

DEMANDANTE: EMPRESA SUR MOTORS S.A.

DEMANDADO: MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE YURA

ARBITRO UNICO: NIDIA ROSARIO ELIAS ESPINOZA



LAUDO ARBITRAL

Lauto Arbitral de Derecho, dictado en la ciudad de Lima, con fecha 31 de Julio de 2012, por el Árbitro Único Dra. Nidia Rosario Elías Espinoza, en el arbitraje seguido por Empresa Sur Motors S.A. en contra de la Municipalidad Distrital de Yura.

Resolución Nº 06

Lima, 31 de Julio del año 2012

VISTOS:

I.- ANTECEDENTES

1. Existencia del Convenio Arbitral:

Con fecha 02 de Agosto del 2010, las partes del proceso arbitral suscribieron el Contrato Nº 015-2010-MDY, Contrato de Adquisición de un Camión Compactador de 15 M3 Para el Recojo De Residuos Sólidos en el Distrito Yura, en adelante El Contrato. En la Cláusula Décimo Sexta-Solución de Controversias- se estableció que cualquier controversia sobre la ejecución o interpretación del Contrato se solucionaría por Conciliación y Arbitraje de Derecho.

2. Designación del Árbitro Único:

De conformidad con el artículo 222º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado aprobado mediante Decreto Supremo Nº 184-2008-EF, al no haber acuerdo expreso entre las partes, el Organismo Superior de las Contrataciones del Estado, (OSCE) designó como Árbitro Único a la abogada Nidia Rosario Elías Espinoza, la misma que aceptó el cargo y que suscribe el presente laudo, declarando que no tiene ninguna incompatibilidad o compromiso con las partes y que se desenvolverá con imparcialidad, independencia y probidad.

3. Audiencia de Instalación:

Con fecha 10 de Junio de 2011 se llevó a cabo la audiencia de instalación del Árbitro Único con la presencia de los representantes por Empresa Sur Motors S.A., el Señor Jimmy Albert Ojeda Valverde con DNI 29687399 y por la Municipalidad Distrital de Yura el Abogado Miguel Ángel Pineda Avalos, con DNI 306777476.

4. Presentación de Demanda:

Con fecha 28 de Junio de 2011, Empresa Sur Motors S.A., representada por su Gerente General Señor Percy Olazábal Salazar, presentó su respectiva demanda.

Mediante Resolución Nº 01 de fecha 04 de agosto de 2011, se resolvió admitir la demanda y darse por ofrecido los medios probatorios. De igual forma, se corrió traslado de la demanda arbitral y anexos a la Municipalidad Distrital de Yura para que en el plazo de quince (15) hábiles exprese lo conveniente a su derecho.

El Señor Percy Olazábal Salazar interpone demanda contra la Municipalidad Distrital de Yura, a efectos que se declare fundada las siguientes pretensiones:

Pretensión Principal

- Que se declare la nulidad total de la Carta Nº 075-2010-ALC-MDY de fecha 06 de setiembre de 2010 que impone la única penalidad de S/. 36 150,00.

Primera Pretensión Accesoria

- Que se declare la nulidad de todo acto administrativo o resolutivo posterior que sustente o ratifique la validez de la Carta Nº 075-2010-ALC-MDY, emitido por la demandada.

Segunda Pretensión Accesoria

- Que se disponga el pago de intereses de la suma de S/. 36 150,00 desde la fecha en que debería de haberse producido el pago.

Tercera Pretensión Accesoria

- El pago de las costas y costos del proceso que se generen

5. Contestación de la demanda:

Mediante Resolución Nº 2 de fecha 15 de Setiembre de 2011, el Árbitro Único resolvió tener por absuelta la demanda por la Municipalidad Distrital de Yura.

Asimismo, resuelve fijar para el día 28 de setiembre de 2011 a las 16:00 horas como fecha de audiencia de determinación, fijación de puntos controvertidos, conciliación y admisión de medios probatorios.

El Señor alcalde Luis Javier Fuentes Salas, mediante la contestación de la demanda postuló las siguientes pretensiones:

- Que se declare Infundada la Primera Pretensión Principal referida a que se declare la nulidad de la Carta Nº 075-2010-ALC-MDY de fecha 06 de setiembre de 2010 que

impone la única penalidad de S/. 36 150,00 y otras pretensiones accesorias, y se confirme la imposición de la penalidad.

- Que se ordene el pago de costas y costos del proceso como consecuencia de la interposición de la demanda arbitral en contra de la Municipalidad Distrital de Yura.

6. Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos

Con fecha 28 de Setiembre de 2011 se llevó a cabo la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios con la asistencia de todas las partes.

