

Laudo Arbitral de Derecho
Proceso arbitral seguido entre AFE TRANSPORTATION S.A.C. y el MINISTERIO DE
EDUCACION UE 026

Arbitraje seguido entre

AFE TRANSPORTATION S.A.C.

(Indistintamente: la Demandante o el Contratista)

Y

MINISTERIO DE EDUCACION – UNIDAD EJECUTORA 026

(Indistintamente: la Demandada o la Entidad)

LAUDO

Arbitro Único

Dr. Eduardo Solís Tafur

Secretaria Arbitral

Dra. María Luisa Salazar Ramírez

Resolución N° 14

En Lima, a los 11 días del mes de abril de 2017, en el proceso arbitral seguido por AFE TRANSPORTATION S.A.C., con el MINISTERIO DE EDUCACION UNIDAD EJECUTORA 026, el Doctor Eduardo Solís Tafur, en su calidad de Arbitro Único, emite el siguiente LAUDO AD HOC, NACIONAL, DE DERECHO:

VISTOS:

I. EXISTENCIA DE UN CONVENIO ARBITRAL

Con fecha 26 de febrero de 2014, como consecuencia del Otorgamiento de la Buena Pro del Concurso Público N°050-2013-Ed/UE 026 - ITEM N° 1 para la contratación del "Servicio de Modulación, Transporte y Distribución de Materiales de Educación Intercultural Bilingüe – Segundo paquete de Primaria (Textos, Tarjetas y DVD) a nivel Local y Nacional (Zonas Andinas y Amazónicas) -DER"; el Ministerio de Educación Unidad Ejecutora 026 y Afe Transportation S.A.C. suscribieron el Contrato N°084-2014-MINEDU/SG-OGA-UABAS-APS.

De conformidad con lo establecido en la Cláusula Decimo Sétima del citado CONTRATO, denominada SOLUCION DE CONTROVERSIAS, se estipuló lo siguiente:

"CLÁUSULA DÉCIMO SÉTIMA.- SOLUCION DE CONTROVERSIAS

Cualquiera de las partes tiene el derecho a iniciar el arbitraje administrativo a fin de resolver las controversias que se presenten durante la etapa de ejecución contractual dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 144°, 170°, 175°



Sede Arbitral: Calle Bajada Balta 169, Piso 10, Miraflores
Telf. (51-1)2418801/ correo electrónico: sysarbitrajes@gmail.com

y 177° del Reglamento o, en su defecto, en el artículo 52° de la Ley.

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

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

En tal sentido, el Contratista mediante Carta N°079-2015-AFE-T-GG de fecha 02 de febrero de 2015, solicitó a la Entidad el inicio del arbitraje para resolver las controversias surgidas en torno al contrato antes citado, señalando que ante la falta de acuerdo sobre el tipo de arbitraje, deberá ser uno ad hoc y asimismo el árbitro único designado por el OSCE.

La Entidad, por su parte, mediante Oficio N°1232-2015-MINEDU-PP de fecha 12 de febrero de 2015, contesto la solicitud arbitral, manifestando que el convenio arbitral no establece si el arbitraje será resuelto por un tribunal arbitral o un árbitro único, por lo que solicita que se proceda conforme al artículo 222° del Reglamento de la Ley de contrataciones del Estado.

De esta manera, y ante la falta de acuerdo respecto a la designación del Árbitro Único, el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE, mediante Resolución N° 150-2015-OSCE/PRE de fecha 18 de mayo de 2015, designó como Árbitro Único encargado de resolver la controversia surgida entre la Entidad y la contratista, al suscrito, la misma que fue comunicada mediante Oficio N° 3145-2015-OSCE/DAA de fecha 21 de mayo de 2015, y aceptada por el suscrito en su oportunidad.

Sede Arbitral: Calle Bajada Balta 169, Piso 10, Miraflores
Telf. (51-1)2418801/ correo electrónico: sysarbitrajes@gmail.com



II. INSTALACIÓN DEL ARBITRAJE

Con fecha 01 de julio de 2015, se llevó a cabo la Audiencia de Instalación de Árbitro Único, acto en el que participo el Árbitro único, el representante de la dirección de arbitraje administrativo del OSCE y los representantes de ambas partes.

Durante el desarrollo de la audiencia, el Árbitro Único se ratificó en su aceptación al cargo y reiteró que no se encuentra sujeto a incompatibilidad alguna o compromiso alguno con las partes, con sus representantes y/o con sus respectivos abogados y asesores. Por su parte, las partes manifestaron su conformidad con la designación realizada.

En dicha audiencia se fijaron las reglas del proceso y las normas aplicables al mismo; suscribiendo los asistentes el Acta, en señal de conformidad con lo allí vertido.

III. DE LA DEMANDA DE AFE TRANSPORTATION S.A.C.

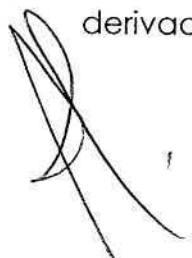
Mediante escrito de fecha 20 de julio de 2015, sumillado "INTERPONE DEMANDA ARBITRAL", la Contratista presenta su demanda arbitral, conforme a lo siguiente:

PRETENSIONES:

Primera Pretensión. -

Que se deje sin efecto ni eficacia legal, los descuentos por penalidades efectuados a las facturas 001-N°6959 y N°6960 de fecha 27-11-2014, derivadas de la ejecución del Contrato N°084-2014-MINEDU/SG-OGA-

Sede Arbitral: Calle Bajada Balta 169, Piso 10, Miraflores
Telf. (51-1)2418801/ correo electrónico: sysarbitrajes@gmail.com



UABAS-APS de fecha 26 de febrero de 2014 y su primera adenda de fecha 03 de diciembre de 2014, por presunto retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones establecidas, al haber incumplido mi representada con iniciar y culminar dentro del plazo contractual, las prestaciones contratadas.

