

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

EXPEDIENTE N° S 81-2017-OSCE/DAR

NOMBRE DE LAS PARTES:

**DEMANDANTE: SISTEMA DE CLIMATIZACIÓN Y REFRIGERACIÓN
S.A.C**

En adelante el DEMANDANTE, o el CONTRATISTA

DEMANDADO: DESPACHO PRESIDENCIAL

En adelante, el DEMANDADO o, la ENTIDAD

ÁRBITRA ÚNICA: NIDIA ROSARIO ELIAS ESPINOZA

Laldo Arbitral de Derecho, dictado en la ciudad de Lima, con fecha 17 de junio de 2019, por la Árbitra Única Abog. Nidia Rosario Elías Espinoza, en el arbitraje seguido por la empresa Sistema de Climatización y Refrigeración S.A.C. contra el Despacho Presidencial.

Resolución N° 11

Lima, 17 de junio del año 2019

VISTOS:

1.-Existencia del Convenio Arbitral:

Con fecha 20 de enero del 2017, las partes del proceso arbitral suscribieron el Contrato N° 004-2017-DP para la adquisición de 24 Equipos de Aire

Acondicionado", en adelante el Contrato. En la Cláusula Décima Sexta- Solución de Controversias- se estableció que cualquier controversia durante la etapa de ejecución contractual dentro del plazo de caducidad previstos en los artículos 122, 137, 140, 143, 146, 147 y 149 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado o en su defecto, en el numeral 45.2 del artículo 45º de la Ley, se solucionaría de manera definitiva e inapelable por Conciliación y Arbitraje de Derecho, según lo señalado en el artículo 183 del Reglamento de la Ley de Contrataciones. Por lo que el arbitraje será institucional y será resuelto por Árbitro Único.

2.-Designación del Árbitro Único:

El Organismo Superior de las Contrataciones del Estado-OSCE, mediante Resolución N° 071-2017-OSCE/ DAR de fecha 28 de setiembre del 2017 designó como Árbitro Único a la Abog. Nidia Rosario Elías Espinoza la misma que mediante Carta S/N de fecha 11 de octubre del 2017 aceptó el cargo y quien 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 21 de noviembre del 2017 se llevó a cabo la audiencia de instalación de la Árbitra Única con la presencia del demandante Segundo Germán Saldaña García identificado con DNI N° 06972515, acompañado de su abogado Luis Alberto Isuhuaylas Castillo, identificado con DNI 08315604 y con Registro CAL N° 29299 y por el Despacho Presidencial el abogado Raúl Ángel Montellanos Palomino con DNI N° 25775890, según delegación de facultades otorgadas por el escrito de contestación de demanda, por el Sr. Carlos Cosavalente Chamorro en su calidad de Procurador Público de la Presidencia de Consejo de Ministros.

4.-Presentación de Demanda:

Con fecha 05 de abril del 2017 Sistema de Climatización y Refrigeración S.A.C., presentó su respectiva demanda arbitral ante la mesa de partes del OSCE a efectos que se declare fundada las siguientes pretensiones:

1. Solicitamos que se declare nula e ineficaz la Carta N° 005-2017-DP-OGA de la Entidad mediante la cual resolvió el Contrato N° 004-2017-DP por lo que solicitamos que la Entidad cumpla con dar recepción y conformidad de los 24 equipos de aire acondicionado, con las características ofrecidas en el catálogo hasta en tres oportunidades, según nuestra oferta, así como lo ofrecido para la firma del contrato.
2. Que se declare nula e ineficaz la Carta N° 002-2017-DP-OGA, mediante la cual la Entidad deniega nuestra solicitud de ampliación de plazo al no haber configurado su puestamente ninguno de los supuestos establecidos en el artículo 140º del Reglamento de Contrataciones del Estado.
3. Que la Entidad cumpla con pagarnos por concepto de indemnización por daños y perjuicios la suma de S/ 450,000.00 Soles.
4. Que la Entidad asuma la totalidad del pago de las costas y costos que se generen en el presente arbitraje.

Fundamentos en los cuales Sistema de Climatización y Refrigeración S.A.C. sustenta sus pretensiones:

La parte demandante refiere que el 20 de enero de 2017 firmó el Contrato N° 004-2017-DP, correspondiente a la Adjudicación Simplificada N° 024-2016-DP "Adquisición de 24 Equipos de Aire Acondicionado", por el monto contractual de S/ 223,440.00 (Doscientos veintitrés mil cuatrocientos cuarenta con 00/100 Soles) incluido IGV.