Ante la propuesta del Árbitro Único para llegar a un acuerdo conciliatorio a fin de resolver las controversias, las partes manifestaron la imposibilidad de arribar a un acuerdo conciliatorio, no obstante dejar a salvo la posibilidad de que ella pudiera darse en cualquier estado del proceso. Asimismo, en esta audiencia se declaró saneado el proceso arbitral y se fijaron los puntos controvertidos.

A su vez, en la referida audiencia se admitieron los medios probatorios ofrecidos por las partes. Respecto de los medios probatorios ofrecidos por el demandante presentado en el escrito de demanda de fecha 28 de Junio de 2011, se admiten lo señalado en el ítem VI Medios Probatorios, que corren del numeral A a la N.

Respecto de los medios probatorios por parte de la Entidad, se admiten los medios ofrecidos en su escrito de contestación de demanda de fecha 05 de setiembre de 2011, los consignados en el ítem V medios probatorios que corren desde el numeral 5.1. al 5.8.

Conforme a la Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos corresponde al Árbitro Único:

- Determinar si corresponde o no declarar la Nulidad Total de la Carta Nº 075-2010-ALC-MDY de fecha 06 de setiembre de 2010 que impone la única penalidad de S/. 36 150,00 como consecuencia de la Adjudicación Directa Pública Nº 002-2010-CEPCABS-MDY.
- Determinar si corresponde o no declarar la nulidad de todo acto administrativo o resolutivo posterior que sustente o ratifique la validez de la Carta Nº 075-2010-ALC-MDY.
- Determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad, el pago de los intereses de la suma de S/. 36 150,00 desde la fecha en que debería de haberse producido el pago.
- Determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad, cumpla con pagar las costas y costos del proceso arbitral que se genere.

7. Presentación de Alegatos e Informes Orales:

Con fecha 05 de Junio de 2012 se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales. En ella, el Árbitro Único concedió el uso de la palabra por el lapso de quince (15) minutos al representante de la empresa Sur Motors S.A. Sr. Hugo Lizardo Paredes Valencia identificado con DNI Nº 29475842 para que sustente sus alegatos, quien fue representado por su abogado Antonio Acosta Villamonte identificado con Registro CAA Nº 4209. Asimismo, otorgó el uso de la palabra por el lapso de quince (15) minutos al representante de la Municipalidad Distrital de Yura, abogado Miguel Ángel Pineda Ávalos identificado con DNI Nº 30677476.

Adicionalmente a solicitud de las partes, el Árbitro Único otorgó el uso de la palabra por cinco (05) minutos adicionales a cada parte demandada. El Árbitro Único efecto las preguntas que consideró pertinentes.

Asimismo, el Árbitro Único fijo el plazo para laudar de veinte días contados desde la presente audiencia y una prorroga de en 20 días hábiles más.

II.- CONSIDERANDO

- 1. Determinar si corresponde o no declarar la Nulidad Total de la Carta Nº 075-2010-ALC-MDY de fecha 06 de setiembre de 2010 que impone la única penalidad de S/. 36 150,00 como consecuencia de la Adjudicación Directa Pública Nº 002-2010-CEPCABS-MDY.**

Al respecto debe considerarse lo siguiente.

SUR MOTORS S.A. afirma lo siguiente:

- Conforme a lo requerido en el punto 1.10 de las bases: El bien materia de la presente convocatoria se entregarán en el plazo máximo de 30 días calendarios. Es decir, que se tenía un plazo máximo de 30 días calendarios, se debe entender desde la firma del contrato y de la emisión de la orden de compra.
- En nuestra propuesta técnica se ofreció como plazo entrega 05 días calendarios contados a partir de la firma del contrato. No existe otro plazo ofertado, se refiere un plazo concreto, por la entrega de un bien que se cumplió en el plazo ofertado.
- Luego de los trámites respectivos, el contrato se firmó el 02 de agosto de 2010, por tanto teníamos un plazo oficial de entrega hasta el 07 de agosto de 2010.
- Se entregó la maquinaria el 03 de agosto de 2010, es decir, antes del plazo. En el acta de entrega no se ha realizado ninguna clase de observaciones.

Al respecto, el artículo 176º del Reglamento dispone:

De existir observaciones se consignarán en el acta respectiva, indicándose claramente el sentido de éstas, dándose al contratista un plazo prudencial para su subsanación, en función a la complejidad del bien o servicio. Dicho plazo podrá ser menor de dos (2) ni mayor de diez (10) días calendario. Si pese al plazo otorgado, el contratista no cumpliese a cabalidad con la subsanación, la Entidad podrá resolver el contrato, en perjuicio de aplicar las penalidades que correspondan.

