizó el 1° de junio del 2016 con asistencia de ambas partes.

7.5 **Plazo para emitir el Laudo**

CUESTIONES PRELIMINARES

Antes de entrar a analizar la materia controvertida, resulta pertinente confirmar los siguientes aspectos.

En primer lugar, el presente proceso se constituyó de conformidad con las disposiciones establecidas en el CONTRATO; en segundo lugar en ningún momento se interpuso recusación contra el tribunal arbitral o se efectuó algún reclamo contra la disposiciones establecidas en el acta de instalación de tribunal arbitral de fecha 11 de noviembre del 2015; en tercer lugar el demandante presentó su escrito de demanda dentro de los plazos dispuestos, ejerciendo plenamente su derecho al debido proceso; en cuarto lugar por su parte el DEMANDADO fue debidamente emplazado, contestando la demanda dentro del plazo dispuesto para ello y ejerció plenamente su derecho de defensa; y, en quinto lugar, las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como ejercer la facultad de presentar alegatos e, inclusive, de informar oralmente.

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

En cuanto a las pruebas, el tribunal arbitral expresa que los medios probatorios deben tener por finalidad acreditarlos hechos expuestos

por las partes producir certeza en el árbitro respecto a los puntos controvertidos y fundamentar las decisiones, conforme a los principios generales de la prueba: necesidad, originalidad, pertinencia y utilidad de la prueba.

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

Asimismo, el tribunal arbitral hace notar que, de conformidad con lo establecido en el acta de instalación, tiene la facultad de determinar, de manera exclusiva, la admisibilidad, pertinencia y valor de las pruebas ofrecidas, estando en concordancia con lo establecido en el artículo 43 del Decreto Legislativo N° 1071.

Ello ha sido resaltado por HINOJOSA SEGOVIA[1] y por los tribunales españoles cuando se ha indicado que "(...) la actividad probatoria en el arbitraje ofrece una serie de peculiaridades respecto del proceso civil; (...) los árbitros han de pronunciarse sobre la pertinencia y admisibilidad de los medios probatorios, pero no vienen vinculados por las peticiones de las partes..." (Sentencia de fecha 30/11/87).

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

VIII. ANALISIS DEL TRIBUNAL

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

En la Parte Expositiva se ha hecho una descripción resumida de la demanda y su contestación.

8.1 POSICIÓN DEL CONSORCIO

El Consorcio reclama que el Proyecto le abone la suma de S/. 499,237.70, más los intereses legales, con el objeto de completar el pago del integro de US$ 1´981, 120. 00 que, a la fecha en que se efectuó la cancelación de esta última cantidad, equivalía a S/. 6´240, 471. 93, al tipo de cambio de S/3.15 por dólar y no a los S/. 5´751,139.11 que facturó y cobró indebidamente por un error de cálculo.

El Consorcio invoca la aplicación de los artículos 204 y 1220 del Código Civil en cuanto, por un error de cálculo, no ha recibido el íntegro de lo que el Proyecto le adeudaba por la prestación del servicio de seguro de sus Obras Civiles Terminadas ya que, según las Bases Integradas del proceso de selección, el valor de este contrato se fijó en dólares lo mismo que el valor de la póliza y debía pagarse en dólares o en su equivalente en moneda nacional pero que, por dicho error, facturó y cobró en soles la cantidad de S/ 5'751,139.11 cuando tenía que ser S/ 6'240,471.93, porque ésta era el equivalente del valor de la Póliza de US$ 1'981,102, al día 20 de mayo del 2015, al tipo de cambio de S/ 3.15 por un dólar, por lo que le falta cobrar S/ 499,237.70 que es la diferencia existente entre las dos cantidades en moneda nacional

8.2. POSICIÓN DEL PROYECTO.

PRIMERO.- El Proyecto no acepta como válida la pretensión del Consorcio y dice que, de acuerdo con el ítem 1.2 de las Bases Integradas, la Propuesta Económica tenía que incluir obligatoriamente el texto siguiente:

"La oferta económica en la moneda que corresponda, incluidos todos los tributos, seguros, inspecciones, pruebas y, de ser el caso, los costos laborales conforme a la legislación vigente, así como cualquier otro concepto que pueda tener incidencia sobre el costo del servicio a contratar, excepto aquellos postores que gocen de exoneraciones comunes legales. La Entidad no reconocerá pago adicional de ninguna naturaleza".

Dice el Proyecto que, con sujeción a las condiciones que describe, establecidas en las Bases, recibió la propuesta económica del Consorcio en moneda nacional por la suma de S/. 5´571.193.11, que es la que se ha consignado en la Cláusula Tercera del Contrato como monto de éste.