Segunda Pretensión. -

Que, al declararse fundada la primera pretensión, se ordene al MINISTERIO DE EDUCACIÓN UE 026: PROGRAMA DE EDUCACIÓN BÁSICA PARA TODOS, efectúe la devolución a mi representada de la suma de S/.66,057.11 (sesenta y seis mil cincuenta y siete con 11/100 nuevos soles), que indebidamente se ha descontado por penalidades por retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones establecidas en el Contrato N°084-2014-MINEDU/SG-OGA-UABAS-APS de fecha 26 de febrero de 2014 y su primera adenda al Contrato N°084-2014-MINEDU/SG-OGA-UABAS-APS de fecha 03 de diciembre de 2014.

Tercera Pretensión. -

Que el MINISTERIO DE EDUCACIÓN UE 026: PROGRAMA DE EDUCACIÓN BÁSICA PARA TODOS, pague a mi representada por indemnización por concepto de daños y perjuicios –daño moral, la suma ascendente a S/. 10,000.00, más los intereses y tributos aplicables.

Cuarta Pretensión. -

Que el MINISTERIO DE EDUCACIÓN UE 026: PROGRAMA DE EDUCACIÓN BÁSICA PARA TODOS cumpla con asumir la totalidad del pago de los costos y costas relativas al proceso arbitral (Pago de Arbitro Único, Secretario Arbitral, honorarios de los profesionales contratados para la presente defensa y otros).



FUNDAMENTOS DE HECHO Y DERECHO:

Conforme al escrito de demanda, la contratista ha manifestado lo siguiente:

Sobre la Primera Pretensión.-

La demandante sostiene que mediante contrato N°084-2014-MINEDU/SG-OGA-UABAS-APS de fecha 26 de febrero de 2014, la entidad y su representada, celebraron la "contratación del servicio de modulación, transporte y distribución de materiales de Educación Intercultural Bilingüe – segundo paquete de primaria (textos, tarjetas y DVD) a nivel local y nacional (zonas andinas y amazónicas) –DER, ITM 1, por un monto ascendente a S/.528,456.85.

Que, posteriormente, con fecha 03 de diciembre suscribieron la primera adenda al contrato N°084-2014-MINEDU/SG-OGA-UABAS-APS, por el monto de S/.132,114.21.

Que, conforme sostienen, luego de haber cumplido con la ejecución del servicio dentro del plazo contractual, y habiendo entregado toda la documentación para el pago, la Entidad realizó el pago de la Factura N°001-006955 por el importe de S/. 528,456.85 y de la factura N°001-006957 por S/.132,114.21, advirtiendo un descuento indebido por penalidad ascendente a S/.52,845.69 y s/.13,211.42; es decir un total de descuento ascendente A S/.66,057.11.



Al respecto, el contratista refiere que el plazo de ejecución de la prestación para el caso de la modulación del material educativo en almacén, eran 15 días calendarios a partir del día siguiente de suscrito el contrato; y respecto al transporte y distribución de materiales a las UGELS, era de 30 días calendarios, el mismo que se iniciaba cuando la empresa de transporte recibiría de la coordinación de almacén de la entidad (las PECOSAS) los comprobantes de salida conjuntamente con el acta de entrega correspondiente.

No obstante precisan que si bien su representada se obligó a efectuar la modulación del material educativo dentro de los 15 días calendarios de suscrito el contrato, no es menos cierto que resultaba indispensable para el cumplimiento de dicha obligación que la entidad previamente haya cumplido también con sus obligaciones contractuales, es decir, en el caso, que haya entregado la totalidad del material educativo y en el lugar señalado al contratista, caso contrario existiría un imposible obligacional o una causa justificada para no cumplirse con lo obligado por su representada, toda vez que al no contarse con el material, no podría darse el inicio del servicio de modulación.

Sobre lo señalado, la demandante afirma que a la fecha de inicio de la ejecución de la prestación del servicio de modulación, la entidad no contaba con la totalidad del material educativo a modularse, y adicionalmente no contaba con la documentación necesaria para dar inicio al servicio, esto es, con el cuadro de distribución del concurso público N° 050 del material a modular y posteriormente a transportar.



Asimismo refieren que no es sino hasta el 14 de octubre de 2014, que se da inicio y se entregan los materiales educativos, conforme se colige del ACTA DE INICIO Y ENTREGA DE MATERIALES PARA EL SERVICIO DE MODULACIÓN, TRANSPORTE Y DISTRIBUCIÓN DE MATERIALES DE EDUCACIÓN INTERCULTURAL BILINGÜE – SEGUNDO PAQUETE DE PRIMARIA (TEXTOS, TARJETAS Y DVD) A NIVEL LOCAL Y NACIONAL (ZONAS ANDINAS Y AMAZONICA) – DER.

Finalmente la demandante sostiene que el servicio de modulación de materiales finalizo el 27 de octubre de 2014, conforme se colige del ACTA DE TERMINO DE MODULADO DE MATERIALES DE EDUCACIÓN INTERCULTURAL BILINGÜE – SEGUNDO PAQUETE DE PRIMARIA (TEXTOS, TARJETAS Y DVD) A NIVEL LOCAL Y NACIONAL (ZONAS ANDINAS Y AMAZONICA) – DER, esto es, dentro de los 15 días del plazo previsto para ello.

Sobre la Segunda Pretensión.-

Al respecto, la demandante sostiene que, al declararse nula y sin efecto las penalidades aplicadas, corresponde que se disponga la devolución de la penalidad indebidamente retenida ascendente al monto total de S/.66,057.11.