La jurisprudencia es clara: "De lo señalado en la normativa se desprende que, en caso que la prestación haya sido cumplida de manera defectuosa, la Entidad tienen la potestad de establecer un plazo para que las observaciones sean subsanadas en la oportunidad debida"

La norma citada es clarísima, estableciendo dos posibilidades:

1. Cumple en el plazo otorgado, consecuentemente, no hay sanción de ninguna clase
2. No cumple, entonces existe una doble sanción, (i) resolución del contrato, y como consecuencia de ello (ii) aplicación de penalidades

"Es posible de sanción el Contratista que incumple injustificadamente el contrato, pese a haber sido requerido previamente para que ejecute las prestaciones a su cargo"

En nuestro caso:

1. No existe atraso injustificado. Si la demandante alega que hubo atraso injustificado, entonces tiene que acreditarlo.
 2. Nunca hemos sido requeridos para el cumplimiento. En todo caso deben de tener en su poder los requerimientos notariales respectivos.
- Mediante Carta Notarial de la demandada de fecha 13 de agosto de 2010, se nos hace saber el error cometido y se nos otorga 07 días calendarios para cumplir las observaciones.
La carta tiene una decisión clara, no se impone penalidades ni se da inicio a una posible resolución de contrato.
- El día 17 de agosto de 2010, se nos devuelve voluntariamente y por decisión de la demandada, el bien materia del proceso, mediante acta, por tanto los 07 días vencieron el 24 de agosto de 2010.
- Con fecha 24 de agosto de 2010, entregó la nueva máquina subsanando el error.

Es decir, que todo está perfecto en el marco de la Ley, y no existe ni un solo día de atraso, contrariamente a ello, se nos hace descuento abultado, llegando al 10% de la penalidad.

Por su parte, la Municipalidad Distrital de Yura afirma principalmente lo siguiente:

- Las Bases del proceso de selección ADP Nº 002-2010/CEPCABS-MDY establecía en su Capítulo III Especificaciones Técnicas y Requerimientos Técnicos Mínimos que el vehículo camión compactador de 15 m³ debía ser del año de fabricación 2010 y sin uso.
- Asimismo, en la Sección Específica, Condiciones Especiales del proceso de Selección en su punto 2.11 establecía que para efectos del pago la Municipalidad debería contar con la recepción y conformidad del órgano de Administración, el informe el funcionario público responsable del área emitiendo su conformidad con la prestación efectuada y un informe técnico de un profesional contratado.
- La Contratista presentó su propuesta técnica la declaración jurada de cumplimiento de los requerimientos técnicos mínimos mediante la cual se comprometía a entregar un camión compactador de 15 m³ de acuerdo a los requerimientos técnicos mínimos y demás condiciones que se indican en el Capítulo III de las Especificaciones Técnicas de las Bases, es decir, que el vehículo sea del año de fabricación 2010.
- El Contratista incumpliendo con las bases del proceso de selección ADP 002-2010-CEPCABS-MDY y con lo ofertado en su propuesta técnica, entrega con fecha 03 de agosto de 2010, un vehículo compactador de 15 m³, marca Volkswagen, modelo 17.220, con número de serie 9533M82T8AR013837 y con número de motor 36150938, señalando en el acta de entrega que el vehículo era de 2010, cuando el vehículo era del año de fabricación 2009, es decir, incumpliendo los requerimientos técnicos mínimos.
- Luego de la verificación realizada por la Entidad y dentro del plazo para dar la conformidad de la recepción de los bienes conforme lo establecido en el artículo 181 del Reglamento de Contrataciones del Estado, nos percatamos que el vehículo entregado por la Contratista no cumplía con los requerimientos técnicos mínimos debido a que el camión compactador era del año de fabricación 2009, cuando la Entidad requería un camión compactador de 15 m³ pero de año de fabricación 2010.
- Este supuesto "error" señalado por la Contratista, es decir el carrozar la compactadora en un vehículo del año 2009 y para posteriormente entregarlo a la Municipalidad como si fuera elaborado por la Contratista demuestra el incumplimiento contractual de la empresa Sur Motors S.A. y además demuestra la mala fe con la que actuó debido a que hace incurrir a error a la Municipalidad, al pretender en un primer momento hacer pasar un vehículo del año 2009 como si fuera del año 2010.