Precisa además, que dicho contrato fue el resultado del procedimiento de selección, evaluación y calificación de ofertas realizada el 14 de noviembre del 2016 por el Comité de Selección, el cual llegó a los siguientes acuerdos:

Sistema de Climatización y Refrigeración S.A.C.:

- Si cumple con la suscripción de la declaración jurada de cumplimiento de las especificaciones técnicas, según lo estipulado en las Bases Estándar de Adjudicación Simplificada.
- A folio 15 de su oferta el proveedor presenta un cuadro de equipos los cuales si cumple las especificaciones técnicas, tanto en capacidad, tipo, gas refrigerante, tecnología invertir, así como los tipos de frío calor o solo frío.

- De la revisión de los catálogos del postor referente a sus productos, estos si cumplen con los requerimientos de las especificaciones técnicas, como son capacidad, tipo, gas refrigerante, tecnología invertir, así como los tipos de frío calor o solo frío.

Asimismo, hace mención que su oferta fue admitida, conforme se advierte del Acta de Evaluación y Calificación de ofertas de fecha 14 de noviembre del 2016 y que posteriormente mediante Acta de Evaluación y Calificación de ofertas de fecha 28 de diciembre del 2017, el Comité de Selección concluye que la oferta de Sistema de Climatización y Refrigeración S.A.C. para a la evaluación, al haber cumplido con presentar los documentos solicitados en el numeral 22.2.1.1 del Capítulo II de la Sección Específica de las bases del proceso, por lo que su oferta presentada es admitida, procediendo a determinar su puntaje, según los factores de evaluación enunciando en el Capítulo IV de las bases.

De otro lado, manifiesta que la Entidad siempre tuvo a la vista los catálogos presentado en la primera admisión de la propuesta, inclusive se le requirió para la firma del contrato, entre otros documentos, aceptando el catálogo por tercera vez, por lo que tenía pleno conocimiento de las especificaciones técnicas que iban a entregar.

A su vez, precisa que el 31 de enero del 2017, coordinaron con el área de almacén para el ingreso de los equipos de aire, los cuales no pudieron ingresar porque no contaban con la orden de compra, y lo mismo ocurrió el 07 de febrero del 2017, fecha en la cual la Entidad notificó recién la Orden de Compra N° 037-2017 y que el 08 de febrero del 2017, los equipos fueron verificados y que sin embargo el área de almacén nunca autorizó a instalar los equipos y no firmaron las guías de remisión, por lo que solicitaron el 11 de febrero del 2017 una ampliación de plazo, debido a que en dos oportunidades por culpa de la Entidad no pudieron entregar los bienes por la falta de la orden de compra.

Respecto de la primera pretensión

Sobre el particular, la accionante señala que la Entidad resuelve el contrato, argumentando que los equipos que se pretendía ingresar tendría una capacidad de enfriamiento distinta a la consignada en la Guía de Remisión N° 0001-003221 y N° 0001-003222, tales como que la Entidad requería de aire acondicionado con una capacidad de enfriamiento de 24000,36000 y 60000 BTU, sin embargo el contratista pretendió ingresar con una capacidad de enfriamiento distinta.

16/

Asimismo, refiere que los equipos de aire acondicionado ofrecidos al Despacho Presidencial cumplen a cabalidad con los requerimientos técnicos ofrecidos en nuestra propuesta técnica, entregados en el proceso de selección, no existiendo motivo alguno para que pueda ser rechazado.

A su vez, precisa que sustenta el cumplimiento de los requerimientos técnicos mínimos basándose en lo requerido por la Entidad, como son equipos modernos y de eficiencia energética, de última generación, ecológicos, de acuerdo a la normativa del plan de eco eficiencia 2015-2016, como también las directivas y resoluciones, citando para ello dichos documentos.

Señala, que el área de Almacén, cuestionó la potencia de los equipos, sin tener la asesoría técnica de un profesional para la verificación de estos equipos, lejos de escuchar y dejar de explicar los detalles técnicos que solicitaron y que cumplieron con lo requerido de acuerdo a lo ofertado en su propuesta técnica, y que los equipos si cumplen, no tuvieron en cuenta los documentos técnicos que presentaron en la propuesta la propuesta técnica, en donde según los catálogos, marca, modelo presentados si cumplieron con lo ofertado y por ella la Entidad aceptó la propuesta y le otorgaron la buena pro y firmaron el contrato.