Sobre la Tercera Pretensión.-

Sobre esta pretensión, el contratista señala que al declararse nula y sin efecto las penalidades aplicadas, se ordene el pago de una indemnización por conceptos de daños y perjuicios, incluyendo el daño

emergente y daño moral ascendente a S/.10,000.00 mas los intereses y tributos, puesto que la imposición de la penalidad no arreglada a derechos, les ha causado un perjuicio económico. Asimismo refieren que consideran como daño moral el desmedro de su imagen, toda vez que los colocaron como una empresa que no cumple con sus obligaciones, y que además se encuentra en litigio con una entidad del Estado por supuestos incumplimientos, a lo que se suma la desconfianza generada a otras entidades al tratar de realizar procesos directos.

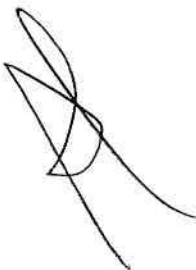
Sobre la Cuarta Pretensión.-

La demandante afirma que se ha visto obligada a incoar el presente proceso por el abuso de la autoridad y la evidente contravención del debido procedimiento, la legalidad y la tipicidad que rigen los procedimientos administrativos y procedimientos sancionadores, al aplicarles penalidades no arregladas a derecho, por lo que debe ordenarse a la entidad que asuma los costos y costas del presente proceso y en consecuencia le reembolse la suma de S/.8,192.58.

IV. DE LA CONTESTACIÓN DE DEMANDA DEL MINISTERIO DE EDUCACIÓN

Mediante escrito de fecha 19 de agosto de 2014, sumillado "Contesto demanda", la Entidad cumple con contestar la demanda, negándola y contradiciéndola en todos sus extremos, conforme a lo siguiente:

Fundamentos de hecho y derecho:



Sede Arbitral: Calle Bajada Balta 169, Piso 10, Miraflores
Telf. (51-1)2418801/ correo electrónico: sysarbitrajes@gmail.com

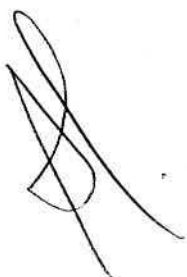
Sobre la primera y segunda pretensión.-

La entidad señala que ha cumplido con aplicar la penalidad prevista en el artículo 165 del Reglamento de la Ley de Contrataciones, debido a que el contratista tuvo un atraso de 228 días en la modulación del material educativo del ítem N°01 señalado en el contrato N°084-2014-MINEDU/SG-OGA-UABAS-APS.

En efecto, la entidad sostiene que conforme a lo establecido en el contrato, la ejecución de la modulación del material educativo en el almacén del MINEDU se debía realizar al día siguiente de suscrito el contrato, esto es, el 27 de febrero de 2014 para el ítem N°1, sin embargo la modulación del material se inicio el 27 de octubre de 2014, es decir con 228 días de retraso.

Además de lo señalado precedentemente, la entidad afirma que pese a que el contratista argumenta que el retraso en la modulación del material educativo del ítem N°01 se debe a causas imputables a la Entidad, no precisa que ante dicha circunstancia haya actuado conforme a lo prescrito en el artículo 175 del Reglamento de la Ley de Contrataciones que señala que al existir causales que ocasionen atrasos o paralizaciones, el contratista debe solicitar la ampliación de plazo.

En efecto, la entidad precisa que el contratista no ha solicitado de manera formal la ampliación de plazo contractual al advertir de manera objetiva que el atraso en la modulación del material educativo del ítem N°01 se debía a causas imputables a la entidad, considerando que las



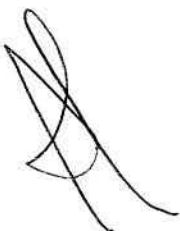
ampliaciones de plazo no proceden de oficio, por lo que no puede ampliarse el plazo contractual posteriormente.

En ese sentido, la entidad concluye que si el contratista como consecuencia de las causales previstas en el artículo 175 del RLCE no ha cumplido con sus prestaciones en el plazo estipulado en el contrato y además no ha presentado de manera formal la solicitud de ampliación de plazo, ha incurrido entonces en retraso injustificado, por lo que corresponde la aplicación de penalidades por mora, conforme a lo dispuesto en el artículo 165 del RLCE.

Sobre la Tercera Pretensión.-

La entidad señala que al haber aplicado la penalidad al contratista, en estricta observancia del artículo 165 del RLCE, no existe razón suficiente para que el demandante solicite una indemnización por daños y perjuicios. Asimismo agrega que la demandante en ningún momento precisa como es que llega a determinar el quantum por los daños y perjuicios generados en su contra, de manera que no es posible conocer que monto del resarcimiento señalado corresponde al daño emergente y que monto corresponde al daños moral, y cuáles son los medios de prueba que acreditan cada uno de los supuestos daños sufridos, circunstancia que vulnera la obligación que tiene las partes de probar sus afirmaciones, por lo que la pretensión resarcitoria debe ser declarada infundada.

Sobre la Cuarta Pretensión.-



La entidad solicita que se declare improcedente, sustentado su posición en que la condena de los costos y costas procesales se encuentra sujeta a lo regulado en el D.L. 1071, y no a la voluntad de una de las partes, por lo que será el tribunal arbitral quien estime el monto correspondiente a cada parte.

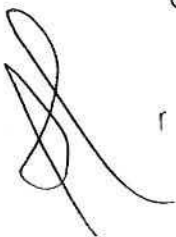
V. Fijación de Puntos Controvertidos.

Con fecha 16 de diciembre de 2015, se llevó a cabo la Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos por la que se reunieron el Dr. Eduardo Adolfo Solís Tafur, en su calidad de Árbitro único, y la Dra. María Luisa Salazar, en su calidad de secretaria arbitral; dejándose constancia de la asistencia de ambas partes.

