

Expediente Arbitral N° S 004 2015/SNA-OSCE

Lima, 19 de marzo del 2016.

DEMANDANTE: Fátima Ciesa SRL.

DEMANDADO: Universidad Nacional San Antonio Abad del Cuzco.

ARBITRO ÚNICO: Abogado Luis Eduardo Adrianzén De Lama.

Registro C.A.L. N° 08915.

Designado mediante Resolución N° 107-2015-OSCE/PRE
de 14 abril 2015.

VISTOS:

I. LA EXISTENCIA DEL CONVENIO ARBITRAL.

1. Que, con fecha 07 de enero 2013, la Universidad nacional San Antonio Abad del Cuzco, (en adelante la Entidad), y la Empresa Fátima Ciesa SRL, (en adelante la contratista) suscribieron el Contrato N° 01-2013-A-AASA-UNSAAC. para la adquisición de BANDEJA DE SEIS DIVISIONES CON TAZON DE SOPA Y JARRO.
2. Que, el contrato en referencia se derivó del Proceso de Adjudicación de Menor Cuantía N° 019-2012-UNSAAC. para la adquisición de equipos y mobiliaria de preparación, cocina y servicio para el proyecto: Construcción y Equipamiento del Comedor Universitario. Código SNIP N° 50614.
3. Que, el contrato consigna en la Cláusula Décima Sexta, el convenio arbitral celebrado entre las partes, mediante el cual acordaron que

cualquier controversia o reclamo se resuelve en forma definitiva mediante Arbitraje de Derecho.¹

4. Que, el Art. 52 del Texto Único ordenado de la ley de contrataciones y adquisiciones del Estado, aprobado mediante Decreto Legislativo N° 1017 (en adelante la Ley) , aplicable al caso , establece que: *“las controversias que surjan entre las partes , sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato, se resolverán mediante conciliación y/o arbitraje...”* consideraciones legales que determinan la plena vigencia del convenio arbitral suscrito entre las partes.

II. LA DESIGNACION DEL ARBITRO UNICO.

5. Que, no obstante lo pactado en la cláusula decima sexta del contrato “ **En caso surja alguna controversia, esta se llevara a cabo en un Centro de Arbitraje de la ciudad del Cusco.**”; las partes acordaron que el presente arbitraje sea de carácter institucional, a llevarse a cabo ante el Centro de Arbitraje del OSCE, por lo que este organismo, expidió, la Resolución de Presidencia N° 107-2015-OSCE/PRE de fecha 14 de abril 2015, designando al abogado Luis Eduardo Adrianzén De Lama, como Arbitro Único para resolver la controversia.

III. LA AUDIENCIA DE INSTALACION DEL ARBITRO UNICO O TRIBUNAL UNIPERSONAL

6. Que, con fecha 29 de mayo 2015, se llevó a cabo la Audiencia de Instalación del Tribunal Unipersonal, con la presencia de los representantes tanto, de la Entidad como de la Empresa Contratista, verificándose su respectiva representación en el proceso.

¹ Cláusula decima sexta.-Todos los conflictos que se deriven de la ejecución e interpretación del presente contrato, incluidos los que se refieran a su nulidad e invalidez, serán resueltos de manera definitiva e inapelable mediante ARBITRAJE DE DERECHO, de conformidad con la normativa de Contrataciones del Estado. **En caso surja alguna controversia, esta se llevara a cabo en un Centro de Arbitraje de la ciudad del Cusco.** El laudo arbitral emitido es vinculante para las partes y pondrá fin al procedimiento de manera definitiva, siendo inapelable ante el Poder Judicial o ante cualquier instancia administrativa.

7. El Árbitro Único se ratificó en la aceptación del cargo y las partes asistentes manifestaron su conformidad con dicha designación de conformidad con el convenio arbitral, así mismo por tener el presente arbitraje la calidad de un arbitraje institucional, la Secretaria Arbitral, estará a cargo del Centro de Arbitraje del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado –OSCE.

IV. NORMAS APLICABLES AL PROCESO.

8. Al presente proceso le son aplicables las normas del T.U.O. del Reglamento del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje del OSCE, aprobado mediante Resolución N° 016-2004-CONSUCODE/PRE de fecha 15 de enero de 2004 (modificado mediante Resolución N° 172-2012-OSCE/PRE, de fecha 02 de julio de 2012) y la Directiva N° 007-2009-OSCE/CD sobre la Tabla de Gastos Arbitrales del SNA-OSCE (modificada mediante Resolución N° 160-2012-OSCE/PRE). En lo no regulado por el citado Reglamento, el presente proceso se regirá por el Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el Arbitraje.

V. LA DEMANDA, PRETENSIONES PLANTEADAS POR EL CONTRATISTA, ARGUMENTOS Y MEDIOS PROBATORIOS QUE LA SUSTENTAN

9. Mediante escrito presentado ante OSCE el 05 de enero del 2015, el Contratista, presentó su escrito de demanda formulando las siguientes pretensiones y sus respectivos argumentos:

Pretensión principal:

1.-Que se declare la Conformidad de los bienes al amparo del art. 181 del reglamento de la Ley de Contrataciones en el Estado, el numeral 3.9 de las Bases (fojas 14) y de la OPINION N°049-2011 del OSCE.

2.- Que se nos cancele la suma total de S/. 120,000.00 (Ciento Veinte Mil y 00/100 Nuevos Soles), más los intereses devengados.

3.- Que, se deje sin efecto la Resolución Contractual declarada mediante la Carta Notarial N° 003-2014-UNSAAC, por la razón siguiente:

- a. La resolución contractual no goza de eficacia legal porque nuestra empresa goza de la Conformidad conforme a lo explicado en nuestra Pretensión N° 01, debido a que la Entidad no se pronunció dentro de los 10 días hábiles siguientes a la subsanación de las Observaciones, con lo cual se ha configurado la Conformidad de manera automática al amparo del art. 181° del Reglamento de la Ley de Contrataciones.

Pretensiones Accesorias:

- 1.- Que, se ordene el pago de los intereses devengados por el incumplimiento.
- 2.- Que, se ordene el pago de las costas y costos del proceso, honorarios del arbitraje derechos administrativos y demás gastos que genere el presente arbitraje.
- 3.- Que, se ordene el pago de los gastos bancarios y financieros originados por las renovaciones de la Carta Fianza Cumplimiento presentada a la Entidad, ya que producto del presente arbitraje hemos debido seguir pagando estos conceptos por las renovaciones.

Así mismo expone como argumentos de hecho los siguientes:

- 1.- Que la empresa fue adjudicada con la Buena Pro en el Proceso de Adjudicación de Menor Cuantía No. 019-2012, ITEM N°01 *“Adquisición de equipos y mobiliario de preparación, cocina y servido para el proyecto: Construcción y equipamiento del comedor universitario Código SNIP N° 50614”* por un monto de S/. 120,000.00 (Cien Veinte Mil y 00/100 Nuevos Soles), y como consecuencia suscribimos el Contrato No. 001-2013-A-AASA-UNSAAC de fecha 07 de Enero del 2013.
- 2.- Seguidamente se emitió la Orden de Compra No. 00383-2013 de fecha 15 de abril del 2013, con la cual tenían 30 días para entregar los bienes conforme a lo pactado en la Cláusula Quinta del Contrato.
- 3.- Que cumplió a cabalidad, ya que entregamos los productos de 13 de mayo del 2013; es decir, antes de los 30 días pactados.

4.- La Entidad tenía diez (10) días calendario para de ser caso observar los bienes entregados, por lo que el plazo máximo para dar a conocer posibles observaciones era el 23 de mayo del 2013; sin embargo, ello no sucedió por lo que la entrega de los bienes quedo CONSENTIDA, haciendo obtenido nuestra empresa la conformidad de manera automática y por mandato expreso de la Ley.

5.- Debido al incumplimiento de la Universidad de expedir la conformidad de los bienes y pagar el precio de la venta, procedimos a emitir la carta notarial de fecha 24 de Julio del 2013 en donde los requerimos para que cumplan con su obligación en un plazo de 03 días.