Precisa también, que los equipos de aire acondicionado que ofertaron cumplen con lo solicitado por la Entidad, porque son equipos que pueden trabajar en las dos condiciones ambientales Frio-Calor cumpliendo con las potencias ofrecidas en la propuesta técnica, equipos tipo SPLIT INVERTER FRIO, como también SPLIT INVERTER FRIO-CALOR, son los que se ofertan actualmente en el Perú, y que las características presentadas es lo mismo, con lo requerido, más aun dando lectura literal a los requerimientos solicitados, no existe en el mercado, por ello los demás postores tampoco presentaron los bienes con las características solicitadas por la Entidad, pues presentaron con las características iguales a las que ofertaron, que fueron validadas por el Comité Especial.

A su vez, indica que en tres oportunidades la Entidad aceptó los catálogos con las características que se indicaban ahí, por ello no puede negar que tenía pleno conocimiento de las características de los catálogos y que dichas características eran lo mismo, por eso el área usuaria lo aceptó y que para la firma del contrato pudo no firmar, pero firmó teniendo pleno conocimiento de los bienes que se iban a entregar conforme a los catálogos ofrecidos.

Finalmente, concluye que debe de realizarse un análisis integral de los documentos que conforman el contenido del contrato, que determina que si bien

en las especificaciones técnicas señalaban unas determinadas características sin embargo dichas características constituían un error de la Entidad, pues no existen en el mercado peruano, y que la verdadera información que fue aceptada por la Entidad fue las especificaciones técnicas establecidas en el catálogo.

Respecto de la segunda pretensión

Además, refiere que el computo del plazo de ejecución solo será desde el día siguiente de la firma del contrato, cuando la entidad cumpla con entregar la orden de compra, pues las órdenes de compra constituyen documentos que sustentan los compromisos presupuestales, el inicio del conteo de plazo de cada entrega y guías de internamiento al almacén; y que si bien la entidad consignó que el plazo de ejecución se computa desde el día siguiente de la firma del contrato, es preciso tener en cuenta que el error no genera derecho, situación que no permite que busque beneficiarse con interpretaciones que no se condicen con la buena fe contractual.

Asimismo, señala que en el supuesto negado que la entidad quiera arbitrariamente cobrar penalidades, porque la entrega de los bienes supuestamente fue entregado fuera de fecha, no procedería el cobro de penalidades, porque estamos ante una prestación única, es decir donde interesa es el resultado, la venta de bienes con su instalación y tampoco se consignó un monto para ello.

Respecto de la tercera pretensión

Solicita a la Entidad cumpla con pagar por concepto de indemnización por daños y perjuicios la suma de S/ 450.000.00 Soles, reservándose el derecho de presentar los medios probatorios posteriormente.

Es así que, mediante escrito de fecha 21 de junio de 2018, presenta un informe técnico contable y anexos que acreditaría daños y perjuicios por concepto de daño emergente, lucro cesante y daño moral que le habría ocasionado la resolución unilateralmente del Contrato N° 004-2017-DP "Adquisición de 24 Equipos de Aire Acondicionado" la Entidad, por el monto total de S/ 918,019.12 (novecientos dieciocho mil diecinueve y 12 /100 Soles)

5.- Contestación de la demanda:

161

Con fecha 06 de julio del 2017 Despacho Presidencial cumplió con presentar su escrito de contestación de demanda.

El Procurador Público del Estado mediante la contestación de la demanda postuló las siguientes pretensiones:

- Que se declare Infundada la demanda en todos sus extremos, al amparo de los fundamentos de hecho y derecho que se exponen en la contestación de la demanda y se sirva desestimar la misma.

FUNDAMENTOS DE HECHO

Fundamentos en los cuales el Despacho Presidencial sustenta sus pretensiones

Respecto a la primera pretensión de la demanda

La Entidad precisa que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 116 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, es obligación de las partes dar cumplimiento al contrato, sus bases y especificaciones técnicas del proceso, por ello queda evidenciado que el contratista presentó a la entidad bienes distintos a los contenidos en las especificaciones técnicas.

A su vez, señala que el argumento del contratista en el sentido que sus equipos cumplían con los requerimientos técnicos ofrecidos en su propuesta técnicas y en sus catálogos los que fueron declarados conformes por el Comité a cargo del proceso, pero no con las especificaciones contenidas en las Bases, no le exime de responsabilidad sobre su incumplimiento, máxime que los equipos que se pretendían entregar resultaban ser menor capacidad de enfriamiento a la requerida y que dicho afirmación queda corroborada con los términos del acta de entrega de equipos de fecha 23 de marzo del 2017, a través de la cual se procede a la devolución de 21 equipos versus los términos del contrato N° 004-2017/DP.