En la etapa de saneamiento procesal, el árbitro único dejó constancia de la existencia de una relación procesal válida. Posterior a ello, en la etapa de Conciliación, no pudiendo arribarse a un acuerdo conciliatorio entre las partes, según lo manifestado por éstas, a pesar de la invocación realizada por este Arbitro, se dio por fracasada la misma; no obstante, se dejó abierta la posibilidad de que las mismas llegaran a entablar un acuerdo conciliatorio en cualquier etapa del arbitraje.

Concluida la etapa de conciliación se procedió a fijar los puntos controvertidos considerando las pretensiones planteadas por la demandante y las posiciones de las partes. Éstos fueron fijados de la siguiente manera:


- Primer punto controvertido: Determinar si corresponde o no dejar sin efecto los descuentos por penalidades efectuados a las facturas



001-N°6959 y N°6960 de fecha 27-11-2014, derivadas de la ejecución del Contrato N°084-2014-MINEDU/SG-OGA-UABAS-APS de fecha 26 de febrero de 2014 y su primera adenda de fecha 03 de diciembre de 2014, por presunto retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones establecidas.

- Segundo punto controvertido: Determinar si corresponde o no ordenar al MINISTERIO DE EDUCACIÓN UE 026: PROGRAMA DE EDUCACIÓN BÁSICA PARA TODOS, efectúe la devolución a AFE TRANSPORTATION S.A.C. de la suma de S/.66,057.11 (sesenta y seis mil cincuenta y siete con 11/100 nuevos soles), que indebidamente se ha descontado por penalidades por retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones establecidas en el Contrato N°084-2014-MINEDU/SG-OGA-UABAS-APS de fecha 26 de febrero de 2014 y su primera adenda al Contrato N°084-2014-MINEDU/SG-OGA-UABAS-APS de fecha 03 de diciembre de 2014.
 - Tercer punto controvertido: Determinar si corresponde o no que el MINISTERIO DE EDUCACIÓN UE 026: PROGRAMA DE EDUCACIÓN BÁSICA PARA TODOS, pague a AFE TRANSPORTATION S.A.C. por indemnización por concepto de daños y perjuicios –daño moral, la suma ascendente a S/. 10,000.00, más los intereses y tributos aplicables.
-
- Cuarto punto controvertido: Determinar la asunción entre las partes de las costas y costos arbitrales.

Por otro lado, en la mencionada Audiencia, se admitieron los siguientes documentos ofrecidos como medios probatorios:



Sede Arbitral: Calle Bajada Balta 169, Piso 10, Miraflores
Telf. (51-1)2418801/ correo electrónico: sysarbitrajes@gmail.com

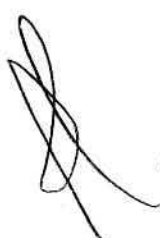
- Demanda: Los documentos ofrecidos y presentados en su escrito de demanda que figuran en el acápite VI. denominado "MEDIOS PROBATORIOS".
- Contestación de demanda y Reconvención: Los documentos ofrecidos en su escrito de contestación de demanda que figuran en el acápite V denominado "MEDIOS PROBATORIOS".

VI. Del cierre de la Etapa Probatoria y Alegatos Escritos.

- a. Mediante Resolución N° 10 de fecha 07 de noviembre de 2016 se resuelve declarar concluida la etapa probatoria del presente proceso.
- b. Mediante escrito de fecha 28 de noviembre de 2016, el CONSORCIO presentó sus alegatos finales.
- c. Mediante escrito de fecha 29 de noviembre de 2016, la Entidad presentó sus alegatos finales.

VII. De la Audiencia de informe Oral y Plazo para Laudar.

- a. Con fecha 20 de diciembre de 2016, se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales, reuniéndose el Arbitro Único, y los representantes de las partes, quienes realizan exposiciones detalladas sobre las posiciones que sostienen.
- b. Posteriormente, mediante Resolución N° 12, de fecha 13 de enero de 2017, el Arbitro Único resuelve que el proceso se encuentra en estado para laudar, por lo que fija en treinta (30) días hábiles el plazo para emitir el laudo correspondiente.



- c. Finalmente, mediante Resolución N°13 de fecha 20 de febrero de 2017, el Arbitro Único dispone ampliar el plazo para laudar en 30 días adicionales, computables desde el día siguiente hábil de vencido el primer plazo.

CONSIDERANDO:

CUESTIONES PRELIMINARES. –

Antes de entrar a analizar las materias controvertidas, resulta pertinente precisar que: i) Que, el presente proceso se constituyó de conformidad con las disposiciones establecidas en el CONTRATO; ii) Que, en ningún momento se interpuso recusación contra el Arbitro Único, o se efectuó algún reclamo contra las disposiciones establecidas en el Acta de Instalación de Arbitro Único; iii) Que, la Entidad presentó su escrito de demanda dentro de los plazos dispuestos, ejerciendo plenamente su derecho al debido proceso; iv) Que, por su parte el Contratista fue debidamente emplazado, contestando la demanda dentro del plazo dispuesto para ello y ejerció plenamente su derecho de defensa; y; v) Que, 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.

Por otro lado, el Arbitro Único establece que respecto al fondo de la controversia, y conforme a la fecha de la suscripción del contrato, esto es el 05 de Octubre de 2007, ésta será resuelta teniendo en cuenta lo establecido por la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Legislativo N° 1017 y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 184-

2008-EF, así como las disposiciones del Contrato, las Bases Integradas y las normas de derecho público y del derecho privado.

Asimismo, el Arbitro Único 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 Arbitro Único expresa que los medios probatorios deben tener por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el suscrito respecto a los puntos controvertidos y fundamentar las decisiones, conforme a los principios de necesidad, pertinencia y utilidad de la prueba.