6.- Seguidamente les enviamos una segunda carta notarial de fecha 23 de Setiembre del 2013 requerimos nuevamente al demandado para que proceda a cancelar la deuda, y debido a que no obtuvimos ninguna respuesta tomamos la decisión de recurrir al procedimiento de conciliación con fecha 22 de Enero del 2014, con la finalidad de poder solucionar la controversia; sin embargo, la Universidad no se apersono a ninguna de las 02 Audiencias fijadas en el procedimiento de conciliación, por lo que el centro de Conciliación Extrajudicial emitió el Acta de Conciliación N° 116-2014 de fecha 14 de Febrero del 2014.

7.- Posteriormente la Universidad nos remitió la Carta Notarial N° 002-2014 de fecha 31 de Marzo del 2014 en donde sin ningún sustento legal desconoce el mandato expreso del art. 181° Del Reglamento de la Ley de contrataciones, Numeral 3.8 (fojas 13) de las Bases y Opiniones de OSCE, efectuando un requerimiento respecto a los bienes bajo apercibimiento de resolvernos el contrato, pese a que la Entidad sólo tenía hasta el 23 de Mayo del 2013 para cuestionar lo relacionado a los productos.

Es decir que la Carta Notarial de Requerimiento y apercibimiento para resolver del Contrato por parte de la Universidad a nuestra empresa se produjo DESPUÉS DE 10 MESES, ya que el demandado tenía hasta el 23 de Mayo del 2013 para observar los bienes del ser el caso. Mientras que la referida carta notarial de requerimiento fue el día 31 de marzo del 2014.

8.- Pese a que el apercibimiento era extemporáneo e irregular la Universidad procedió a resolver el contrato mediante la Carta Notarial N°003-2014-UNSAAC. Habiendo sido notificado el 23 de Abril del 2014, acto que también cuestionamos mediante este proceso arbitral.

FUNDAMENTO DE LA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

Respecto a que hemos obtenido la Conformidad de los bienes al amparo del art. 181° del reglamento de la Ley de Contrataciones, Numeral 3.8 de las bases y opinión N ° 049-2011/OSCE, y como consecuencia la resolución contractual es improcedente: RELACIONADA A LA PRETENSIÓN PRINCIPAL N° 1 Y 3 DE LA DEMANDA

1.- Nuestra empresa fue adjudicada con la Buena Pro en el Proceso de Adjudicación de Menor Cuantía No.019-2012, ITEM N° 01, y como consecuencia suscribimos el contrato No. 001-2013-A-AASA-UNSAAC de fecha 07 de enero del 2013.

2.- Seguidamente se emitió la Orden de Compra No.003832013 de fecha 15 de abril del 2013, con lo cual teníamos 30 días para entregar los bienes conforme a lo pactado en la Cláusula Quinta del Contrato.

3.- Nuestra parte cumplió a cabalidad, ya que entregamos los productos el 13 de mayo del 2013; es decir, antes de los 30 días pactados.

4.- **La Entidad tenía diez (10) días para observar los bienes entregados; es decir, hasta el 23 de mayo**; sin embargo. Ello no sucedió por lo que la entrega de los bienes quedo CONSENIDA, habiendo obtenido nuestra empresa la conformidad de manera automática y por mandato expreso de la ley.

5.- El art. 181° del Reglamento de Ley de Contrataciones norma que *“la entidad deberá pagar las contraprestaciones pactadas a favor del contratista. Para tal efecto, el responsable de dar la CONFORMIDAD DE RECEPCIÓN DE LOS BIENES, deberá hacerlo en un plazo que no excederá de los 10 días calendario de ser estos recibidos”*

Asimismo el Numeral 38 de las Bases (fojas 13)- que como buen sabemos son las “reglas del proceso”- consigno lo siguiente: *“Para tal efecto, el responsable de otorga la conformidad de la excepción de los bienes, deberá hacerlo en un plazo que no excederá de los diez (10) días calendario de ser éstos recibidos”*

En ese sentido al haber transcurrido los 10 días calendario contados desde la entrega de los bienes sin que hayamos recibido ninguna observación de la Universidad debió proceder a expedir la conformidad y ordenar el pago; sin embargo, eso nunca sucedió.

6.- Lo cierto es que si la Entidad considera que los bienes entregados cuentan con algunas observaciones estas estarían siendo planteadas en forma extemporánea, no existiendo ninguna norma que justifique o ampare desconocer el mandato del art. 181° del reglamento de la ley de contrataciones, ni la opinión n° 049-2011 del OSCE, ni mucho menos lo consignado en las bases (numeral 3.8) han transcurrido más de diez (10) meses desde la entrega de los bienes (entrega que ha quedado consentida) si que hasta la fecha se expida la conformidad y se nos cancele.

7.- Con la finalidad que el Tribunal cuente con mejores elementos jurídicos al momento de resolver, transcribimos la OPINION N0. 049-2011/OSCE, que resolvió lo siguiente:

“2.2.- ¿Cuál es el plazo máximo legal que tiene la Entidad para pronunciarse sobre la conformidad de la recepción de bienes y servicios?”

De este modo, se advierte que la normativa sobre contratación pública ha dispuesto QUE EL PLAZO MÁXIMO QUE TIENE LA ENTIDAD PARA EMITIR LA CONFORMIDAD en la recepción que los bienes y servicios sean de diez (10) días calendario, luego de ser recibidos.

2.2.- ¿Cuáles son las consecuencias para la Entidad si NO se pronuncia sobre la conformidad de la recepción de los bienes y servicios o lo hace en forma extemporánea?

De acuerdo con lo establecido en el artículo 181° del reglamento, “el responsable de dar conformidad de la recepción de los bienes o servicios, deberá hacerlo en un plazo que no excederá de los diez (10) días calendario de ser éstos recibidos”

De lo expuesto, se aprecia que, a efecto de dar conformidad de la recepción de los bienes y servicios, la Entidad no podría excederse del plazo señalado en la normativa sobre contratación pública y/o realizarlo de manera extemporánea”

8.- En ese sentido, no cabe duda que nos encontramos ante una conformidad automática por mandato expreso de la Ley, siendo extemporánea cualquier observación a los bienes, así como la resolución de contrato, ya que tuvieron 10 días para expresar su rechazo a los bienes suministrados. Por lo tanto, los funcionarios no pueden desconocer el mandato imperativo y de obligatorio cumplimiento del art. 181° del reglamento de la Ley de Contrataciones y del Numeral 3.8 de las bases.

9.- Por lo expuesto, es evidente no sólo que hemos obtenido la conformidad de los bienes por mandato expreso de la Ley, sino también que la resolución contractual es ineficaz porque nuestra parte ya goza de la Conformidad de los bienes. Por lo tanto, es un imposible jurídico que la Universidad nos resuelva el contrato por un supuesto incumplimiento en los bienes cuando la misma Entidad no cuestiono nada en el plazo máximo de 10 días calendario que ello mismo contemplaron en las bases en concordancia con la normativa en Contrataciones y Opiniones del OSCE.

B.2.- existe un abuso de autoridad, omisión funcional y malversación de fondos cometidos por la Universidad que debe ser valorado por el Tribunal al momento de resolver:

1.- La Universidad aprovechando la ventaja que tiene en su calidad de institución del Estado pretende desconocer las normas legales, así como el pago de la deuda, con lo cual estaríamos presuntamente ante la comisión de un ABUSO DE AUTORIDAD tipificado en el **art. 376 del Código Penal** que dice lo siguiente: *“funcionario público que, abusando de sus atribuciones, comete u ordena, en perjuicio de alguien, un acto arbitrario cualquiera, será reprimido con pena privativa de la libertad no mayor de dos años”*

2.- LOS HECHOS DESCRITOS DEMUESTRAN QUE NO SE TRATA DE UNA SIMPLE DEUDA ATRASADA POR PROBLEMAS LOGISTICOS, SINO QUE ESTAMOS ANTE UN INCUMPLIMIENTO FLAGRANTE DE LA LEY Y PRESUMIMOS QUE PUEDA EXISTIR UN MAL USO DE LOS FONDOS PÚBLICOS, EL CUAL SE ENCUENTRA TIPIFICADO EN EL ART. 389° DEL CÓDIGO PENAL.