Respecto a la segunda pretensión de la demanda

La Entidad señala que la normativa de contrataciones del Estado establece que el plazo para la entrega o suministro de bienes se computa desde el día siguiente de la suscripción del contrato, salvo que las condiciones establecidas en las bases señalen algo distinto, por ello al momento de evaluarse la solicitud de ampliación

de plazo de fecha 10 de febrero de 2017 se advirtió que la misma no encontraba subsumida en ninguna de las causales que prevé el artículo 140 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, ya que constituía argumento para dicha solicitud el impedimento de entrega de los bienes por no haber sido notificados oportunamente con la orden de compra, sin embargo el hecho concreto es que la entidad no permitió el ingreso de los bienes que pretendía ingresar el contratista por cuanto los mismos no guardaban relación con lo descrito en su propia Guía de Remisión, lo que constituye un hecho verificable con el informe N° 029-2017-DP-OPE de fecha 15 de febrero de 2017 del Director de la Oficina de Operaciones.

Respecto a la tercera pretensión de la demanda

La demanda refiere que ha quedado determinado que en materia procesal, deben existir tres presupuestos para la configuración de una indemnización por daños y perjuicios como son: a) existencia del daño acusado, b) el hecho causante del daño, revestido de dolo, culpa o mediante un riesgoso o el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa y, c) relación de causalidad adecuada entre el hecho causante y daño causado.

Asimismo, refiere que preservando el interés público verificó que los bienes que se pretendían entregar eran distintos a los dispuestos en el contrato celebrado, por lo que se determina que la circunstancia de la resolución contractual no implica producción de daño al contratista sino que la inacción al respecto habría implicado daño a la entidad, de acuerdo a los queda establecido que dicho extremo de la demanda deviene en infundado.

A su vez, señala que en el presente caso, al advertirse que se pretendían entregar bienes distintos a los dispuestos en el contrato conforme consta del informe N° 012-2017-DP-OGHA/OA-Alm de la Oficina de Almacén, mediante Carta N° 018-2017-DP-OGA/OA de fecha 15 de febrero de 2017 se otorgó al contratista un plazo de dos días para que cumpla con la entrega e instalación de los bienes ofertados bajo apercibimiento de resolver el contrato, lo que se ejecutó mediante Carta N° 005-2017-DP-OGA de fecha 21 de febrero de 2017 al no haberse cumplido con entregar los bienes con las especificaciones expresamente establecidas en el Contrato. En tal sentido, estando acreditado el incumplimiento imputable a la contratista la cual a mayor abundamiento no acredita técnicamente que los bienes que pretendía entregar a la entidad hubieran sido de capacidad idéntica a la consignada en el contrato, así como tampoco acredita que hubiera efectuada objeción alguna durante la secuela del proceso de

selección en tal sentido- como ahora asevera- que: "...dando lectura literal a los requerimientos solicitados, debemos señalar que no existe en el mercado..."

6.- Determinación de Puntos Controvertidos

Mediante Resolución N° 02 de fecha 14 de febrero del 2018 la Árbitra Única dispuso la realización de la Audiencia de Conciliación, Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios para el día 13 de marzo del 2018 horas 10:00 am en la sede institucional del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado.

De esa manera, se procedió a realizar los siguientes actos:

SANEAMIENTO

En el presente caso se declaró que no existía ningún vicio o defecto de tramitación que a la fecha pudo dar lugar a cuestionamientos sobre el desarrollo y continuación del presente arbitraje y que además se verificó la concurrencia de las condiciones de la acción y presupuestos procesales. Habiéndose cumplido con dicho aspecto y con el acuerdo de las partes; se declaró SANEADO el proceso.

CONCILIACIÓN

El Árbitro Único, en ejercicio de sus facultades, inició el diálogo e invocó a las partes a que llegaran a un acuerdo conciliatorio. En este acto, los representantes de cada una de las partes hicieron uso de la palabra señalando que por el momento no era posible llegar a un acuerdo conciliatorio. No obstante, se dejó abierta la posibilidad de que ellas logren dicho acuerdo en cualquier etapa del proceso. En vista de lo anterior, se procedió a continuar con la audiencia.

Fijación de Puntos Controvertidos

Habiéndose declarado saneado el proceso, la Árbitra Única teniendo en cuenta las pretensiones contenidas en la demanda presentada el 5 de abril del 2017 y contestación de la misma presentada por la Entidad el 06 de julio del 2017, fija a continuación los puntos controvertidos que servirán como base para la solución de las materias controvertidas.