Todos los medios probatorios deben ser valorados de manera conjunta, utilizando su apreciación razonada; sin embargo, en la resolución sólo serán expresadas las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan la decisión del suscrito.

Asimismo, el Arbitro Único establece, 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 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) (1)

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

PRONUNCIAMIENTO RESPECTO DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS:

PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO:

"Determinar si corresponde o no dejar sin efecto los descuentos por penalidades efectuados a las facturas 001-N°6959 y N°6960 de fecha 27-11-2014, derivadas de la ejecución del Contrato N°084-2014-MINEDU/SG-OGA-UABAS-APS de fecha 26 de febrero de 2014 y su primera adenda de fecha 03 de diciembre de 2014, por presunto retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones establecidas".

Atendiendo a las respectivas posiciones asumidas por ambas partes en relación a la presente pretensión, corresponde a este Arbitro Unico determinar si corresponde o no declarar la nulidad de las penalidades impuestas por la entidad por el presunto retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones a cargo del contratista.

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



Previamente conviene precisar que con fecha 26 de febrero de 2014, el Ministerio de Educacion – Unidad Ejecutora 026:Programa Educacion Basica para todos y Afe Transportation S.A.C. suscribieron el Contrato N°084-2014-MINEDU/SG-OGA-UABAS-APS, para la contratacion del servicio de modulaci3n, transporte y distribucion de materiales de educaci3n intercultural bilingue – Segundo paquete de primaria (textos, tarjetas y DVD) a nivel local y nacional (zonas andinas y amazonicas)-DER, correspondientes al Item 1 del Concurso Publico N°050-2013-ED/UE026.

Que, posteriormente con fecha 03 de diciembre de 2014, las partes suscribieron la primera adenda al Contrato N°084-2014-MINEDU/SG-OGA-UABAS-APS, a fin de aprobar las prestaciones adicionales relativas al servicio de modulaci3n, transporte y distribucion de materiales de educaci3n intercultural bilingue – Segundo paquete de primaria (textos, tarjetas y DVD) a nivel local y nacional (zonas andinas y amazonicas)-DER, y asimismo ampliar el monto contractual.

Que, es en el marco de la ejecuci3n del referido contrato que la Entidad aplic3 al contratista el monto m3ximo de penalidades por el presunto retraso injustificado en la prestacion del servicio.

Ahora bien, respecto a las penalidades que pueden imponer las entidades por mora en la ejecuci3n de la prestaci3n, el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF, aplicable al caso (en adelante el RLCE) prev3 en el art3culo 165° lo siguiente:



"En caso de retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la Entidad le aplicará al contratista una penalidad por cada día de atraso, hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente o, de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse. Esta penalidad será deducida de los pagos a cuenta, del pago final o en la liquidación final; o si fuese necesario se cobrará del monto resultante de la ejecución de las garantías de fiel cumplimiento o por el monto diferencial de propuesta (...)"

En esa misma línea, y con relación a las penalidades por mora aplicables, las partes establecieron en la cláusula Décimo Tercera del Contrato lo que a continuación se transcribe:

"Si EL CONTRATISTA incurre en retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, LA ENTIDAD le aplicará una penalidad por cada día de retraso, hasta por un monto máximo equivalente al 10% del monto del contrato vigente o, de ser el caso, del monto del ítem que debió ejecutarse, en concordancia con el artículo 165° del reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. (...)"

Al respecto, el Arbitro Unico verifica de las actuaciones en el presente proceso que la Entidad ha aplicado al Consorcio penalidades por la siguientes sumas y conceptos:

- a. La suma de S/.52,845.69 por retraso injustificado en el servicio de modulación del material educativo relacionado al contrato N°084-2014-MINEDU/SG-OGA-UABAS-APS de fecha 26 de febrero de 2014, la que ha sido descontada de la factura N°001-006955.
- b. La suma de S/.13,211.42 por retraso injustificado en el servicio de modulación del material educativo relacionado a la adenda del contrato N°084-2014-MINEDU/SG-OGA-UABAS-APS de fecha 26 de febrero de 2014, la que ha sido descontada de la factura N°001-006957.

En ese sentido, a fin de determinar la validez o no de las penalidades aplicadas, corresponde analizar si el retraso en la ejecución de las prestaciones imputado al contratista, se debió a razones justificadas o no, conforme lo prevé la norma y el contrato.

En primer lugar, debe señalarse que el objeto de la contratación consistió en el servicio de modulación, transporte y distribución de materiales de educación dispuestos por la entidad. De esta manera, y conforme a lo previsto en la cláusula quinta del contrato, la ejecución del contrato tenía dos etapas claramente definidas, y por tanto cada una involucraba una prestación distinta, a saber:

ETAPA	PRESTACIÓN	PLAZO
Primera	Modulación del material educativo en el almacén del MINEDU.	15 días calendarios, a partir del día siguiente de suscrito el contrato.
Segunda	Transporte y	30 días calendarios a partir de la

Laudo Arbitral de Derecho
Proceso arbitral seguido entre AFE TRANSPORTATION S.A.C. y el MINISTERIO DE
EDUCACION UE 026


	distribución del material educativo en las UGELs.	recepcion de los comprobantes de salida y el acta de entrega correspondiente otorgados por la coordinación del almacén de la entidad.
--	---	---

Ahora bien, siendo que la aplicación de penalidades esta referida a la demora en la ejecución de la prestación relativa a la primera etapa del contrato, el Arbitro Unico debe hacer un análisis de las circunstancias en las que se desencadenaron los hechos relativos al atraso en la ejecución de la modulación del material educativo en el almacén del MINEDU.

Conforme a lo previsto por el artículo 142° del RLCE *"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 expresamente señalados en el contrato"*.