3.- El proceso AMC No. 019-212 cuenta con su Partida Presupuestal, por lo que no entendemos la razón por la cual hasta el momento no se cancela nuestra Factura, en el entendido que ese dinero está presupuestando y autorizado.

Dicha situación nos hace presumir que el dinero que estaba destinado para la compra de determinados productos (bandejas, tazón de sopa y jarro) al parecer habría sido gastado en otros conceptos, por lo que de ser así, se estaría ante la comisión de diversas infracciones administrativas, responsabilidad funcional y delito penal de malversación de fondos, entre otros, citando el art. 389° del Código Penal tipifica lo siguiente sobre “malversación de Fondos”:

4.- Lo cierto es que desde la fecha en que entregamos nuestra Factura se nos bien dando evasivas, lo cual es extraño, porque si los bienes estaban en el Presupuesto y lo convocaron ¿ENTONCES QUE HIICIERON CON EL DINERO DE LA AMC, No. 019-2012?

Es evidente que si convocan y requieren un producto es porque cuentan con el dinero asignado, y si en el ínterin ya no lo tienen (primero tenían dinero y después no). ES PORQUE SE HA HECHO UN USO INDEBIDO DE ESE DINERO, DESTINADOLO A OTROS CONCEPTOS.

5.- Utilizar el dinero presupuestado para un fin distinto, no es un acto de poca importancia, por el contrario estaríamos ante el uso indebido de los fondos públicos.

Los funcionarios de la Universidad estarían contraviniendo el art. 7 de la Ley No.227785 “Ley de Sistemas Nacional de Control” que establece lo siguiente:

“El control interno previo y simultaneo compete exclusivamente a las autoridades, funcionarios y servidores públicos de las entidades como responsabilidad propias de las funciones que les son inherentes, sobre las bases de las normas que rigen las actividades de la organización, registros, verificación, evaluación, seguridad y protección”

6.- Manifiestan que se reservan el derecho de prestar la denuncia ante la comisión de Fiscalización del Congreso de la República y de la SINAD (Sistema Nacional de Atención de Denuncias Contraloría General de la República) para que investiguen esta situación irregular y notifiquen a los funcionarios.

C.- Respecto al pago de intereses:

1.- El art. 48 de la Ley de Contrataciones establece que cuando la Entidad se atrase en el pago, deberá reconocer al contratista los intereses legales correspondientes.

2.- El art. 181 del Reglamento de la Ley de Contrataciones señala *“que en caso de retraso en el pago, el contratista tendrá derecho al pago de intereses conforme a lo establecido en el art 48° de la Ley, contado desde la oportunidad en que el pago debió efectuarse”*.

3.- Los bienes fueron entregados el 13 de mayo de 2013, por lo que la Universidad tenía hasta el 23 de mayo para observar las características de los mismos, como consecuencia de los intereses devengados deben computarse desde el 24 de mayo del 2013, lo cual no sólo es un derecho de nuestra empresa en calidad de contratistas, sino que es un mandato de la Ley de Contrataciones.

D.- Respecto al pago de los costos y cotas del proceso, y gastos financieros:

Manifiestan que a su juicio asistiéndoles la razón en el proceso, resultaría injusto que su empresa tenga que asumir los gastos en los cuales están incurriendo, por lo que solicitan al tribunal que en su momento se sirva evaluar lo señalado por su parte y motivar lo relacionado la pago de costas y costos, ya que no basta con tener derecho a litigar, sino que realmente la negativa de lo demandado haya tenido algo de fundamento aprobado.

Señala como fundamentos de derecho los siguientes:

- 1.- El art. 48 de la Ley de Contrataciones.
- 2.- El art. 181° del Reglamento de la Ley de Contrataciones.
- 3.- La OPINION No. 049-2011/OSCE.

Así mismo adjunta como medios probatorios y acompaña como anexos a la demanda los siguientes:

- 1.- El Contrato.
- 2.- Las Bases (Numeral 3.8) en lo que respecta a la entrega de los bienes y al pago.
- 3.- La Orden de Compra No. 00383-2013 de fecha de Abril del 2013.
- 4.- La Factura N° 002369 por s/120, 000.00.
- 5.- La carta notarial de fecha 24 de julio del 2013.
- 6.- La carta notarial de fecha 23 de Septiembre del 2013 remitida por nuestra parte.
- 7.- Solicitud de Conciliación de fecha 22 de Enero del 2014.
- 8.- El Acta de Conciliación N° 116-2014 remitida de fecha 14 de Febrero del 2014.
- 9.- La Carta Notarial N° 002-2014 remitida por la Universidad.
- 10.- La Carta Notarial N° 003-2014-UNSAAC, habiendo sido notificado el 23 de Abril del 2014, enviada por la Universidad a nuestra empresa, dando a conocer que resuelve el contrato.

11. La carta de fecha 23.04.14 remitida por nuestra empresa al demandado, mediante la cual ponemos en conocimiento el inicio del procedimiento arbitral por la falta de pago.

12.- La carta de fecha 23.04.14 remitida por nuestra empresa al demandado, mediante la cual ponemos en conocimiento el inicio del procedimiento arbitral por la irregular resolución de contrato en nuestra contra.

13.- La carta de fecha 21 de Mayo del 2014 remitida por la Universidad aceptando que la controversia sea sometida a las reglas institucionales del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje del OSCE.

14.- La Cédula de Notificación N° 8447-2014 emitida por el Sr. Antonio Corrales Gonzáles Director de Arbitraje Administrativos.

VI. LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA, MEDIOS PROBATORIOS QUE LA SUSTENTAN.

10. La Entidad al absolver la demanda manifiesta:

Primero.- Que el demandante no puede pretender que se declare la recepción y conformidad conforme argumenta en la demanda, puesto que conforme a lo dispuesto por el Art. 181. Del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado aprobado por Decreto Supremo Nro. 085-2004-EF, señala que todos los pagos que la Entidad debe realizar a favor del contratista por conceptos de bienes y servicios objeto del contrato se efectuara después de ejecutada la respectiva prestación, norma que no ESTABLECE UNA CONFORMIDAD TACITA, tampoco señala que vencido dicho plazo se presume un consentimiento automático o una conformidad inexistente conforme sostiene la empresa demandante, es decir que por inacción de la Entidad no se puede considerar la conformidad y darse por consentida mucho más que no fue observada por la Entidad no se puede considerar la conformidad y darse por consentida mucho más que no fue observada por la Entidad, petición que resulta totalmente ilegal en razón que el Art. 181 de la normativa en mención contratista en la oportunidad establecida en las bases por en el contrato, **para tal efecto el responsable de dar conformidad de recepción de los bienes o servicios deberá hacerlo en un plazo que no excederá de 10 días calendarios de ser estos recibidos**, de lo que se tiene que la recepción y conformidad es responsabilidad del órgano de

administración o en su caso del órgano establecido en las bases, conformidad que requiere del informe del funcionario responsable del área, quien deberá verificar la calidad, cantidad y cumplimiento de las condiciones contractuales, que en el presente caso esta cargo del Comité de Recepción y Verificación del Proceso de Adjudicación de Menor Cuantía Nro. 019-2012-UNS “Adquisición de mobiliario de preparación cocina y servido para el Proyecto de construcción y Equipamiento Comedor Universitario” nombrado por Resolución Nro. R-1234-2’13-UNSAAC de fecha 8 de agosto del 2013.