Conforme a la Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios corresponde a la Árbitra Única:

Primera Pretensión Principal

Determinar si corresponde o no declarar nula e ineficaz la Carta N° 005-2017-DP-OGA de fecha 22 de febrero del 2017, mediante la cual la Entidad resolvió el Contrato N° 004-2017-DP, y en consecuencia, si corresponde o no que la Entidad dé recepción y conformidad de los 24 equipos de aire acondicionado, con las características ofrecidas en el catálogo según la oferta del Contratista y lo ofrecido para la firma del Contrato.

Segunda Pretensión Principal

Determinar si corresponde o no declarar nula e ineficaz la Carta N° 002-2017-DP-OGA de fecha 13 de febrero del 2017, mediante la cual la Entidad deniega la solicitud de ampliación de plazo.

Tercera Pretensión Principal

Determinar si corresponde o no declarar que la Entidad debe cumplir con pagar por concepto de indemnización por daños y perjuicios la suma de S/ 450,000.00 (cuatrocientos cincuenta y 00/100 mil soles)

Cuarta Pretensión Principal

Determinar si corresponde o no declarar que la Entidad asumirá la totalidad de las costas y costas que se generen del presente proceso arbitral.

Quinta Pretensión Principal

Determinar si corresponde o no que la Entidad devuelva al Contratista el monto de la garantía de fiel cumplimiento por la suma de S/ 22,344.00.

7. Presentación de Alegatos e Informes Orales:

Mediante Resolución N° 9 de fecha 12 de abril de 2019, la Árbitra Única declara concluida la etapa probatoria y citó a las partes a la audiencia de informes orales a realizarse el 08 de mayo del 2019 horas 10:30 am.

Con relación, a los alegatos la parte demandante presentó su escrito el 14 de mayo de 2019 y la parte demandada presentó alegatos escritos el 15 de mayo de 2019.

9.- Plazo para Laudar:

Mediante Resolución N° 10 de fecha 22 de mayo de 2019 se fijó el plazo para laudar de conformidad con lo dispuesto al numeral 8.3.23 de la Directiva N° 024-2016-OSCE/CD en veinte (20) días hábiles computado desde el día siguiente de haber sido notificada la referida resolución.

10. Marco Legal Aplicable:

Antes de proceder al análisis puntual de cada uno de los puntos controvertidos es necesario que el Árbitro Único precise claramente la normativa aplicable al contrato suscrito entre las partes y las controversias que de él se derivan.

De conformidad con el contrato suscrito resulta evidente que el mismo se celebró como resultado de un proceso de selección bajo las reglas contenidas en la Ley de Contrataciones del Estado, Ley 30225 (en adelante, Ley) y Reglamento aprobado por D.S. N° 350-2015-EF (en adelante, Reglamento), por lo tanto la Árbitra Única considera que las controversias derivadas del contrato le son aplicables las normas antes citadas, así como supletoriamente las normas del Código Civil, y otras pertinentes del sistema jurídico nacional; y en caso de deficiencia o vacío en las reglas que anteceden, la Árbitra Única resolverá en forma definitiva de modo que considere apropiado mediante la aplicación de los principios generales del derecho

II.- CONSIDERANDO:

II.1 Cuestiones Preliminares:

En forma previa al análisis de las materias controvertidas y valoración de los medios probatorios admitidos y actuados por esta Árbitra Única en el presente proceso, corresponde señalar lo siguiente: (i) Que, esta Árbitra Única se constituyó conforme al Convenio Arbitral existente entre las partes y sin que ninguna de ellas expresara objeción alguna; (ii) Que el demandante presentó su demanda y ejerció plenamente su derecho de defensa; (iii) Que, el demandado fue debidamente emplazado con la demanda y ejerció plenamente su derecho de defensa y acción; (iv) Que, las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y

actuar sus medios probatorios, así como para ejercer la facultad de presentar alegatos y (v) Que, la Árbitra Única procede a laudar dentro del plazo establecido.

Que los medios probatorios deben tener por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes y producir certeza en el Juzgador respecto a los puntos controvertidos, de acuerdo a los principios generales de necesidad de la prueba originalidad de la prueba, pertinencia y utilidad de la prueba, entre otros.

II.2 ANÁLISIS DE LAS PRETENSIONES

De los argumentos expuestos por cada una de las partes en los escritos de demanda, contestación a la demanda, informes orales, alegatos escritos, así como pruebas aportadas en el presente arbitraje y puestas a consideración de esta jurisdicción, corresponde en este estado que la Árbitra Única realice el análisis de los puntos controvertidos, que fueron fijados en la audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos llevada a cabo con presencia de las partes el día 13 de marzo de 2018, a fin de determinar la procedencia o no de las pretensiones planteadas en la demanda incoada por Sistema de Climatización y Refrigeración S.A.C.