SEGUNDO.- El Proyecto sostiene que, en aplicación de los arts. 176 y 180 del Reglamento del D. Leg. 1017, se otorgó conformidad al servicio efectuado por el Consorcio y que, siguiendo lo prescrito por la Cláusula Tres del Contrato, cumplió con realizar el pago del referido monto contractual mediante transferencia en cuenta cancelándose la factura N° 0001- 7960153 emitida por MAPFRE.

Menciona el Proyecto que, al no haberse pactado en el Contrato, ni figurar en las Bases una Cláusula de Reajuste según el art. 49 del Reglamento, el precio no puede ser objeto de aumento, según el cual, en los casos de contratos de tracto sucesivo o de ejecución periódica o continuada de bienes o servicios pactados en moneda nacional las Bases podrán considerar fórmulas de reajuste de los pagos que corresponden al contratista.

TERCERO.- Manifiesta el Proyecto que el Consorcio sostiene que el valor de la Póliza se pactó en moneda extranjera así como el pago de la

prestación que le correspondía pero que su cancelación se podía hacer en moneda nacional el tipo de cambio vigente al día de esa cancelación. Para esto, el Consorcio se sustenta en la absolución que hizo el Proyecto ante unas consultas de los postores, absolución en la que indico que las pólizas se emitirían en dólares y se pagarían en moneda nacional al tipo de cambio vigente en la fecha de pago pero que esta absolución no guarda congruencia con el Texto de las Bases Integradas del Concurso Público N° 002-2014-GRP-PECHP-406000 pues como ya se ha dicho no se incorporó en éstas una fórmula de reajuste del monto del servicio a contratar.

CUARTO.- Según esta posición, el Proyecto afirma que, no estando previstas fórmulas de reajuste, y estando fijado en las Bases el valor referencial en moneda nacional, como asimismo, en la Cláusula Tercera del Contrato, el monto acordado no se encuentra sujeto a modificación alguna y menos aún a la inclusión de sumas adicionales y que, conforme al art. 143 del Reglamente del D. Leg. 1017, las partes pueden incorporar modificaciones al contrato siempre y cuando éstas no impliquen variación alguna de las condiciones sustanciales que motivaron la selección del postor como contratista.

IX DECISIONES DEL TRIBUNAL

PRIMERO.- El primer punto controvertido que el Tribunal debe resolver es el que consiste en determinar si procede o no el pago de S/ 499,237.70 más los intereses legales, para completar el pago íntegro de US$ 1'981,102.00 que, a la fecha del 20 de mayo del 2015, en que se efectuó la cancelación equivalía a S/ 6'240,471.93 al tipo de cambio de S/ 3.15 por dólar.

SEGUNDO- El Tribunal estima que el Contrato debe ser calificado, interpretado y ejecutado según sus propios términos, teniendo en cuenta que, conforme al art. 142 del Reglamento del D.Leg. 1017, se compone del documento que lo contiene, las Bases Integradas, la oferta ganadora y los documentos derivados del proceso de selección que establezcan obligaciones para las partes y que hayan sido señaladas expresamente el Contrato, esto es, en el referido documento contractual; siendo éste obligatorio para las dos partes.

Las Bases Integradas, según los artículos 56 y 59 del Reglamento son aquellas que quedan una vez que sean absueltas las consultas y observaciones efectuadas por los postores, convirtiéndose en las reglas definitivas del proceso e insusceptibles de ser cuestionadas a posteriori por ninguna autoridad administrativa.

Por tanto, el texto del contrato y las Bases Integradas son las que dan marco a la relación contractual entre las partes.

TERCERO.- El Tribunal tiene en cuenta las disposiciones contenidas en el D. Leg. 1017 y su Reglamento sobre los contratos, las otras normas de derecho público que sean aplicables y, supletoriamente, las del Código Civil en aquello que no esté previsto o regulado en la normatividad específica que rige las contrataciones que realiza el Estado.

Son normas de orden público el art. 35 del D. Leg. 1017 y los artículos 137 al 154 de su Reglamento.

El art. 35 referido establece que el Contrato se celebra por escrito y se ajustará a la proforma incluida en las bases con las modificaciones aprobadas por la Entidad durante el proceso de selección; y, entre los

dispositivos del Reglamento tiene principal incidencia el art. 142 según el cual el contrato está conformado por el documento que lo contiene, las Bases Integradas y la oferta ganadora, así como los documentos derivados del proceso de selección que establezcan obligaciones para las partes y que hayan sido señaladas expresamente en el contrato.