Así, conforme al numeral 10 del capítulo III denominado "TÉRMINOS DE REFERENCIA Y REQUERIMIENTOS TÉCNICOS MINIMOS" de las Bases integradas, se precisó que la modulación de los materiales educativos serían realizados en los almacenes del MINEDU ubicados en la Av. Maquinarias N°2850- Lima, y en la Av. Eucaliptos 371 Urb. Santa Genoveva (parque industrial)- Lurín.

Por otro lado, y dada la naturaleza de la prestación, se advierte que el material educativo que debía ser modulado por el contratista tenía que ser proporcionado por la entidad.



Siendo ello así, queda claro que tanto el lugar como el objeto sobre el que recaería la prestación serían proporcionados por la entidad, de manera que su viabilidad dependía de esta última.

Ahora bien, conforme a lo establecido en la cláusula quinta del contrato, el material debía ser modulado dentro de los 15 días de suscrito este último; de manera que, al haber suscrito las partes el contrato el día 26 de febrero de 2014, el plazo para la ejecución se iniciaba el día 27 de febrero de 2014 y concluía el día 13 de marzo de 2014.

No obstante, conforme han señalado las partes, y del ACTA DE TERMINO DE MODULADO DE MATERIALES DE EDUCACION INTERCULTURAL BILINGÜE – SEGUNDO PAQUETE DE PRIMARIA (TEXTOS, TARJETAS, Y DVD) A NIVEL LOCAL Y NACIONAL (ZONAS ANDINAS Y AMAZONIZAS) DER de fecha 27 de octubre del 2014 que obra como Anexo 1º de los medios probatorios de la demanda, se puede verificar que el servicio de modulado concluyó el día 27 de octubre de 2014, esto es cuando ya había vencido el plazo previsto en el contrato, sin embargo las partes mantuvieron su relación contractual, y, ninguna de ellas hizo uso de los mecanismos legales para resolverlo.

El contratista alega que no pudo realizar el servicio de modulación en el plazo señalado en el contrato, debido a que la entidad no contaba con todo el material educativo en sus almacenes, de modo que la ejecución de la prestación resultaba de imposible cumplimiento, por culpa de la demandada.

La entidad por su parte, no niega lo vertido por el contratista, y por el contrario funda su defensa en el hecho de que el contratista no presentó

una solicitud de ampliación de plazo contractual cuando advirtió de manera objetiva que el atraso se debía a causas imputables a la entidad; por lo que al haber verificado que la prestación no se cumplió dentro del plazo establecido, y que el contratista no presentó una solicitud de ampliación de plazo, concluyen que el incumplimiento es injustificado y por lo tanto que resulta aplicable la penalidad por mora.

Al respecto, de las comunicaciones electrónicas cruzadas por las partes y que obran como medios probatorios de la demanda en el ANEXO 1J, queda demostrado que durante los meses siguientes a la suscripción del contrato, hasta el día 07 de octubre de 2014, la entidad no había puesto a disposición del contratista todo el material educativo que debía ser modulado, incumpliendo de esta manera la prestación a su cargo.

Que, a mayor abundamiento se tiene la primera adenda del contrato suscrita con fecha 03 de diciembre de 2014 para la prestación de un adicional conforme a lo determinado en Resolución Jefatural N°2656-2014-MINEDU/SG-OGA. Del referido documento se advierte que la entidad aprobó la ejecución de prestaciones adicionales al servicio contratado, al advertir el incremento del peso del material sobre el que recaería la prestación del servicio, precisando que dicha diferencia se debe a que en la fecha en que se solicitó el servicio, los materiales aún estaban en proceso de impresión; de lo que se colige que es recién con el Informe N°039-2014-MINEDU-VMGP-DIGEIBIR-DEIB de fecha 16 de septiembre de 2014, mediante el cual se solicita el adicional, que la entidad cuenta con la información definitiva sobre el peso y por tanto con todo el material educativo.

Lo anteriormente señalado se corrobora con el ACTA DE INCIO Y ENTREGA DE MATERIALES PARA EL "SERVICIO DE MODULACION, TRANSPORTE Y DISTRIBUCION DE MATERIALES DE EDUCACION INTERCULTURAL BILINGÜE – SEGUNDO PAQUETE DE PRIMARIA (TEXTOS, TARJETAS, Y DVD) A NIVEL LOCAL Y NACIONAL (ZONAS ANDINAS Y AMAZONIZAS) DER" de fecha 14 de octubre de 2014, aportado como medio probatorio de la demanda en el ANEXO 1M, en donde se deja expresa constancia de que es en esa fecha que la entidad entrega al contratista en su totalidad el material para el inicio del proceso de modulación.

Ahora bien, conforme se ha señalado antes, del caso de autos se advierte que del contrato, de las bases y de la propia naturaleza de la prestación, la ejecución de esta última requería el cumplimiento de ciertas condiciones para su viabilidad; así resultaba esencial para el inicio del servicio de modulación, que la Entidad previamente haya puesto a disposición del contratista el material educativo, en tanto y en cuanto es sobre este último que recaería la prestación (el modulado).