Segundo.- Por carta Notarial Nro. 02-2014 UNSAAC el jefe del área de abastecimiento y servicios auxiliares de la Entidad, requiere al representante legal de la Empresa Fátima CIESA, la entrega de los bienes las mismas que deben cumplir con las características, bajo apercibimiento de resolver el contrato, el demandante por carta notarial de fecha 21 de marzo del 2014, recepcionada en la Dirección General de Administración Área de Abastecimiento y Servicios Auxiliares 27 de marzo del 2014, señala que se está desconociendo el art. 181 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado y criterios del OSCE y Laudos Arbitrales manifiesta que las observaciones a los bienes materia de entrega debe hacerse en un plazo no mayor de 10 días, caso contrario se entiende que la entrega ha quedado consentida, hecho que ha sido desconocida por la Entidad, señalando que si bien hizo algunas propuestas de cambio de bienes, no debe interpretarse como una aceptación que los bienes tienen observaciones, no habiendo hecho en ningún momento tal declaración sino que se hizo para solucionar la controversia surgida, a fin de poder obtener la cancelación de la factura lo que no signifique que se aceptó las observaciones, requerimiento que de conformidad a lo establecido por el art. 181 del reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado proceda a emitir la conformidad y cancelar la factura por la suma de s/120.000.00 nuevos soles, en razón de no haber sido observado la entrega de los bienes en el plazo de 10 días, la misma que ha quedado consentida.

Tercero.- Reiteramos, que de acuerdo a lo establecido en el Art. 176 del reglamento de Ley de Contrataciones **la recepción y conformidad requiere del informe del funcionario del área usuaria**, de existir observaciones se le da un

plazo prudencial que no podrá ser menor de 2 días ni mayor de 10 días si dentro del plazo no cumple con subsanar las observaciones la entidad podrá resolver el contrario, norma legal que en ningún extremo señala que el plazo de 10 días para dar conformidad es de prescripción o caducidad tampoco señala que se presume un consentimiento automático, pretensión que no tiene suscrito legal, la misma que no puede ser admitida por ningún tribunal Arbitral por no ser legal y por contravenir el principio de la legalidad, tanto más que de acuerdo al Artículo 177 del Reglamento de la Ley de Contrataciones, señala que luego **de haberse dado la conformidad a la prestación se genera de derecho al pago del contratista. Efectuado el pago culmina el contrato y se cierra el expediente de contratación respectivo.**

Cuarto.- La Empresa Demandante mediante carta Nro. 059-FCIESA de fecha 20 de noviembre de 2013, ACEPTA DE MANERA EXPRESA QUE LOS BIENES MATERIA DE CONTRATO NO CUMPLEN CON LAS CARACTERISTICAS TECNICAS REQUERIDA, ofreciendo subsanar dicha observaciones con otros inclusive incrementando los bienes, la misma que no es aceptada por la UNSAAC en razón que no está permitiendo por la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, en razón que la Entidad no puede dar conformidad a bienes con características diferentes a las establecida en el contrato, Bases Integradas y su Propuesta Técnica Bajo responsabilidad- por lo se le requiere al demandante, dándole un plazo de 10 días para que cumpla con subsanar las observaciones bajo apercibimiento de resolver el contrato Nro. 01-2013-A-AASA por incumplimiento del contrato por parte del Contratista.

Quinto.- Respecto al pago de los intereses y penalidades establecidos en el Art. 48 de la Ley de Contrataciones del Estado, no tiene sustento legal en razón que la Entidad en ningún momento atraso el pago a favor del Contratista, ya que conforme a lo establecido en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, la Entidad dio cumplimiento con el procedimiento dispuesto por la normativa en mención para proceder el pago, por no haber infringido o contravenido el Art. 48 de Ley de Contrataciones.

Sexto.- Respecto a la presunta comisión de abuso de autoridad y mal uso de los fondos públicos tipificados por los artículos 376 y 389 del Código Penal, es necesario señalar que conforme a ley debe ser vista por las instancias correspondientes, la misma que no es de competencia de un centro de Arbitraje.

MEDIOS PROBATORIOS:

De parte de la UNSAAC a fin de sustentar la presente contestación hacemos como nuestras las pruebas ofreciendo por la empresa demandante, en atención a los principios procesales en la administración de justicia, establecidos por el art. 6 de la Ley Orgánica del Poder y el numeral 2) del art. 190 del Código Procesal Civil.

VII. LA AUDIENCIA DE CONCILIACION, DETERMINACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS Y ADMISION DE MEDIOS PROBATORIOS.

11.- Que, mediante resolución N° 3 de fecha 11 de setiembre 2015 se citó a las partes a la audiencia de fijación de puntos controvertidos para el 28 de setiembre 2015 Admisión de medios probatorios.

12.- En la fecha programada, se llevó a cabo la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos.

13.- Se deja constancia que no obstante la invitación a conciliar las partes, no conciliaron.

14.- FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS. Corresponde en este estado del proceso fijar aquellos extremos, en que las partes están en desacuerdo y cuya definición conduzca a la solución del conflicto de intereses sometido a este proceso.

Considerando las pretensiones formuladas, el Arbitro Único procede a fijar como puntos controvertidos en este proceso arbitral los siguientes:

Pretensiones principales:

1.- Determinar si corresponde declarar la conformidad de la recepción de los bienes del amparo art. 181 del Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado, el numeral 3.9 de las Bases (fojas 14) y de la OPINIÓN N° 049-2011 del OSCE.

2.- Determina si corresponde que la Entidad efectúe a favor del Contratista el pago S/. 120, 000.00 (Ciento Veinte Mil con 00/100 Nuevos Soles) dela Orden de Compra N° 00383-2013 de fecha 15 de abril de 2013, más los intereses devengados.

3.- Determinar si corresponde dejar sin efecto la Resolución Contractual declara mediante la Carta Notarial N° 003-2014-UNSAAC bajo el criterio de que no goza de eficacia legal.

Pretensiones Accesorias:

1.- Determinar si corresponde que la Entidad pague los intereses devengados por el incumplimiento.

2.- Determina si corresponde que la Entidad asuma el total del pago de costas y costos, honorarios del arbitraje, derechos administrativos y demás gastos derivados del presente proceso de Arbitraje a favor del Contratista.

3.- Determina si corresponde o no que la Entidad cumpla con pagar en favor del Contratista, el pago de los gastos bancarios y financieros originados por las renovaciones de la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento presentada a la Entidad, puesto que alegan que producto del presente arbitraje han debido seguir pagando dichos conceptos por renovaciones.

15.- SANEAMIENTO PROBATORIO. En este sentido, atendiendo a los puntos controvertidos señalados en el numeral precedente, el Arbitro Único considera que deben ser admitidos los siguientes medios probatorios:

1.-Respecto de los medios probatorios ofrecidos por la Empresa Contratista, se admiten los catorce (14) medios probatorios ofrecidos, consignados en el numeral V “ Medios Probatorios” del escrito de demanda presentado con fecha 05 de enero 2015, y subsanado mediante escrito de fecha 15 de enero 2015.

2.-Respecto de los medios probatorios ofrecidos por la Entidad, se admiten los medios ofrecidos en su escrito de contestación de demanda de fecha 17 de febrero 2015. Admitiendo también los medios probatorios ofrecidos por la demandante en su escrito de demanda y solicitados se admitan con tal fin por la demandada.

16.- ACTUACION DE MEDIOS PROBATORIOS. De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 48 del reglamento, y atendiendo a que todos los medios probatorios son de actuación inmediata, concretamente instrumentales, se declara concluida la etapa probatoria y se otorga a las partes un plazo de 5 días hábiles para que presenten sus alegatos escritos.

17.- LOS ALEGATOS ESCRITOS. Que mediante escrito de fecha 02 de octubre 2015, el contratista presento sus alegatos escritos, no así la entidad, por lo que mediante resolución N° 4 de fecha 26 de octubre 2015, el Arbitro Único citó con la debida anticipación, a la Audiencia de Informes Orales para el día martes 17 de noviembre 2015.

En su escrito de alegatos EL CONTRATISTA manifiesta lo siguiente:

1.- Que, el Sr. Árbitro debe tener en consideración que su pretensión consiste en que se declare la Conformidad de los bienes debido a que la entrega HA QUEDADO CONSENTIDA, en virtud de no haberse formulado observaciones en el plazo de 10 días calendario al amparo del art. 181° del Reglamento de la Ley de Contrataciones, Opinión N° 049-2011 del OSCE, así como Laudos Arbitraje conforme detallados a continuación.