Agrega este artículo que el contrato es obligatorio para las partes y se regula por las normas públicas ya citadas; y que, en lo no previsto en éstas, son de aplicación supletoria las normas de derecho público y solo en ausencia de éstas, las de derecho privado.

También son de aplicación los artículos 26, 27, 28 y 29 del D. Leg. 1017 y los artículos 35 al 49, 54 al 59 del Reglamento, que se refieren al proceso de selección, las bases que lo rigen y la forma en que éstas quedan formadas, integradas y aprobadas y pasan a ser parte del Contrato.

El art. 26 establece que las bases, la Ley (D. Leg. 1017) y su Reglamento obligan tanto a los postores como a la Entidad; el art. 27 se aplica para la fijación del Valor Referencial y sirve para establecer el tipo de proceso de selección correspondiente y gestionar los recursos presupuestales necesarios; el 28 regula las consultas y observaciones de los postores sobre las bases originales del proceso de selección; y el 29 indica que las bases recogerán lo establecido en esta normas, las que sean complementarias y conexas y tengan relación con el proceso de selección y se aplicarán obligatoriamente, lo que significa que, en observancia de los artículos 59 y 60 del Reglamento, una vez absueltas las consultas y observaciones, las Bases quedarán integradas como reglas definitivas del proceso y no podrán ser cuestionadas ni modificadas por ninguna autoridad administrativa, sin que esto afecte

la competencia del Tribunal de Contrataciones del Estado de ejercer su jurisdicción resolutiva en las controversias de carácter administrativo.

El art. 60 mencionado establece la obligación de la Entidad de publicar las bases integradas.

Fuera de las normas citadas no hay otras de orden público en relación con la controversia que debe resolver este Tribunal; ni sobre la institución de los vicios de la voluntad que se regulan específicamente por el Código Civil y sobre cuya aplicación el Tribunal debe pronunciarse.

CUARTO.- En el caso de autos está acreditado que el entonces postor Consorcio Mapfre – La Positiva hizo las siguientes consultas:

"Señalan que la oferta económica se presente en nuevos soles y siendo la Póliza requerida en dólares americanos se necesita un tipo de cambio referencial, a fin de que las propuestas económicas tengan un factor común al momento de la calificación y éstas puedan ser comparativas"

La respuesta de la Entidad fue como sigue:

"Según se señala en el ítem 1.3 "Valor Referencial" el tipo de cambio referencial es de S/ 2.903".

La segunda consulta tuvo el siguiente tenor:

"En el numeral 2.5.2 sobre No.2 – Propuesta Económica, se señala que la Oferta económica se presente en nuevos soles, sin embargo, la póliza es solicitada en dólares americanos".

"De acuerdo con las normas de la Superintendencia de Banca y Seguros, las Pólizas que se emitan en moneda extranjera deberán ser facturadas

en la misma moneda, las mismas que podrán ser pagadas en moneda nacional al tipo de cambio vigente a la fecha de pago".

La respuesta de la Entidad fue de este modo:

"Es correcto, se precisa a los participantes que las pólizas se facturarán en dólares americanos y serán pagadas en moneda nacional al tipo de cambio vigente a la fecha de pago".

QUINTO.- Para el Tribunal hay que tener en cuenta que, acorde con los artículos 35 del D. Leg. 1017 y los del Reglamento ya analizados, en especial el N° 29 de éste, las respuestas de la Entidad a las consultas y observaciones de los postores se incorporan a las Bases Originales convirtiéndose éstas, de este modo, en las Bases Integradas de aplicación obligatoria para ambas partes. Es así que las absoluciones del Proyecto antes referidas pasaron a ser parte de las Bases Definitivas y son parte del Contrato.

SEXTO.- Por lo expuesto, la Entidad no puede afirmar que el texto de las consultas que absolvió es incongruente con las Bases, pues, justamente, ese texto es parte de dichas Bases y éstas lo son del Contrato según el art. 142 del Reglamento. Y tampoco puede sostener que el Contrato en mención se ha pactado en soles pues el texto de los numerales 1.3 (pág. 17) 2.5.2 (pág. 22) y 2.9 (pág. 24) del Capítulo I Generalidades de las Bases, señalan con certeza que las pólizas se emitirán y facturaran en dólares americanos y serán pagadas en moneda nacional al tipo de cambio vigente a la fecha de pago; recogiendo en esta forma las Bases Integradas el mismo texto de las referidas consultas.