- Al momento de elaborar el Acta de Entrega del camión compactador la Contratista hace incurrir a error a la Municipalidad al señalar, que el vehículo que se entregó y donde se carrozó la compactadora es del año 2010, cuando en realidad era un año un vehículo con año de fabricación 2009, argumento no verificable a simple vista máxime si la Contratista señala que el vehículo que entrega es de año de fabricación 2010; por esta razón, no hubieron observaciones en ese momento en el Acta, sino que después de las verificaciones realizadas por el Municipio se concluye que el vehículo entregado no cumplía con los requerimientos técnicos mínimos y no era lo que se solicitó y menos ofertó la Contratista, por lo que se requirió su cumplimiento.
- Merece especial consideración lo señalado por el Contratista que en el acta de entrega del vehículo "no se ha realizado ninguna clase de observaciones" y por lo tanto no hay nada que reclamar"; hecho que es totalmente falso y demuestra la mala fe con la que ha actuado y viene actuando la Contratista, debido a que al momento de realizarse la entrega del vehículo, la Contratista hace incurrir en error a la Municipalidad debido a que comunica que el vehículo entregado es de año de fabricación 2010, cuando en realidad lo que entrega era un camión compactador de año fabricación 2009.
- Ante el incumplimiento de la Contratista con fecha 13 de agosto de 2010, se le otorgó un plazo prudencial de 07 días calendarios para que entregara el vehículo ofertado, dicho plazo vencía el 20 de agosto de 2010, sin embargo la Contratista entrega el vehículo requerido con 04 días de retraso, por lo que se le aplicó la penalidad correspondiente.
- El plazo empieza a correr desde el día siguiente de recepcionada la observación y de conformidad con lo establecido en el artículo 151 del Reglamento de Contrataciones del Estado y las reglas de Código Civil artículos 183 y 184 el plazo vencía el viernes 20 de agosto de 2010, sin embargo la Contratista entrega el vehículo el día 24 de agosto de 2010, es decir con 04 días de retraso, por lo que le corresponde la aplicación de penalidad por mora por 04 días de atraso.
- Cabe resaltar que lo señalado por el Contratista en el punto 6 de su tercer Fundamento de Hecho, que el plazo para subsanar las observaciones empiezan a correr desde el 17 de agosto de 2010, fecha en que se hace entrega del vehículo a la Contratista, es un argumento falaz y por demás contrario a la Ley, debido a que el plazo para subsanar las observaciones tal como lo establece el artículo 176º del Reglamento y varias opiniones del OSCE se debe computar desde el día siguiente en que se ha comunicado dichas observaciones, en el presente caso, desde el 14 de agosto de 2010, debido a que desde ese día se le ha puesto en conocimiento de la Contratista que el bien no cumple con lo ofertado en su propuesta, ni en las bases del proceso y estuvo desde ese momento en la posibilidad de subsanar las observaciones y no causar un mayor perjuicio a la Entidad.

Al respecto, resulta necesario señalar lo siguiente:

En las Bases, Términos de Referencia y el Contrato Nº 015-2010-MDY derivado de la Adjudicación Directa Pública Nº 029-2009-GRT-PET, se establece entre otras, la obligación de SUR MOTORS S.A. de entregar un Camión Compactador de 15 M3 para el Recojo de Residuos de conformidad con la Especificaciones Técnicas establecidas en las Bases.

El artículo 13º de la Ley de Contrataciones del Estado y el artículo 11º del Reglamento señalan que la Entidad tiene la facultad de determinar, sobre la base de sus propias necesidades, las características y demás requisitos de los bienes, servicios u obras que desea adquirir o contratar, los mismos que deberán incidir sobre los objetivos, funciones y operatividad de aquellos.

De las disposiciones citadas, se advierte que la normativa de contrataciones del Estado establece que es la Entidad quien debe definir las especificaciones técnicas de los bienes a ser adquiridos, de acuerdo con sus necesidades; teniendo en consideración para tal efecto los requisitos y/o exigencias establecidos en la normativa específica que regula el objeto de la convocatoria (reglamentos técnicos, normas metrológicas, normas sanitarias, normas de seguridad, normas laborales, etc.).

A su vez, el artículo 176º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado impone a la Entidad la obligación de verificar la calidad, cantidad y cumplimiento de las condiciones contractuales debiendo realizar las pruebas que fueran necesarias.

En el numeral 2.11 de las Bases Administrativas se ha dispuesto, como requisito previo para el pago de las contraprestaciones ejecutadas por el contratista, que la Entidad deberá contar con la siguiente documentación:

- Recepción y conformidad del órgano de Administración
- Informe del funcionario responsable del área usuaria emitiendo la conformidad de la prestación efectuada.
- Factura
- Informe Técnico de un profesional contratado (Ingeniero Mecánico)

Al respecto, conforme se ha señalado precedentemente, la Entidad tiene la facultad de establecer la forma cómo serán satisfechas sus necesidades y cómo se verificará el cumplimiento por parte del contratista de las condiciones pactadas. Por tanto en el entendido que lo que se persigue con el trámite de los informes técnicos del área usuaria y de un ingeniero mecánico que den cuenta del cumplimiento de las especificaciones técnicas requeridas, dicho requisito no resulta cuestionable.

Asimismo, en las Bases, Capítulo III, Especificaciones Técnicas y Requerimientos Técnicos Mínimos, se exige respecto del Camión Compactador de 15 m3, numeral 1.6. Año de Fabricación 2010 nuevo sin uso.