Que, constituye un principio general de todo proceso el de la Carga de la Prueba, el mismo que de acuerdo al autor Hernando Devís Echandía implica "la autoresponsabilidad de las partes por su conducta en el proceso, al disponer de libertad de llevar o no la prueba de los hechos que la benefician y la contraprueba de los que, comprobados por el contrario, pueden perjudicarlas".

Dicho principio constituye un sustento del Derecho Procesal Civil, que resulta aplicable al presente caso; así como la Ley de Contrataciones del Estado y la Ley General de Arbitraje, ello en aplicación de lo acordado en el Acta de Instalación de la Árbitra Única de fecha 21 de noviembre del 2017, que contiene las reglas básicas de este proceso arbitral.

Que, los medios probatorios tienen como finalidad acreditar los hechos alegados por las partes, produciendo certeza en el Juzgador respecto a los puntos controvertidos.

Asimismo, los referidos medios probatorios deben ser valorados en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada y que, si no se prueba los hechos que sustentan su pretensión, la demanda será declarada infundada, de acuerdo a los principios generales de la prueba de la Unidad de la Prueba y Evaluación de

la Prueba, entre otros; los mismos que se encuentran recogidos en los artículos 197º y 200º del Código Procesal Civil.

Por su parte, el numeral 2) del artículo 39º de la Ley de Arbitraje, establece que las partes, al plantear su demanda y contestación, deberán aportar todos los documentos que consideren pertinente o hacer referencia a los documentos u otras pruebas que vayan a presentar o proponer.

ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

Primer punto controvertido

Determinar si corresponde o no declarar nula e ineficaz la Carta N° 005-2017-DP-OGA de fecha 22 de febrero de 2017, mediante la cual la Entidad resolvió el Contrato N° 004-2017-DP, y en consecuencia, si corresponde o no que la Entidad dé recepción y conformidad de los 24 equipos de aire acondicionado, con las características ofrecidas en el catálogo según la oferta del Contratista y lo ofrecido para la firma del contrato.

I.- Antecedentes

- 1) El 26 de Octubre del 2016 el Despacho Presidencial, en adelante la Entidad, convocó el procedimiento de selección Adjudicación Simplificada N° 024-2016-DP para el adquisición e instalación de 24 equipos de aire acondicionado, con un valor estimado de S/. 233,950.00 (doscientos treinta y tres mil novecientos cincuenta con 00/100 soles)
- 2) Dicho procedimiento de selección fue convocado bajo la vigencia de la Ley de Contrataciones del Estado, Ley N° 30225 y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N°350-2015-EF, en adelante el Reglamento.
- 3) El 29 de diciembre del 2016, el Comité de Selección, otorgó la buena pro al postor Sistema de Climatización y Refrigeración S.A.C. por el monto de S/ 223,440.00 Soles

4) Con fecha 20 de enero del 2017, luego del procedimiento de selección Adjudicación Simplificada N° 024-2016-DP, se suscribió el Contrato N° 004-2017-DP para la "Adquisición de 24 Equipos de Aire Acondicionado"

II.- Aspectos a desarrollar

- 1) De los actuados se tiene que el procedimiento de selección materia del presente arbitraje tenía por objeto la adquisición de 24 equipos de aire acondicionados incluyendo instalación y desmontaje de equipos de aire acondicionado que reemplazará a los equipos adquiridos para los diferentes ambientes del Despacho Presidencial.
- 2) La descripción y detalle de los bienes está contendida en la cláusula tercera numeral 3.1 del Contrato N° 004-2017-DP, plazo y condiciones de entrega, así como en las bases del procedimiento en las Especificaciones Técnicas y en la Orden de Compra N° 0000037-2017 de fecha 07 de febrero del 2017.
- 3) Con relación al plazo de entrega, tanto en el contrato, cláusula quinta como en las bases numeral 6.- Plazo, las partes pactaron que para la entrega e instalación de los equipos y sus accesorios complementarios sería ejecutado en el plazo máximo de 30 días calendarios, computados a partir del día siguiente de suscrito el respectivo contrato.
- 4) Otro punto que vale la pena resaltar del mencionado procedimiento de selección es que el contratista suscribió y presentó la Declaración Jurada de Cumplimiento de las especificaciones técnicas en su propuesta técnica.
- 5) Que, la demandante mediante Carta Notarial N° 018-2017-DP-OGA/OA del 15 de febrero del 2017, requiere a la empresa el cumplimiento de su obligación contractual referida a la subsanación de observaciones presentadas, debido a que los equipos de aire acondicionado que pretendía ingresar tienen una capacidad de enfriamiento distinta a la consignada en la Guía de Remisión N°003221, otorgándole un plazo de dos (2) días para que ejecute su prestación y proceda a la entrega e instalación de los equipos de aire acondicionado con la capacidad de enfriamiento y demás características, bajo apercibimiento de resolución de contrato.