"1.3 Valor Referencial. El valor referencial asciende a S/. 5'819,856.10 (Cinco Millones Ochocientos Diecinueve Mil Ochocientos Cincuenta y Seis con 10/100 Nuevos Soles) incluido los impuestos de Ley y cualquier otro concepto que incida en el costo total del servicio El valor referencial ha sido calculado al mes de noviembre de 2014. El tipo de cambio referencial aplicado es de 2.903 (según tipo de cambio SBS de fecha 17.10.14)"

"2.5.2 Sobre N° 2 – Propuesta Económica

El sobre N° 2 deberá contener la siguiente información obligatoria:

Oferta económica expresada en la moneda del valor referencial (Anexo N° 11).

El monto total de la propuesta económica y los subtotales que lo componen deberán ser expresados con dos decimales.

Se precisa a los participantes que las pólizas se emitirán y facturarán en Dólares Americanos y serán pagadas en moneda nacional al tipo de cambio vigente en la fecha de pago".

"2.9

(...)

El pago se efectuará en moneda nacional, al tipo de cambio del valor venta, establecido por la S.B.S. para el día anterior a la fecha de emisión de la orden de servicio para el pago respectivo".

El Proyecto argumenta que el Valor Referencial se había fijado en moneda nacional y que, por ello, la propuesta del postor se realizó de

esa misma forma. Por eso, agrega, el pago del servicio se tenía que hacer en la misma moneda, sin variación alguna.

Esta no es la situación real porque el Valor Referencial se fijó en Soles en las Bases para el efecto de establecer el tipo de proceso de selección a realizar y la provisión presupuestal pero tal como está previsto en el numeral 1.3 de aquellas, es cierto que este mismo numeral indica que el valor referencial de S/. 5'819,856.10 estaba fijado sobre la base de un tipo de cambio inicial de S/ 2.902 por dólar; lo que significaba su futura proyección.

SÉTIMO.- Además de esto, la Cláusula Cuarta del Contrato estatuye que el pago dela prima se hará según el numeral 2.9 de las bases, el cual refiere que la Póliza se emitirá en dólares y se pagará en moneda nacional al tipo de cambio vigente al momento de la cancelación.

OCTAVO.- Lo dicho es en cuanto al pago por el Proyecto de las prestaciones u obligaciones económicas a favor del Consorcio, porque - igualmente, en lo atinente a las contraprestaciones del Consorcio a favor de la Entidad por el pago de los siniestros que pueden producirse - los diferentes numerales del Capítulo III de las Bases – Términos de Referencia y Requerimientos Técnicos Mínimos, en las páginas 26 y siguientes de las Bases, prevén que todas las indemnizaciones pagaderas al Proyecto se tienen que hacer, también, en dólares americanos; lo que, sin duda, configura un Contrato en moneda extranjera pagadera en moneda nacional.

NOVENO.- Conforme a lo expresado, para el Tribunal el Contrato objeto del Concurso Público que lo originó es uno celebrado en moneda extranjera como se desprende de los numerales 1.3, del Capítulo I, 2.5.2 del Capítulo II de las Bases Integradas y la Cláusula

Cuarta del contrato N° 001.2015- PECHP- 406000 del 20.01.15 concordante con el numeral 2.9 de las Bases en referencia, en el que se indica que el pago se efectuará en moneda nacional al tipo de cambio del valor venta establecido por la SBS para el día antes a la fecha de emisión de la orden de servicio para el pago respectivo; a lo que se suma el hecho de que, según los numerales del Capítulo III de las mismas Bases, la materia asegurada, el valor asegurado de las obras y los montos de las indemnizaciones están fijados en dólares americanos.

Está probado así, que la voluntad de las partes fue celebrar un contrato en moneda extranjera cuyas prestaciones debían pagarse en moneda nacional al tipo de cambio vigente a la fecha de cancelación y es en ese sentido y contexto, que debe interpretarse el monto total del contrato a cargo del Proyecto.

DÉCIMO.- Finalmente, el Tribunal debe establecer si le asiste razón al Consorcio cuando afirma que, por un error, facturó y cobró al proyecto la cantidad de S/ 5'751,139.11 en lugar de S/ 6'240,471.93 – que era el equivalente, al 20 de mayo del 2015 de la cantidad de US$ 1'981,102 establecido como Valor de la Póliza.