Respecto a dicho extremo, debemos señalar que el cumplimiento de la prestación por parte del contratista supone, no sólo la entrega del Camión, sino que éste reúna las condiciones de calidad, es decir que cumpla con las especificaciones técnicas y requerimientos técnicos mínimos.

Así las medidas acotadas en los párrafos precedentes no sólo resultan razonables sino además acordes con las disposiciones contenidas en el Código Civil, toda vez que si en efecto se verifica que el bien presente deficiencias y éstas son atribuibles al contratista, quien debe asumir la responsabilidad por esta ocurrencia es el contratista; pretender lo contrario, es decir, que la Entidad asuma el pago del bien que presenta deficiencias por el hecho de haberlo recibido, significaría agravar el perjuicio sufrido por ésta al haber tenido que recibir un bien que no se encuentra acorde con sus requerimientos.

En esa medida, la Entidad no sólo tiene el derecho de requerir que el Camión Compactador se ha retirado por el contratista y, consecuentemente, sea reemplazado por otro que sí se encuentre conforme, sino que no estará obligada a efectuar pago alguno a favor del contratista respecto del bien que no cumple con las especificaciones técnicas.

Teniendo en cuenta las disposiciones contenidas en las Bases y el efecto que tiene en la ejecución contractual, es necesario analizar la documentación cursada por las partes que a continuación se detalla:

- De acuerdo a lo informado por la empresa SUR MOTORS S.A. y por la Municipalidad Distrital de Yura, el contratista con fecha 03 de agosto de 2010 hace entrega de un vehículo compactador de 15 m³, marca Volkswagen, modelo 17.220, con número de serie 9533M82T8AR013837 y con número de motor 36150938, levantando para tal efecto un Acta de Entrega.
- El Acta de Entrega suscrita por Miguel R. Del Carpio Figueroa en representación de SUR MOTORS S.A. y por Marisol Mamani León en representación de la Municipalidad Distrital de Yura, no tiene fecha de expedición.
- Con fecha 13 de agosto de 2010, la Municipalidad Distrital de Yura, luego de revisada la Factura N° 003-0033680 que fue remitida por la empresa SUR MOTORS S.A. con motivo de pago, verificó que el Camión Compactador entregado tiene como año de fabricación el 2009, aspecto que fue confirmado por la Entidad cuando trató el Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito SOAT.
- Como consecuencia de ello, la Entidad mediante Carta Notarial S/N de fecha 12 de agosto de 2010, recibida por SUR MOTORS S.A. el 13 de agosto de 2010, le informa al contratista que no ha cumplido con los términos de las Bases del proceso y del contrato, por lo que le requiere para que en un plazo máximo de siete (7) días calendario cumpla con su obligación de entrega de un Camión Compactador de 15 m³ marca Volkswagen, Modelo 17220, con año de fabricación 2010.

- Asimismo, le comunica que el retraso injustificado en la entrega del bien en que ha incurrido dará lugar a la aplicación de la penalidad que contempla la cláusula duodécima del contrato, y a su vez, que en caso de que al vencimiento del plazo otorgado no cumpliera con efectuar la entrega del bien, se procederá a resolver el contrato.
- Mediante Carta N° GG-029/2010 del 17 de agosto de 2010 la empresa SUR MOTORS S.A. solicita a la Municipalidad Distrital de Yura, que los siete (7) días otorgados para hacer el cambio del chasis corran a partir del día 17 de agosto de 2010, en vista de que el día 16 fue feriado en toda la provincia de Arequipa, no pudiéndose hacer ningún trámite.
- El 24 de agosto de 2010 de acuerdo al Acta de Entrega la empresa SUR MOTORS S.A realizó la entrega del Camión Compactador de 15 m³ de año de fabricación de 2010, sin embargo de acuerdo al plazo otorgado por la Municipalidad Distrital de Yura mediante Carta Notarial S/N de fecha 12 de agosto de 2010, este venció el 20 de agosto de 2010.

El Árbitro Único considera que la pretensión de la empresa SUR MOTORS S.A., no debe ser amparada, en virtud de los siguientes fundamentos:

- Las especificaciones técnicas y requerimientos técnicos mínimos propiamente dichos, son la pauta a seguir por la empresa SUR MOTORS S.A. para la ejecución de la prestación. Los mismos se deben de elaborar de tal forma que se "acerquen" lo mejor posible a lo que se pretende lograr, es decir, que se deben de adaptar y formular de acuerdo a los requerimientos de la entidad.
- Cuando los bienes contratados, mediante la selección de una empresa, las especificaciones técnicas significan para las partes involucradas, un elemento de negociación técnica y económica y, en tal sentido, deberán ser muy precisos y contener en detalle lo que se pide al contratista, lo cual asegurará que, para un determinado concurso, las propuestas presentadas sean compatibles y de esta manera, se facilite su posterior evaluación.
- Ahora bien, de la revisión de las especificaciones técnicas, se ha determinado que la Entidad ha elaborado los mismos con características, condiciones y obligaciones que permite determinar o exigir el cumplimiento de los mismos con estricta sujeción a los requerimientos de la Entidad, para la adquisición de un Camión Compactador de 15 M³ objeto del contrato.
- Prueba de ello, encontramos que en las Especificaciones Técnicas-Requerimientos Técnicos Mínimos, Capítulo III de las Bases Administrativas, respecto al Camión 1.-