2.- Cita el caso del proceso seguido entre el Consorcio IBA-EGL y el Ministerio de Educación, en que se resolvió una controversia similar a la que se ventila en este proceso, respecto a que la entrega de los bienes o subsanación de las observaciones QUEDO CONSENTIDA debido a que la Entidad demandada se pronunció en forma EXTEMPORÁNEA, transcribiendo parte del Laudo, fojas 39 y 40.

3.- El Laudo que referimos deja muy en claro lo siguiente conceptos jurídicos:

- a.- Que, la Entidad tiene 10 días calendario no sólo para emitir observaciones a la entrega de un bien o servicio, sino que dichos plazo de 10 días también se hace extensivo a la “absolución de observaciones”
- b.- Que, la Entidad deja vencer el plazo de 10 días entonces la entrega queda CONSENTIDA.
- c.- Que, cuando el contratista ha obtenido el “Consentimiento” en la entrega, es indistinto si posteriormente la Entidad encontró o no supuestos incumplimientos en los productos, ya que no es posible jurídicamente desconocer el plazo de la Ley de los efectos legales del mismo.
- d.- Que, la resolución del contrato es ineficaz cuando existe un “consentimiento en la entrega”
- e.- Que, se ha establecido que la entidad no tiene plazo infinito para pronunciarse sobre la “entrega de los bienes” e incluso “sobre la absolución de observaciones”, sino que tiene 10 días calendario como máximo al amparo del art. 181° del Reglamento de la Ley de Contrataciones, ya que sería arbitrario que el contratista tenga que esperar la voluntad entera de la Entidad para que se pronuncie acerca de la subsanación.

En ese periodo de tiempo no recibimos ninguna observación, de tal manera que la entrega quedo consentida.

5.- Como consecuencia de ello, queda claro que la “resolución de contrato” deviene en ineficaz, debido a que no es factible que opere dicha resolución si la entrega de los bienes quedo consentida, siendo ello un derecho ganado.

INFORMES ORALES.

18.- El 17 de noviembre del 2015, se llevó a cabo la audiencia de informes orales, con la sola concurrencia del Contratista, registrándose la inasistencia de la Entidad. Disponiéndose que copia del acta sea debidamente notificada a la Entidad.

El Árbitro Único concedió el uso de la palabra al Contratista, para la exposición de su informe, formulando las preguntas relativas a la materia controvertida.

19.- Que el acta fue debidamente notificada a la Entidad con fecha 19 de noviembre 2015, conforme se verifica de los cargos que obran en el expediente.

20.- Que mediante escrito de fecha 23 de noviembre 2015, la Entidad, presenta informe escrito sobre su posición en relación con las materias controvertidas, proveyéndose mediante resolución N° 5 de fecha 11 de diciembre 2015, otorgándose a la Entidad 10 días hábiles para que cumplan con registrar en el SEACE, los datos del Árbitro Único conforme a lo dispuesto en el artículo 227 del reglamento.

21. En su INFORME DE LA ENTIDAD, manifiesta lo siguiente:

1.- La parte actora, pretende se declare la conformidad los Bienes al amparo al artículo 181 del Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado, así como acorde al numeral 3.9 de las Bases y conforme a la Opinión N° 049-2011 del OSCE. Citándolo textualmente (art 181°)

2.- La interpretación, que hace el demandante a los alcances de la norma legales referida, es equivocada e interesada, pues afirma que:

- a) La entidad tenía 10 días calendario para observar los bienes entregados.
- b) El plazo máximo para dar a conocer posibles observaciones era el 23 de mayo del 2013, teniendo en cuenta que los bienes se entregó el 13 de mayo de 2013.
- c) La entrega de bienes ha quedado consentido.
- d) Existe conformidad automática y por mandato expreso de la ley.
- e) Debe la UNSAAC proceder a dar la conformidad de los bienes y pagar el precio de venta.

3.- Al respecto, es conveniente recordar, que el ordenamiento jurídico vigente, es aplicable el principio que reza **“no se puede hacer distenciones donde la ley no distingue”**. Asimismo, tener presente que la interpretación como proceso intelectual, implica atribuir un sentido o significado normativo, teniendo en cuenta que el signifiante es la disposición y el significado es la norma. Finalmente, en

la clasificación de la interpretación legal, se conoce la interpretación estricta, extensiva y respectiva; siendo pertinente en el presente caso la interpretación estricta, pues el supuesto normativo está vinculado al interés público; expresamente menciona la norma, sin extenderse a más caso de los que este contempla ni restringirse a menos de lo señalado.

4.- Siendo ello así, lo afirmado por el demandante, queda inobjetablemente desvirtuado, dado que el artículo 181 del Reglamento de la Ley, en ninguna parte de su texto establece un plazo de 10 días para observar bienes; tampoco contiene supuesto normativo de entrega consentida, menos conformidad automática. Empero, es cierto sin duda que la disposición legal aludida impone a la entidad efectuar el pago de contraprestaciones pactadas, previa conformidad de recepción de bienes, en un plazo que no debió exceder de 10 días, haciendo notar, que la interpretación correcta de dicha disposición legal, es que la entidad conforme a los hechos descritos, ha incurrido en inobservancia de cumplir con la conformidad e bienes para efectos de pago, situación que de ningún modo, puede denotar entrega consentida o conformidad automática. Y es que un razonamiento en contrario, puede conducir al absurdo de considerar supuestos normativos no contenido en la ley, con la consecuencia de obligar a la institución del Estado, a decepcionar bienes que no han cumplido con lo ofertado en la propuesta técnica, pues es evidente que la UNSAAC, aun con considerable retraso en el tiempo ha hecho conocer al demandante de las observaciones que tenía a cerca de los bienes materia de contrato. No debe perderse de vista que las contrataciones con el Estado, involucra insoslayablemente e norma imperativas, como aquella norma jurídica que posee un contenido del que los sujetos jurídicos no pueden prescindir, de modo que la regulación normativa que se haga de la materia tendrá completa validez independientemente de la voluntad del individuo.

5.- No está de más recordar, que el TUO de Sistema Nacional de Arbitraje, ha desarrollado principados rectores orientadores de la actuación de los árbitros, señalando "Que los conciliadores, árbitros, órganos y personal, actúe con ética y transparencia en el ejercicio de sus funciones, siendo neutrales e imparciales", a ello debe añadirse que conforme a norma legal vigente, los laudos arbitrales, pueden, cuestionarse vía el recurso de anulación.

6.- En lo pertinente a lo observado por el demandante que, la conformidad automática y aceptación tácita está sustentada en la opinión en la opinión Nro. 049-2011-OSCE y bases de concurso, es absolutamente errada y malintencionada, pues del contenido de la opinión en referencia no se advierte ninguna afirmación sobre conformidad de bienes en forma automática, menos aceptación de bienes en forma tácita, dado que solo se limita a señalar como consecuencia de incumplimiento de conformidad de bienes, hacer mención al plazo que no debe exceder de 10 días calendarios. Igual situación se observa en las bases de concurso. Por lo tanto, esta opinión de la OSCE, no puede sustentar lo pretendido por el demandante, máxime cuando el artículo 176 del Reglamento de la Ley, prescribe de modo inequívoco, que la recepción y conformidad es responsabilidad del órgano de administración o en su caso del órgano establecido en las bases. Dicha conformidad requiere del informe del funcionario del área usuaria, que deberá verificar, independiente de la naturaleza de la prestación, la calidad, cantidad y cumplimiento de las condiciones contractuales, debido realizarlas pruebas que fueran necesarias. Dicha norma legal, obliga sin excusa alguna la previa conformidad de bienes adquiridos por el Estado, de otro modo en el razonamiento errado del demandante, su pretexto del tiempo transcurrido, el Estado estaría obligado a decepcionar bienes que no cumplen con los requisitos técnicos ofertados, en grave perjuicio del erario nacional y por supuesto de todos los peruanos, pues de modo directo o indirecto contribuimos a dicho erario, de allí el interés público de dicha materia.