Al respecto, con el ACTA DE TERMINO DE MODULADO DE MATERIALES DE EDUCACION INTERCULTURAL BILINGÜE –SEGUNDO PAQUETE DE PRIMARIA (TEXTOS, TARJETAS, Y DVD) A NIVEL LOCAL Y NACIONAL (ZONAS ANDINAS Y AMAZONIZAS) DER de fecha 27 de octubre del 2014, que obra en el anexo 1-O de los medios probatorios de la demanda, se deja constancia de que el proceso de modulado se ha concluido conforme a lo establecido en el contrato, no realizándose ninguna observación sobre el plazo, o sobre alguna circunstancia que sugiera la extemporaneidad en la ejecución de la prestación; lo que se confirma con la CONFOMIDAD DE SERVICIO N°484-2014-MINEDU/VMGP/DIGEIBIR/DEIB, y la CONFORMIDAD DE SERVICIO



N°516-2014- MINEDU/VMGP/DIGEIBIR/DEIB, en donde se deja expresa e indubitable constancia de que el contrato ha sido ejecutado por el contratista cumpliendo con los términos de referencia y su propuesta técnica, y se establece asimismo, que el plazo para el servicio de modulado se **inició el día 14 de octubre de 2014**, esto es, en la fecha en que la entidad hizo entrega del material, **y venció el 28 de octubre de 2014**, siendo que el contratista culminó con el servicio el 27 de octubre de 2014, verificandose así el cumplimiento de la prestación dentro de los 15 días siguientes de recibido el material.

Con relación a lo señalado por la entidad respecto a la solicitud de ampliación de plazo que debió solicitar el contratista, a fin de liberarse de la aplicación de penalidad por mora, se debe tener en cuenta lo previsto por el artículo 175 del RLCE, que a letra señala:

"Procede la ampliación del plazo en los siguientes casos:

- 1. Cuando se aprueba el adicional, siempre y cuando afecte el plazo. En este caso, el contratista ampliará el plazo de las garantías que hubiere otorgado.*
- 2. Por atrasos o paralizaciones no imputables al contratista.*
- 3. Por atrasos o paralizaciones en el cumplimiento de la prestación del contratista por culpa de la Entidad; y,*
- 4. Por caso fortuito o fuerza mayor.*

El contratista deberá solicitar la ampliación dentro de los siete (7) días hábiles siguientes a la notificación de la aprobación del adicional o de finalizado el hecho generador del atraso o paralización.



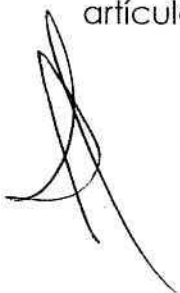
La Entidad debe resolver sobre dicha solicitud y notificar su decisión al contratista en el plazo de diez (10) días hábiles, computado desde el día siguiente de su presentación. De no existir pronunciamiento expreso, se tendrá por aprobada la solicitud del contratista, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad.

En virtud de la ampliación otorgada, la Entidad ampliará el plazo de los contratos directamente vinculados al contrato principal.

Las ampliaciones de plazo en contratos de bienes o para la prestación de servicios darán lugar al pago de los gastos generales debidamente acreditados.

En el caso de la consultoría de obras, debe pagarse al contratista, además del gasto general variable, el costo directo. (...)"

Del citado artículo, se advierte que la norma regula los supuestos de hecho y el procedimiento que el contratista debe observar a efectos de solicitar una ampliación de plazo; al respecto si bien la presentación de una solicitud de ampliación de plazo puede liberar eventualmente- en el caso de que sea estimada por la entidad- al contratista de posibles penalidades por retrasos en el cumplimiento de la prestación, su omisión no puede ser considerada como sustento y justificación para imponer dichas penalidades, toda vez que incluso en ese caso, subsiste la obligación y carga por parte de la entidad de verificar en todos los casos que el incumplimiento que imputa sea injustificado, conforme lo prescribe el artículo 165° del RLCE.



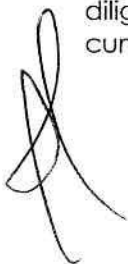
Asimismo, el artículo IV, de la Ley del Procedimiento administrativo General regula el Principio de razonabilidad, en virtud del cual las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.

En tal sentido, habiéndose probado que el retraso en la prestación del servicio estaba justificado, debido a que la entidad no cumplió con la prestación a su cargo, se debe estimar esta pretensión y dejarse sin efecto la aplicación de penalidades, no siendo razonable imponer una sanción al deudor por incumplimiento del propio acreedor²

SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO:

"Determinar si corresponde o no ordenar al MINISTERIO DE EDUCACIÓN UE 026: PROGRAMA DE EDUCACIÓN BÁSICA PARA TODOS, efectúe la devolución a AFE TRANSPORTATION S.A.C. de la suma de S/.66,057.11 (sesenta y seis mil cincuenta y siete con 11/100 nuevos soles), que indebidamente se ha descontado por penalidades por retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones establecidas en el Contrato N°084-2014-MINEDU/SG-OGA-UABAS-APS de fecha 26 de febrero de 2014 y su primera

² Al respecto el artículo 1314° del Código Civil, establece que quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.



adenda al Contrato N°084-2014-MINEDU/SG-OGA-UABAS-APS de fecha 03 de diciembre de 2014".

Que, habiéndose declarado fundada la primera pretensión, y en consecuencia, habiéndose dejado sin efecto las penalidades aplicadas por la entidad al contratista en el marco de la ejecución del Contrato N°084-2014-MINEDU/SG-OGA-UABAS-APS de fecha 26 de febrero de 2014 y su primera adenda de fecha 03 de diciembre de 2014, y que fueran descontadas de las facturas N°001-6955 y N°001-6957 de fecha 27 de noviembre de 2014, corresponde ordenar a la entidad que cumpla con devolver la suma de S/.66,057.11 (sesenta y seis mil cincuenta y siete con 11/100 nuevos soles).

TERCER PUNTO CONTROVERTIDO

"Determinar si corresponde o no que el MINISTERIO DE EDUCACIÓN UE 026: PROGRAMA DE EDUCACIÓN BÁSICA PARA TODOS, pague a AFE TRANSPORTATION S.A.C. por indemnización por concepto de daños y perjuicios –daño moral, la suma ascendente a S/. 10,000.00, más los intereses y tributos aplicables".