Generales, numeral 1.6, la Entidad estableció como requerimiento técnico mínimo, año de fabricación 2010 nuevo sin uso.

- Sobre el particular, el contratista realizó la entrega del Camión Compactador 15M3 el 03 de agosto de 2010, marca Volkswagen, modelo 17.220, con número de serie 9533M82T8AR013837 y con número de motor 36150938, año de fabricación 2010. En el mencionado documento consta el logotipo de la empresa SUR MOTORS señalando que el vehículo era de 2010, es decir, que la Entidad no elaboró el Acta de Entrega, sólo la suscribió a través de la funcionaria Jefe de Logística Lic. Marisol Mamami León.
- Hasta la fecha 03 de agosto de 2010, la Entidad no contaba con documento alguno que demuestre lo contrario a lo señalado en el Acta de Entrega, sino hasta el momento de otorgar la conformidad de la prestación, para efecto de pago, en cumplimiento a lo dispuesto en el numeral 2.11 de las Bases Administrativas, además de la factura N° 003-0033680 que la empresa SUR MOTORS presentó para dicho pago. Aspecto que no ha sido desvirtuado por la empresa SUR MOTORS S.A. en el presente proceso.
- La Entidad con la documentación, dispuesta en el numeral 2.11 de las Bases Administrativas verificó que el Camión Compactador 15M3 entregado por la empresa SUR MOTOR S.A. Camión Compactador 15M3 tenía como año de fabricación 2009 incumpliendo las especificaciones técnicas y requerimientos técnicos mínimos contenidos en las Bases y el Contrato derivado de la ADP N° 002-2010/CEPCABS-MDY. Asimismo, no cumplió con lo señalado en su propuesta técnica y lo declarado bajo juramento de acreditar el cumplimiento de los Requerimientos Técnicos Mínimos contenidos en el Capítulo III de las Bases.
- En atención a ello, la Entidad mediante Carta Notarial S/N de fecha 12 de agosto de 2010, recibida por SUR MOTORS S.A. el 13 de agosto de 2010, le requirió que cumpla con los términos de las Bases del proceso y del contrato, por lo que le solicita que en un plazo máximo de siete (7) días calendario cumpla con su obligación de entrega de un Camión Compactador de 15 m³ marca Volkswagen, Modelo 17220, con año de fabricación 2010. El plazo otorgado venció el 20 de agosto de 2010. En ningún momento la empresa SUR MOTOR S.A. ha desvirtuado este aspecto o ha aportado medio probatorio durante el presente proceso.
- Ante dicha comunicación la empresa SUR MOTORS S.A. mediante Carta N°-GG-029/2010 del 17 de agosto de 2010 solicita a la Municipalidad Distrital de Yura, que los siete (7) días otorgados para hacer el cambio del chasis corran a partir del día 17 de agosto de 2010, por los siguientes hechos: (i) fecha en que se hace entrega del vehículo y (ii) en vista de que el día 16 fue feriado en toda la provincia de Arequipa, no pudiéndose hacer ningún trámite.
- Con relación a la fecha en que hace entrega del vehículo la Entidad:

El artículo 176º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado no precisa las reglas que se aplicarán al cómputo del plazo para la subsanación de observaciones, por lo que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151º del referido Reglamento, es necesario recurrir en forma supletoria a las disposiciones del Código Civil, el cual en el numeral 4 del artículo 183º establece que "*El plazo excluye el día inicial e incluye el día del vencimiento.*"

De esta manera, el plazo para subsanar las observaciones formuladas por la Entidad tendría que computarse desde el día siguiente que fue comunicado al contratista en adelante, no podría ser computado en forma retroactiva. Es la notificación de la Carta Notarial S/N de fecha 12 de agosto de 2010, recibida por el contratista el 13 de agosto de 2010.

- Con relación que el día 16 de agosto de 2010 fue feriado en toda la provincia de Arequipa, no pudiéndose hacer ningún trámite:

Dicha solicitud fue realizada ante la Entidad al cuarto día de vencer el plazo concedido, lo que demuestra la imposibilidad de cumplir con la prestación, amparada en que el día 16 de agosto de 2010 fue feriado en toda la provincia de Arequipa, por lo que solicita la modificación de la fecha de inicio del cómputo del plazo. Al respecto, el Árbitro Único considera que la solicitud del contratista no es correcta, puesto que la normativa en materia de contrataciones con el Estado, no regula modificación de la fecha de inicio de plazo para subsanar observaciones, corresponde solicitar una ampliación de plazo contemplada en el artículo 151º del Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado.