7.- La Resolución de contrato efectuado por la entidad, está sustentada legalmente en el artículo 176 del Reglamento de la Ley. Y es que la entidad UNSAAC, ha cumplido aún con retraso, hacer saber formalmente al demandante de las observaciones existente en los bienes materia de contrato, el cual es reconocido expresamente por el demandante en el contrato, el cual es reconocido expresamente por el demandante en el numeral 7 de su demanda, al mencionar que la UNSAAC remitió la Carta Notarial Nro. 002-2014 de fecha 31 de marzo del 2014, haciendo conocer de las observaciones existente en los bienes incluso bajo apercibimiento de resolver el contrato, en efecto la UNSAAC, a través del área de resolver el contrato. En efecto la UNSAAC, través del Área de abastecimiento y Servicio Auxiliare, ha requerido a la Empresa Fátima la entrega de bienes cumpliendo las características establecidas en su propuesta

técnica, bases y en el contrato, teniendo como respuesta dicha Empresa, que las observaciones a los bienes debió hacerse en el plazo de 10 días, manifestando que tienen a su favor aceptación tácita de parte de la UNSAAC, incluso proponiendo hacer algunos cambios de los bienes, los cuales no han satisfecho a la UNSAAC. Por lo tanto, la resolución contractual, está sustentada de derecho objetivo; citando el penúltimo párrafo del artículo 176 del Reglamento de la Ley, y que en consecuencia la UNSAAC, ha actuado presumiendo de esta norma legal y ha seguido estrictamente el procedimiento legal para resolver el contrato., siendo inconsistente legalmente pretender hacer consentir al margen de la ley que hubo conformidad automática o aceptación tácita, su pretexto de que la UNSAAC, observo extemporáneamente los bienes materia de contrato.

8.- Respecto al pago de intereses, es cierto que el artículo 48 de la Ley, establece reconocimiento de intereses legales; sin embargo debe hacerse notar, que tales intereses solo proceden, cuando el contratista adquirió el derecho de pago, conforme lo señala el artículo 181 del Reglamento de la Ley; empero el demandante en ningún momento tuvo derecho a pago , pues conforme al artículo 1220 del Código Civil vigente, se entiende efectuado el pago, solo cuando haya efectuado íntegramente la prestación. En el caso planteado como tiene dicho el demandante no cumplió con la entrega de bienes conforme a la propuesta técnica; demás UNSAAC hizo conocer las observaciones técnicas de dichos bienes. Por lo tanto, no concurre el supuesto normativo previsto en el artículo 181 y 48 referidos para la procedencia de intereses legales, debido ser declarado improcedente esta prestación. Aclarando que es cierto que el demandante entregó los bienes a la UNSAAC el 13 de mayo del año 2013; sin embargo, fueron observaciones por incumplimiento de características técnicas.

9.- Respecto al pago de costos y costas del proceso, no cabe mayor argumentación, pues el artículo 73 de la Ley General de Arbitraje, faculta al Tribunal Arbitral, imputar a la parte vencida o distribuir y prorratear los costos del arbitraje entre las partes, para lo cual invocamos a dicho Tribunal, actuar con criterio justo y razonable.

10.- Con relación al abuso de autoridad, nos reservamos nuestro argumento legal, pues consideramos que tal pretensión no se ajusta a los hechos menos es de competencia del Tribunal Arbitral

PLAZO PARA LAUDAR.

22. Que mediante resolución N° 07 de fecha 20 de enero 2015, el Arbitro Único fijo el plazo para laudar en 20 días hábiles.
23. Que mediante resolución N° 08 de fecha 22 de febrero 2015, el Arbitro Único resuelve prorrogar el plazo para laudar en quince días hábiles, contados a partir del día siguiente de vencido el termino original, plazo que vence el día 21 de marzo de 2016.
24. Que estando al estado del proceso el Arbitro Único, conforme a Derecho procede a Laudar dentro del plazo establecido.

CONSIDERANDO:

I. CUESTIONES PRELIMINARES

Que, antes de entrar a analizar la materia controvertida, corresponde confirmar lo siguiente: i) que, el Tribunal Unipersonal se constituyó de conformidad con el TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento, al que las partes se sometieron de manera incondicional; ii) que, en ningún momento se interpuso recusación alguna contra el Árbitro Único designado , o se efectuó algún reclamo contra las disposiciones establecidas en el Acta de Instalación; iii) que, el Contratista presentó su escrito de demanda dentro de los plazos dispuestos y ejerció plenamente su derecho al debido proceso; iv) que, la Universidad San Antonio Abad del Cusco, fue debidamente emplazada, contestando la demanda, y ejerciendo 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.

PRIMERO.- Que de acuerdo con lo establecido en la Audiencia de Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Saneamiento Probatorio, el presente

proceso está orientado a esclarecer los puntos controvertidos detallados en dicha audiencia y consignados en el numeral 14 de la parte considerativa, del presente laudo.

SEGUNDO. Que, la relación jurídico procesal entre las partes quedó establecida en virtud del contrato N° 001- 2013- A-AASA-UNSAAC de fecha 17 de enero de 2013, celebrado entre las partes y derivado del proceso de Adjudicación de Menor Cuantía N° 019-2012-UNSAAC.ITEM N° 1, para la adquisición de equipos y mobiliaria de preparación, cocina y servicio para el proyecto: Construcción y Equipamiento del Comedor Universitario. Código SNIP N° 50614, por un de Monto de S/. 120,000.00, convocado por la Universidad Nacional San Antonio Abad del Cusco.

El Contrato fue suscrito por las partes, el día 07 de enero del 2013, en adelante el Contrato, ofrecido como medio probatorio y que obra en el anexo 1.E, de la demanda. Siendo de aplicación al presente caso lo dispuesto en las bases como en el contrato, así como la normatividad del Texto único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por Decreto Legislativo N° 1017. Y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF, y sus modificatorios, referente regulatorio de la controversia.

TERCERO.- El Arbitro Único para los efectos de resolver, valora, los términos del contrato celebrado, así como los documentos que lo contienen, (clausula sexta del contrato)², tales como las bases, especificaciones técnicas y demás documentación, en aplicación del artículo 142 del reglamento, del mismo modo las disposiciones de la Ley de Contrataciones y su Reglamento.

CUARTO. Que a los efectos de resolver la controversia el Arbitro Único procede a analizar los puntos controvertidos;

PRIMERA PRETENSION PRINCIPAL-

1.- Determinar si corresponde declarar la conformidad de la recepción de los bienes al amparo del art. 181 del Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado, el numeral 3.9 de las Bases (fojas 14) y de la OPINIÓN N° 049-2011 del OSCE.

²Clausula sexta.-Partes integrantes del contrato.

El presente contrato está conformado por las bases integrada, la oferta ganadora y los documentos derivados del proceso de selección que establezcan obligaciones para las partes.

La naturaleza del contrato materia de análisis

Con relación al presente caso debe tenerse en cuenta que la normativa de contratación pública, que es el marco sobre el cual, se basan las actuaciones de los administrados con las Entidades se sujetan a determinadas reglas y procedimientos debido a la naturaleza pública de los fondos que van a ser erogados para llevar a cabo las contrataciones.