10 /

- 6) Ante el incumplimiento, es decir la Entidad consideró que el contratista no subsanó las observaciones, remite la Carta Notarial N° 005-2017-DP-OGA del 21 de febrero del 2017, resolviendo el contrato la cual fue recibida por el contratista el 22 de febrero del 2017.
- 7) En atención a ello, se tiene que la Entidad, sostiene que dichos bienes no cumplen con las especificaciones técnicas, dado que requería de equipos de aire acondicionado con una capacidad de enfriamiento de 24000, 36000 y 60000 BTU, sin embargo, se pretendieron ingresar equipos con capacidad de enfriamiento distinta, hecho que fue advertido por el área de almacén, conforme lo establecen el contrato y las bases de Adjudicación Simplificada N° 024-2016-DP que dice:

CONCEPTO	CANTIDAD	PRECIO UNITARIO(S/)	PRECIO TOTAL
SUMINISTRO E INSTALACIÓN DE EQUIPOS DE 24000 BTU-PARED-R410- INVERTER-FRIO	2	6,020.00	12,040.00
SUMINISTRO E INSTALACIÓN DE EQUIPOS DE 24000 BTU-PARED-R410- INVERTER-FRIO CALOR	9	7,200.00	64,800.00
SUMINISTRO E INSTALACIÓN DE EQUIPOS DE 24000 BTU-PISO TECHO RA410-INVERTER- FRIO	1	7,400.00	7,400.00
SUMINISTRO E INSTALACIÓN DE EQUIPOS DE 24000 BTU-PISO TECHO RA410-INVERTER- FRIO/CALOR	2	7,600.00	15,200.00
SUMINISTRO E INSTALACIÓN DE EQUIPOS DE 36000 BTU-PISO TECHO RA410-INVERTER- FRIO	5	10,600.00	53,000.00
SUMINISTRO E INSTALACIÓN DE EQUIPOS DE 60000 BTU-PISO TECHO RA410-INVERTER- FRIO	5	14,200.00	71,000.00
	24	TOTAL SOLES	223,440.00

- 8) De los argumentos esgrimidos por las partes se advierte que el punto central de la controversia radica en que los bienes materia de cuestionamiento 24 equipos para aire acondicionado, no responderían a los requerimientos técnicos mínimos, especificaciones técnicas solicitadas en las bases del procedimiento de selección, específicamente que los equipos para aire acondicionado tenían que producir el nivel de enfriamiento.
- 9) Sobre el particular, debemos señalar que se tiene el Informe N° 029-2017- DP-OPE de fecha 15 de febrero del 2017, del Director de Operaciones del Despacho Presidencial, en calidad de área usuaria que señala lo siguiente:

En la verificación de los 24 equipos de aire acondicionado, se observa que la mayoría de los bienes físicos no ingresados NO CORRESPONDEN con lo estipulado en la Guía de Remisión como se detalla a continuación:

CONCEPTO SEGÚN GUÍA DE REMISIÓN	CANTIDAD VERIFICADA	OBSERVACIONES
EQUIPOS DE 24000 BTU PARDE R410-INVERTER FRIO	2	MARCA YORK, 24000 BTU según placa. Cumplen con lo estipulado en la Guía de Remisión N° 001-003221
EQUIPOS DE 24000 BTU PARDE R410-INVERTER FRIO/CALOR	9	MARCA YORK según placa se visualiza 22,520 (frio)/ 24,400(calor) BTU en la Unidad evaporadora. No se visualiza en la placa de la Unidad Condensadora. NO cumple con lo estipulado en la Guía de Remisión N° 001-003221
EQUIPOS DE 36000 BTU TECHO R410-INVERTER FRIO	5	Marca Sansumg según placa se visualiza en placa de la Unidad Condensadora. NO cumple con lo estipulado en la Guía de Remisión N° 001-003221
EQUIPOS DE 60000 BTU PARED R410-INVERTER FRIO	5	Marca Samsung según placa, se visualiza 54,000 BTU tanto la Unidad evaporadora como en la Unidad condensadora. No cumple lo estipulado en la Guía de Remisión N° 001-003221
TOTAL	21	

- 10) Del informe precitado se advierte, que la Guía de Remisión N° 001-003221, detallaba los 21 equipos de aire acondicionado con las especificaciones técnicas establecidas en las bases y el contrato, sin

embargo, de la verificación de las especificaciones técnicas de los bienes a ser internados éstos no cumplían con lo detallado en la referida guía.