- Dicha figura jurídica implica sumar más días calendario al número de días establecido para el cumplimiento de la prestación. De acuerdo con el artículo 151º del Reglamento el plazo de ejecución contractual se computa en días calendario desde el día siguiente de la suscripción del contrato o desde el día siguiente de cumplirse las condiciones establecidas en las Bases. Pues bien, el plazo para la entrega del bien está determinado en las Bases y en el contrato, de lo contrario no habría referencia alguna para ampliarlo; no estamos ante un plazo independiente, sino ante un mismo plazo con más número de días, por cuanto se vincula al cumplimiento al cumplimiento de la prestación contratada; ella, la prestación, no varía ni se modifica con el nuevo plazo ampliado.
- En tal sentido, el contratista al invocar la causal que "el día 16 de agosto de 2010 fue feriado en toda la provincia de Arequipa", debió acreditar con la documentación actuada dentro del Expediente de Contratación en su oportunidad, aspecto que no ha sido acreditado por el contratista como causa justificada en el presente proceso.
- Cabe señalar además que de acuerdo a la Guía de Remisión 00337 de fecha 24 de agosto de 2010 (Anexo 1-H del escrito de contestación de demanda) la empresa SÚR

MOTORS S.A. cumplió con la entrega del Camión Compactador de 15 M3 año de fabricación 2010, color blanco.

- Sin embargo, de acuerdo a la Carta Notarial S/N de fecha 12 de agosto de 2010 el plazo para la entrega del bien en reemplazo del Camión Compactador de 15 M3 año de fabricación 2009, venció el 20 de agosto de 2010.
- En tal sentido, y siendo que, tanto la guía de remisión como la carta notarial de fecha 12 de agosto de 2010 son medios probatorios no cuestionados por las partes, este Árbitro Único considera pertinente tomar como válidos dichos documentos, y por ende, se encuentra verificada la entrega extemporánea del Camión Compactador de 15 M3 año de fabricación 2010, color blanco (04 días de retraso).
- En ese orden de ideas, la penalidad aplicada por la Municipalidad Distrital de Yura referidas a la mora en la entrega del bien (S/. 36 150,00 Nuevos Soles), se encuentra válidamente efectuada.
- De otro lado, en el numeral 3.6 de las Bases Administrativas y en la Cláusula Duodécima del Contrato se establece que si el Contratista incurre en 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 en concordancia con el artículo 165º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
- Cabe precisar que la finalidad de esta penalidad es desincentivar el incumplimiento del contratista, así como resarcir a la Entidad por el perjuicio que el retraso en la ejecución de las prestaciones le hubiera causado.
- No basta el retraso en la ejecución de la prestación para aplicar la sanción; aquél tiene que tener la naturaleza de injustificada. Es decir, tiene que tratarse de un retraso cuyas razones no están probadas con documentos públicos o privados, informes acontecimientos notoriamente acreditables u otros medios que ofrezcan fe plena y certeza, cuya verosimilitud se objetiva. No puede aceptarse documentación fundada en hechos cuya verosimilitud depende de la posición del funcionario público.
- El retraso injustificado obedece a la culpa inexcusable del contratista en razón de lo cual no puede probar con documentos y con el amparo del derecho, los motivos justificados del retraso. En tal sentido, el funcionario presume que el retraso injustificado, por lo tanto, a quien le corresponderá probar que dicha mora obedeció a razones justificadas es al contratista; al funcionario le corresponderá calificar que la mora afecta la ejecución de las "prestaciones objeto del contrato" para aplicar la penalidad automáticamente. Ello quiere decir, que si hay retraso, se genera la penalidad bajo la presunción Iuris Tantum.

En el presente proceso el contratista no ha presentado medio probatorio que justifique el retraso de cuatro días (4) para la entrega del Camión Compactador de 15 M3 año de fabricación 2010.

- Considerando lo expuesto, resulta aplicable la penalidad impuesta al contratista mediante Carta N° 075-2010-ALC-MDY de fecha 06 de setiembre de 2010, por lo que este acto administrativo, es válido.

2 Determinar si corresponde o no declarar la nulidad de todo acto administrativo o resolutivo posterior que sustente o ratifique la validez de la Carta N° 075-2010-ALC-MDY.