En esa línea, una Entidad pública no selecciona de forma arbitraria a su contraparte en un contrato, sino que el contratista será seleccionado mediante un procedimiento administrativo especial denominado “proceso de selección”, en el cual, dentro de un marco de libre competencia y concurrencia, participarán todos los proveedores interesados en contratar con la Entidad, adjudicándose el contrato a aquel postor que haya presentado la mejor propuesta sobre la base de las mejores condiciones de calidad, precio y oportunidad. (Literal f del artículo 4° de la ley)

Para la determinación de la selección, la Entidad debe evaluar el objeto principal de la contratación ya que esta selección puede estar destinado a la contratación de bienes, servicios (en general) y obras y conforme al objeto principal tendrá una regulación especial. Así tenemos que los bienes y servicios tienen un tratamiento diferenciado al tratamiento de obras debido a la naturaleza compleja de ésta relación, como en el caso de autos, que se trata específicamente del ITEM 18 del contrato de adquisición de equipos y mobiliario de cocina para el comedor universitario, cuyas especificaciones técnicas están debidamente detalladas en las bases de licitación. (Artículo 13 de la Ley)³

En el presente caso, El Arbitro Único a fin de pronunciarse si corresponde declarar la conformidad de la recepción de los bienes, analiza los términos contractuales. Así el objeto principal de la contratación, el que se encuentra descrito en la cláusula segunda del Contrato:

³ Artículo 13 de la LEY.

(...)

La formulación de las especificaciones técnicas deberán ser realizadas por el área usuaria en coordinación con el órgano encargado de las contrataciones de la entidad...

CONTRATO:

CLÁUSULA SEGUNDA: objeto.

El presente contrato tiene por objeto la adquisición de bandeja de 6 divisiones con tazón de sopa y jarra consistente en:

Bandeja de 06 divisiones 2000 unidades.

Tazón de sopa 2000 unidades.

Jarra 2000 unidades.

La cláusula en referencia agrega:

Conforme a las características plasmadas en su prepuesta técnica, que obra entre otros en el anexo 2.1 de su propuesta técnica.

El contratista se obliga a cambiar los productos ofertados por defectos de fábrica y/o empaquetamiento detectados al ingreso al almacén y/o en uso; por vicios ocultos no detectados al momento de la recepción; **Por tener características técnicas diferentes a las señaladas en las bases” (Subrayado nuestro).**

BASES: ESPECIFICACIONES TECNICAS.

En adición, a folios 32 de las bases, aparecen las especificaciones técnicas, y requerimientos técnicos mínimos, a que hace referencia la cláusula segunda del contrato, que obran en el expediente, folio 67 de la demanda, señalando lo siguiente:

ITEM 18. CANTIDAD 2000. BANDEJA DE 06 DIVISIONES CON TAZON DE SOPA Y JARRA.

CARACTERISTICAS:

BANDEJA ESTAMPADA.

DIMENSIONES 400 mm x 300 mm x 35 (largo ancho x altura). De acero inoxidable AISI-304 de 06 cavidades, incluye.

POCILLO DE SOPA ESTAMPADO de 135 mm x 55 mm de alto. En acero inoxidable AISI-134 de 0.6 de espesor, incluye además

JARRO CON ASA ESTAMPADO de 90 mm x 65 mm de alto en Acero inoxidable AISI-134 de 0.6 de espesor.

Es un hecho evidente e incontrovertible, que de los actuados no existe evidencia documentaria probatoria de que bienes entrego el contratista al almacén de la entidad, ni tampoco de que bienes recepcionó la entidad, por lo recurrimos a la

carta de requerimiento de fecha 20 de marzo 2014,(ANEXO 1-k DE LA DEMANDA), en que la entidad manifiesta que con fecha 16 de setiembre 2013, puso en conocimiento del contratista las observaciones detectadas en la entrega de los bienes, de lo que se puede concluir que la Entidad SI RECEPCIONO LA CANTIDAD DE BIENES a que se contrae la orden de compra 000383, recaudada en anexo 1F de la demanda y que estos fueron observados en sus características técnicas, fundamentalmente en el tamaño de los utensilios determinándose lo siguiente:

OBSERVACIONES

BANDEJA ESTAMPADA. Se entregó 392mm x 294mm x 25.

POCILLO DE SOPA ESTAMPADO. Se entregó 125mm x 80 mm.

JARRO ESTAMPADO. Se entregó 110 mm x 70 mm. (Observándose que la orden de compra consigna un error pues solicita 135 mm x 55 mm).

Que la misma comunicación anexo 1.F. señala en el PUNTO 1.2 que posteriormente el Comité de Recepción reevalúa los bienes estableciendo:

OBSERVACIONES:

BANDEJA ESTAMPADA. 392 mm x 294 mm x 25 mm.

POCILLO DE SOPA ESTAMPADO, 125 mm x 80 mm

JARRO ESTAMPADO. 100 mm x 63 mm.

Lo que permite determinar que los bienes entregados no cumplían con las especificaciones técnicas requeridas por las bases, lo que implica un incumplimiento del contrato.

Debe de entenderse que un momento clave en la contratación pública, es el efectivo cumplimiento de las prestaciones, entendiéndose que la ejecución contractual culmina con la recepción, conformidad y pago de la prestación, tres etapas perfectamente diferenciadas.

En este punto cabe analizar que la recepción física del bien permitirá determinar si la prestación ha sido cabalmente cumplida por el contratista y si la Entidad podrá emitir la conformidad de la misma, a los efectos del pago.

Por tanto, si bien la conformidad se expresa, una vez recepcionado físicamente el bien, la norma establece un plazo para que la administración proceda a dar

conformidad a la prestación, en tal sentido el artículo 181, establece el plazo de diez días para que el responsable de dar la conformidad se pronuncie

Conforme se determina de los actuados, si bien la entidad, recepcionó físicamente los bienes, dentro del plazo de entrega establecido en la cláusula quinta del contrato, la Entidad NO OTORGO LA CONFORMIDAD DE RECEPCION DE LA PRESTACION, responsabilidad que estaba a cargo conforme a la cláusula noveno del contrato del COMITÉ DE RECEPCION DE LOS BIENES, no existiendo evidencia si el comité actuó conforme a ley observando los bienes, dentro del plazo, dado que es un hecho evidente que recién el 16 de setiembre 2014, se comunicaron las observaciones, (anexo 1K) En consecuencia a estar de la carta de requerimiento previo (anexo 1K), la entidad recién mediante oficio de fecha 16 de setiembre 2013, hizo de conocimiento del contratista las observaciones, contestando este el 23 de setiembre 2013, que la entrega de los bienes estaba consentida.

Corresponde pues determinar si la falta de pronunciamiento dentro del plazo establecido en el artículo 181 del reglamento, para dar la conformidad, conlleva una aceptación tácita de los bienes. A juicio de este Arbitro Único este aspecto no lo ha previsto la normatividad, siendo opinión de este colegiado que el hecho que el responsable administrativo no se pronuncie dentro del plazo no conlleva una conformidad automática.

Así de determinarse una irregularidad administrativa, del Comité de Recepción de los bienes, por falta de pronunciamiento oportuno, no puede generar el derecho de reclamar la conformidad de los mismos, cuando conforme, se ha determinado, estos manifiestamente no cumplen con las especificaciones técnicas exigidas por las bases, aceptarlo sería generar un grave precedente en el ámbito de la contratación pública.

Por tanto, estando a que los bienes no cumplían con las especificaciones técnicas previstas en las bases, resulta de aplicación el quinto párrafo del artículo 176 del reglamento, en cuanto a que el procedimiento de recepción y conformidad previsto en este artículo 176, “no será aplicable cuando los bienes y/o servicios manifiestamente no cumplan con las características y condiciones ofrecidas (...) “. Por tanto, no le asiste responsabilidad a la Entidad por no emitir conformidad dentro del plazo de 10 días previsto en el artículo 181 del

reglamento, atendiendo a que los bienes no cumplían con las especificaciones técnicas exigidas por las bases.

Así mismo, de acuerdo con la documentación presentada, el Árbitro se forma convicción que la demandante NO CUMPLIO CON LAS OBLIGACIONES PACTADAS EN EL CONTRATO, determinándose que el hecho de entregar determinados bienes al Entidad, no puede reputarse como que se ha dado cumplimiento a la obligación contractual, evidenciándose de los actuados y a estar por la comunicaciones cursadas entre las partes que los bienes entregados por el contratista no respetaron las características técnicas exigidas por las bases, así se desprende de la carta notarial de fecha 20 de marzo 2014, por lo que no puede DECLARSE LA CONFORMIDAD DE LOS BIENES o la conformidad de la recepción de la prestación conforme a la cláusula novena del contrato.