Es cierto que el Consorcio tenía que cobrar el valor de la póliza en dólares o en su defecto, en moneda nacional al tipo de cambio vigente al 20 de mayo del 2015, (S/ 3.15 por 1 dólar) el cual ascendía a S/ 6'240,471.93 y no a S/ 5'751,139.11, existiendo así una diferencia de S/ 499,237.70 que tiene el derecho a percibir por parte del Proyecto.

En ese sentido, El Tribunal considera que el error cometido por el Consorcio al momento de la facturación no puede ser motivo para que

el Proyecto no cumpla íntegramente con la prestación a la que está obligado, tal cual lo señalado en los considerandos precedentes.

Ha afirmado el Proyecto que, según el art. 5° del D. Leg. 1017, las normas de orden público prevalecen sobre el derecho privado lo que es cierto y es así como procede el Tribunal, ya que conforme a las consideraciones expuestas en el presente análisis, viene citando y aplicando las normas pertinentes que contienen el D. Leg. 1017 y su Reglamento y solo supletoriamente las del derecho privado.

No existe en el Perú en la normatividad de las Contrataciones del Estado alguna prohibición para contratar en moneda extranjera lo que más bien está admitido por los arts. , 326 y 327 de la Ley 26702 - Ley General del Sistema Financiero, Seguros y AFP´s modificados por la Ley 29946- Ley del Seguro; el art. 49 del Reglamento del D. Leg. 1017 y, en forma general, por el artículo 1237 del Código Civil.

Por último, el abono de intereses es una obligación que deriva de la aplicación del art. 1242 del Código Civil por el uso del dinero o de cualquier otro bien y la mora en el pago.

DÉCIMO PRIMERO.- El Tribunal anota que el Proyecto se basa en el art. 143 del Reglamento mencionado que prohíbe incorporar modificaciones al contrato que impliquen alguna variación de las condiciones sustanciales que motivaron la selección del postor que ganó la buena pro; y agrega que el precio ya estaba fijado en moneda nacional en la Cláusula Tercera.

Sin embargo, el Tribunal hace presente que, en lo que se refiere al Valor Referencial de S/ 5'819,856 establecido en el numeral 1.3 de las bases, ya se había indicado en éste que estaba vinculado a un tipo de

cambio de S/ 2.902 al mes de noviembre del 2014, lo que determina que este valor referencial estaba sujeto a variación según se modificase la relación sol-dólar después del mes de noviembre del 2014.

Además, el Proyecto ha obviado considerar que el mismo artículo 49 del Reglamento que menciona señala que no son de aplicación las fórmulas de reajuste cuando las bases establezcan que la propuesta se expresa en moneda extranjera. Esto es obvio porque en tal caso hay ya establecida una fórmula para mantener constante el valor del precio y no puede duplicarse.

DÉCIMO SEGUNDO.- De otro lado, carece de sustento la referencia que hace la Entidad al art. 143 del Reglamento del D. Leg. 1017 pues éste regula la variación del servicio para mejorar sus condiciones técnicas, en calidad y precios lo que, evidentemente, no es pertinente en esta controversia.

DÉCIMO TERCERO.- En cuanto al segundo punto controvertido, el Tribunal estima que las dos partes han tenido motivos justificados para dilucidar la controversia en un proceso arbitral, por lo que dispone que cada una de ellas se haga cargo de sus gastos de defensa.

Que, teniendo en cuenta que en el caso de autos, según información de Secretaría, el Consorcio ha cancelado la totalidad de los gastos arbitrales liquidados, corresponde que el Proyecto le reembolse el 50% (cincuenta por ciento) de los mismos.

X PARTE RESOLUTIVA

De acuerdo con los fundamentos expuestos, el Tribunal, por unanimidad, resuelve esta controversia en la forma siguiente:

PRIMERO.- Declarar fundada la demanda del Consorcio Mapfre Perú – La Positiva y disponer que el Proyecto Especial Chira Piura, integrante del Gobierno Regional de Piura, le pague al primero la cantidad de S/ 499,237.70, como parte de la prima por el servicio de seguro contratado, más los intereses legales computados desde la fecha de la citación con la demanda hasta que se realice su efectiva cancelación.

SEGUNDO.- Declarar que cada una de las partes deberá asumir los costos que les haya demandado sus respectivas defensas en este proceso arbitral y en cuanto a los gastos arbitrales liquidados, el Proyecto deberá reembolsar a el Consorcio el 50% (cincuenta por ciento) de los mismos.

Gonzalo García Calderón Moreyra
Presidente

Horacio Cánepa Torre
Árbitro

José Gabriel del Castillo Carrasco
Árbitro

Susana Seminario Vega
Secretaria Arbitral