- Por lo señalado, la aplicación de la penalidad que se llevó a cabo a través de la Carta 075-2010-ALC-MDY de fecha 06 de setiembre de 2010 por la Municipalidad Distrital de Yura, es válida, toda vez que SUR MOTORS S.A incumplió con las especificaciones técnicas y requerimientos técnicos mínimos establecidos en las Bases Administrativas al efectuar la entrega del bien objeto del Contrato N° 015-2010-MDY, un Camión Compactador de 15 M3 de marca Volkswagen del año 2009, lo que generó que la Municipalidad Distrital de Yura a través de la Carta Notarial S/N de fecha 12 de agosto de 2010 requiera la entrega de un Camión Compactador de 15 M3 marca Volkswagen, modelo 17.220, con año de fabricación 2010, la cual se realizó el 24 de agosto de 2010 fuera del plazo otorgado por la Entidad. Por lo tanto, no corresponde declarar la nulidad de los actos administrativos o resolutivo posterior a la Carta N° 075-2010-ALC-MDY.

3 Determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad, el pago de los intereses de la suma de S/. 36 150,00 desde la fecha en que debería de haberse producido el pago

El Árbitro Único considera que la pretensión del demandante SUR MOTORS S.A., no debe ser amparada, en virtud que al haberse determinado en el considerando primero de este Laudo que la aplicación y la deducción de la penalidad efectuada por la Municipalidad Distrital de Yura, es válida, al existir retraso injustificado en la ejecución de la prestación por parte de SUR MOTORS S.A, este no se encuentra habilitado para la solicitar intereses de la suma de S/. 36 150,00 Nuevos Soles.

4 Determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad, cumpla con pagar las costas y costos del proceso arbitral que se genere.

Al respecto, tomando en consideración que no se ha acreditado la existencia de algún acuerdo previo entre las partes que se pronuncie sobre el pago de las costas y costos en el presente proceso de arbitraje, corresponde al Árbitro Único decidir al respecto.

Se aprecia del desarrollo de la litis que ambas partes han contribuido con su conducta a la necesidad de someter la controversia a un arbitraje de derecho, dándole las facilidades al Árbitro Único para el desarrollo de su labor, razones por la cual los costos y costas se deben ser asumidos por ambas partes en forma proporcional. En tal sentido, este Árbitro Único considera que las partes SUR MOTORS S.A. y la Municipalidad Distrital de Yura no tienen el deber de restituirse los gastos arbitrales que cancelados por éstos.

Se precisa que los demás actuados que no han sido glosados, no modifican las consideraciones anteriormente expuestas, por lo que están a los considerandos precedentes y habiéndose cumplido con todas las etapas del proceso y siendo el estado de mismo el de resolver la controversia planteada en autos, el presente Árbitro Único pasa a pronunciarse sobre la misma según lo siguiente:

LAUDA:

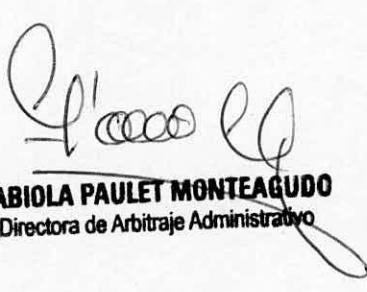
En consideración a los antecedentes expuestos, el presente Árbitro Único resuelve lo siguiente:

1. Declarar **INFUNDADA** la pretensión de la demandante SUR MOTORS S.A. referida a la declarar la nulidad de la Carta Nº 075-2010-ALC-MDY de fecha 06 de setiembre de 2010 que impone la única penalidad de S/. 36 150,00 como consecuencia de la Adjudicación Directa Pública Nº 002-2010-CEPCABS-MDY.
2. Declarar **INFUNDADA** la pretensión de la demandante SUR MOTORS S.A., relativa a declarar la nulidad de todo acto administrativo o resolutivo posterior que sustente o ratifique la validez de la Carta Nº 075-2010-ALC-MDY.
3. Declarar **INFUNDADA** la pretensión de la demandante SUR MOTORS S.A., relativa a el pago de los intereses de la suma de S/. 36 150,00 Nuevos Soles desde la fecha en que debería de haberse producido el pago.
4. Declarar **INFUNDADA** la pretensión de la demandante SUR MOTORS S.A. relativa a la ordenar a la Entidad, el pago de las costas y costos del proceso arbitral, y disponer que cada parte asuma las costas y costos que el presente proceso le hubiese podido irrogar.

5. Disponer que la demandada Municipalidad Distrital de Yura cumpla con pagar a la demandante la empresa SUR MOTORS S.A. la suma neta de S/. 871.50 Nuevos Soles por concepto de gastos administrativos de la Secretaría Arbitral que fuera asumida por la demandante al haberse subrogado en el pago.


NIDIA ELIAS ESPINOZA
ARBITRO UNICO




FABIOLA PAULET MONTEAGUDO
Directora de Arbitraje Administrativo