Que en este sentido debe tenerse en consideración diversas opiniones del Organismo Supervisor de las contrataciones del estado, en el sentido que en los contratos de bienes o servicios, la normativa no ha previsto UNA APROBACION AUTOMATICA, en caso la Entidad no cumpla con pronunciarse dentro del plazo previsto para otorgar la conformidad de la prestación, por lo que la recepción no quedo consentida.

Así, LA CONFORMIDAD DE LA PRESTACION NO PUEDE ENTENDERSE APROBADA POR DEFECTO como pretende en su demanda el contratista, mucho más cuando esta es una obligación esencial para el cumplimiento del contrato; en este caso, apreciamos que las especificaciones técnicas NO SE HAN CUMPLIDO.

En consecuencia determinándose de los actuados que la contratista incurrió en incumplimiento contractual, la recepción de los bienes no quedo consentida atendiendo a que el procedimiento del recepción y conformidad previsto en el artículo 176 del reglamento no resulta de aplicación al caso, al entregar los bienes materia de la orden de compra que no cumplen con las especificaciones técnicas exigidas, siendo derecho de la Entidad no recepcionar los bienes, ni otorgar conformidad, que por tales consideraciones resolviendo este Arbitro Único declara infundada la presente pretensión principal, Determinando que NO corresponde declarar la conformidad de la recepción de los bienes al amparo del art. 181 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, el numeral 3.9

de las Bases (fojas 14) y de la OPINIÓN N° 049-2011 del OSCE, opinión que si bien es vinculante, no resulta aplicable al caso en concreto respecto de una prestación que no cumple con la exigencia de las especificaciones técnicas exigidas por las bases.

SEGUNDA PRETENSION PRINCIPAL.

2.- Determina si corresponde que la Entidad efectúe a favor del Contratista el pago S/. 120, 000.00 (Ciento Veinte Mil con 00/100 Nuevos Soles) dela Orden de Compra N° 00383-2013 de fecha 15 de abril de 2013, más los intereses devengados.

De conformidad con el artículo 180 del Reglamento, “*Todos los pagos que la Entidad deba realizar a favor del contratista por concepto de los bienes o servicios objeto del contrato, se efectuarán después de ejecutada la respectiva prestación (...)*”. Que ha estar de los actuados se determina que la prestación como objeto del contrato no fue cumplida. (El resaltado es agregado), por lo que la Entidad no está obligada al pago de una contraprestación que no se ha cumplido conforme al contrato.

En consecuencia estando a lo determinado en el análisis de la primera pretensión, esto es que la entidad no emitió la conformidad de los bienes por que no cumplían las especificaciones técnicas exigidas por las bases, no corresponde que la Entidad pague a favor del contratista la cantidad **S/. 120, 000.00 (Ciento Veinte Mil con 00/100 Nuevos Soles) de la Orden de Compra N° 00383-2013 de fecha 15 de abril de 2013, deviniendo en consecuencia como Infundada la segunda pretensión principal.**

TERCERA PRETENSION PRINCIPAL.

3.- Determinar si corresponde dejar sin efecto la Resolución Contractual declarada mediante la Carta Notarial N° 003-2014-UNSAAC bajo el criterio de que no goza de eficacia legal.

∴ Aparece de los actuados que mediante carta Notarial de N° 02-2014-UNSAAC RECEPCIONADA POR LA CONTRATISTA del 20 marzo 2014, anexo 1K folios 9 a 13 de la demanda, la Universidad requirió a la Contratista “entregar **bienes**

que cumplan con las características técnicas establecidas en el contrato, bases integradas y su propuesta técnica, bajo apercibimiento de resolver el contrato N/ 01-2013-A-AASA-UNSAAC”.

Que analizada la carta en referencia esta cumple las formalidades exigidas por el artículo 169 del reglamento, esto es otorgó al Contratista el plazo de diez días calendario a fin de que supere las observaciones detalladas, preciso las obligaciones contractuales que debían cumplirse y apercibió conforme a ley a resolver el contrato.

Que conforme se verifica de los actuados la Contratista no levanto las observaciones detalladas en la carta Notarial de fecha 20 de marzo 2014, por lo que la Entidad mediante Carta Notarial de fecha 22 de abril 2014, (anexo 1 L de la demanda) procedió a resolver el contrato de conformidad con el artículo 169 del reglamento.

Que del análisis de los actuados se determina que no existió justificación por parte del contratista, para el incumplimiento de las obligaciones contractuales, lo que motivo que la Entidad iniciara el procedimiento de resolución contractual, que del análisis de las comunicaciones citadas anteriormente esto es de pre aviso de resolución , y resolución, las mismas cumplen con las formalidades exigidas por el artículo 169 del reglamento, en consecuencia la resolución contractual efectuada , no adolece de causal de nulidad, por lo surte plenos efectos legales, no correspondiendo dejar sin efecto la Resolución Contractual declarada mediante la Carta Notarial N° 003-2014-UNSAAC bajo el criterio de que no goza de eficacia legal, en consecuencia este Arbitro Único resolviendo declara Infundada la Tercera Pretensión Principal.

PRETENSIONES ACCESORIAS.

Primera pretensión accesoria

1.- Determinar si corresponde que la Entidad pague los intereses devengados por el incumplimiento.

Estando a lo determinado en la Primera Pretensión Principal, respecto a que el incumplimiento contractual es imputable al Contratista, no corresponde que la Entidad reconozca el pago de intereses devengados a favor del Contratista, por lo que deviene en Infundada la presente Primera pretensión accesoria.

Segunda Pretensión accesoria.

2.- Determina si corresponde que la Entidad asuma el total del pago de costas y costos, honorarios del arbitraje, derechos administrativos y demás gastos derivados del presente proceso de Arbitraje a favor del Contratista.

No habiéndose señalado pacto alguno en el contrato con respecto a los gastos arbitrales, en aplicación del artículo 52º de la Ley General de Arbitraje, el Árbitro Único debe pronunciarse en el laudo sobre su condena o exoneración teniendo en cuenta el resultado o sentido del mismo, por lo que estando a lo resuelto el Arbitro Único ordena que el pago total de costas y costos, honorarios del arbitraje, derechos administrativos y demás gastos derivados del arbitraje, sean asumidos en su integridad por la parte demandante, deviniendo en Infundada la Segunda Pretensión Accesoria.

Tercera Pretensión Accesoria

3.- Determina si corresponde o no que la Entidad cumpla con pagar en favor del Contratista, el pago de los gastos bancarios y financieros originados por las renovaciones de la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento presentada a la Entidad, puesto que alegan que producto del presente arbitraje han debido seguir pagando dichos conceptos por renovaciones.

Estando a lo previsto en la cláusula séptima del contrato, es obligación del contratista mantener vigente la garantía de fiel cumplimiento hasta la conformidad de la prestación, por lo que no corresponde que la Entidad asuma el costo de gastos bancarios o financieros originados por las renovación de carta fianza, por lo que deviene en Infundada la presente tercera Pretensión accesoria.

Por las consideraciones expuestas que fluyen de los actuados, conforme a la atribuciones conferidas, y a lo dispuesto en el Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por Decreto Legislativo N° 1017, y su Reglamento Decreto Supremo N° 184-2008-EF, vigentes a la celebración del Contrato y la Ley General de Arbitraje, Ley N° 26572, este Tribunal Unipersonal

LAUDA, DECLARANDO:

PRIMERO: INFUNDADA EN TODOS SUS EXTREMOS LA DEMANDA ARBITRAL, y en consecuencia:

INFUNDADAS LA PRIMERA, SEGUNDA Y TERCERA PRETENSION PRINCIPAL.

SEGUNDO: INFUNDADAS LA PRIMERA SEGUNDA Y TERCERA PRETENSION ACCESORIA.

TERCERO: ORDENANDO que los gastos arbitrales sean asumidos en su totalidad por el Contratista.

Notifíquese a las partes.



.....
Luis Eduardo Adrianzen De Lama

Registro CAL N° 08915

ARBITRO UNICO