El contratista argumenta haber sufrido daños derivados de la imposición de una penalidad no arreglada a derecho, los que incluyen el daño emergente y el daño moral. Así sostienen que el daño emergente está representado por el perjuicio económico causado como consecuencia de los descuentos indebidos, y el daño moral esta representado por el desmedro de su imagen.



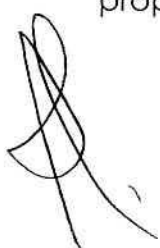
Sobre el particular, y con relación al daño, cabe señalar que el mismo es conceptualizado de manera general como todo perjuicio o menoscabo que sufre un individuo, ya sea en su entidad psicosomática o en patrimonio.

Al respecto, tal y como ha sido aceptado pacíficamente en la doctrina comparada, el daño debe reunir determinadas características que incidirán en la calificación respecto a la aptitud que debe tener el mismo para efectos de su resarcimiento. Sobre el particular, se ha establecido que, a fin de ser resarcido el daño debe cumplir con los requisitos de ser cierto, de ser subsistente, es decir de no haber sido reparado, contar con una especialidad, esto es, que se afecte el interés de una persona o entidad que haya merecido juricidad por el ordenamiento jurídico; y debe ser injusto.

Que, respecto al requisito de certeza del daño (certeza en el *quid*), debemos indicar que resulta necesario que la víctima acredite el daño como suceso, entendido este de manera fáctica como lógica.

Que, en efecto, conforme a la regla de derecho que responde a la carga de la prueba, no basta alegar el derecho si no que existe el deber de acreditar los daños y perjuicios.

Sobre el particular, se debe precisar que, si bien es cierto al resolverse lo relativo a la aplicación indebida de penalidades, se ha declarado fundada la demandada en este extremo, no es menos cierto que el Contratista no ha sustentado con ningún medio probatorio el daño propiamente dicho, ni el quantum del daño.



Por otro lado, el contratista tampoco ha demostrado con algún documento u otro medio probatorio el desprestigio de su imagen sufrido a consecuencia de las acciones de la entidad. En esa misma línea debe advertirse que ni si quiera se ha acreditado el prestigio o reputación con que contaba en el sector donde se desenvuelve, y que permita valorar objetivamente, su situación antes y después de los hechos acaecidos, y consecuentemente el desmedro aludido.

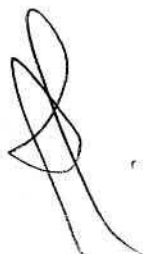
Por lo tanto, el Arbitro Único considera que esta pretensión debe ser desestimada, no correspondiendo disponer el reconocimiento y pago de indemnización alguna por este concepto.

CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO

"Determinar la asunción entre las partes de las costas y costos arbitrales".

En el presente extremo del Laudo corresponde al Árbitro Único pronunciarse sobre la asunción o distribución de los costos del arbitraje en cuanto a las costas y costos devengados.

Sobre el particular, el artículo 52º de la Ley de Arbitraje aplicable al presente caso, dispone que los árbitros se pronunciarán en el laudo arbitral sobre los gastos del arbitraje, teniendo presente, de ser el caso, lo pactado en el convenio arbitral. Los gastos incluyen, pero no se limitan, a las



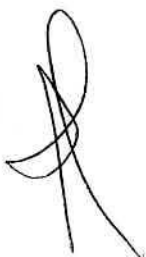
retribuciones de los árbitros, de los abogados de las partes y las retribuciones del secretario. Además, la norma legal establece que si el convenio arbitral no contiene pacto alguno sobre los gastos, los árbitros se pronunciarán en el laudo arbitral sobre su condena o exoneración.

En el 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, corresponde al Árbitro Único pronunciarse sobre este tema de manera discrecional y apelando a su debida prudencia.

Considerando el resultado de este arbitraje en el que en puridad no puede afirmarse que exista una "parte perdedora" ya que ambas partes tenían motivos suficientes y atendibles para litigar, habida cuenta que debían defender sus pretensiones en vía arbitral, y que, además, el Tribunal Arbitral considera a efectos de regular el pago de tales conceptos, el buen comportamiento procesal de las partes y la incertidumbre jurídica que existía entre ellas y que motivó el presente arbitraje, corresponde disponer que cada parte asuma directamente los costos que sufrió; esto es, que cada parte asuma los gastos, costos y costas en los que incurrió como consecuencia del presente proceso, como son los honorarios arbitrales, del secretario ad hoc, su defensa legal, etc.

VIII. DECISION DEL ARBITRO UNICO

Estando a las consideraciones precedentes el Arbitro Único, en Derecho y dentro del plazo fijado para tales efectos, **RESUELVE:**



Sede Arbitral: Calle Bajada Balta 169, Piso 10, Miraflores
Telf. (51-1)2418801/ correo electrónico: sysarbitrajes@gmail.com

PRIMERO.- DECLARAR FUNDADA LA PRIMERA PRETENSIÓN de la demanda, contenida en el primer punto controvertido, por los motivos expuestos en la parte considerativa del presente laudo arbitral.

SEGUNDO.- DECLARAR FUNDADA LA SEGUNDA PRETENSIÓN de la demanda, contenida en el segundo punto controvertido, por los motivos expuestos en la parte considerativa del presente laudo arbitral.

TERCERO.- DECLARAR INFUNDADA LA TERCERA PRETENSIÓN de la demanda, contenida en el tercer punto controvertido, por los motivos expuestos en la parte considerativa del presente laudo arbitral.

CUARTO.-DISPONER que cada una de las partes asuma el pago de los costos y costas arbitrales en que haya incurrido, por los motivos expuestos en la parte considerativa del presente laudo arbitral. **Notifíquese conforme a ley.**



EDUARDO SOLIS TAFUR
ARBITRO UNICO

643/