11) Así, por ejemplo, en el contrato se estableció que las especificaciones técnicas para los nueve (9) equipos: SUMINISTRO E INSTALACIÓN DE EQUIPOS DE 24000 BTU-PARED-R410-INVERTER-FRIO CALOR, y los equipos a ser entregados por el contratista se verificó la siguiente característica técnica: 22,520 (frio) y 24,000 (calor).

12) Por otro lado, se tiene el Acta de Entrega de Equipos de Aire Acondicionados de fecha 23 de marzo del 2017, la cual es suscrita por el representante de la empresa, Sr. Marcial Víctor Chaupis Armas, representante del Despacho Presidencial el Sr. Augusto Escobar Iglesias, Sr. Francis Pittman Villarreal representante de la Oficina de Operaciones y el Sr. Cesar Ruiz López representante del área de almacén. Dicha acta hace una descripción detallada de los bienes entregados (21 equipos) por el contratista.

13) Sobre este aspecto, es importante precisar que el contratista en su demanda específicamente el sustento de su primera pretensión refiere lo siguiente: *"que la Entidad cumpla con dar recepción y conformidad de los equipos de aire acondicionado, con las características en el catálogo, según su oferta y lo ofrecido para la firma del contrato, asimismo señala, que los bienes ofrecidos cumplen con los requerimientos técnicos ofrecidos en su propuesta técnica y que las características presentadas es lo mismo, con lo requerido, más aún, dando una lectura literal a los requerimientos solicitados, debemos señalar que no existe en el mercado"*. (Énfasis agregado)

14) De los citados documentos, queda claro que los bienes, en este caso los 21 equipos entregados por la demandante para su conformidad por parte del área competente, son distintos técnicamente a lo solicitado en las bases del procedimiento de selección y de lo pactado en el contrato, si bien los bienes ofrecidos cumplían con los requerimientos técnicos, en su propuesta técnica y en sus catálogos y que fueron declarados conforme por el Comité de Selección a cargo del proceso, esto no lo exime de responsabilidad de cumplir con la prestación conforme a lo pactado en la cláusula tercera del contrato, que deriva de las bases integradas.

15) Respecto a lo expuesto en la demanda, sobre la posibilidad de recepcionar bienes que reemplaza y cumple con los requerimientos técnicos solicitados

por la Entidad, debido a que las especificaciones técnicas en las bases constituyán un error de la Entidad, pues no existen en el mercado peruano.

- 16) Sobre el particular, corresponde señalar que de conformidad con lo dispuesto en el numeral 16.1 del artículo 16 de la Ley, *"El área usuaria requiere los bienes, servicios u obras a contratar, siendo responsable de formular de manera objetiva y precisa las especificaciones técnicas, términos de referencia o expediente técnico, respectivamente, además de justificar la finalidad pública de la contratación. Los bienes, servicios u obras que se requieran deben ser orientados al cumplimiento de las funciones de la Entidad"*.
- 17) En este punto, resulta pertinente precisar que de acuerdo a lo previsto en el Anexo Único del Reglamento, Anexo de Definiciones, las "**Especificaciones Técnicas**" equivalen a la "Descripción de las características técnicas y/o requisitos funcionales del bien a ser contratado. Incluye las cantidades, calidades y las condiciones bajo las que deben ejecutarse las obligaciones"; asimismo, los "**Términos de Referencia**" constituyen la "Descripción de las características técnicas y las condiciones en que se ejecuta la contratación de servicios en general, consultoría en general y consultoría de obra
- 18) De los artículos citados se advierte que, en la fase de programación y actos preparatorios de un procedimiento de selección, el área usuaria como responsable de la adecuada formulación del requerimiento, debe describir de manera objetiva y precisa las características y requisitos de los bienes y/o servicios idóneos para cumplir con la finalidad pública de la contratación. No obstante, el requerimiento puede ser modificado como consecuencia de las indagaciones de mercado, siendo necesario para ello la aprobación del área usuaria.
- 19) Del mismo modo, dicho requerimiento puede ser objeto de modificación durante el procedimiento de selección como resultado de una consulta u observación, debiendo solicitarse la autorización del área usuaria y remitir dicha autorización a la dependencia que aprobó el expediente de contratación para su aprobación, conforme lo indica el numeral 51.3 del artículo 51 del Reglamento.
- 20) Al respecto, en los actuados no consta que durante el procedimiento de selección el participante Sistema de Climatización y Refrigeración S.A.C u otro participante haya realizado alguna consulta u observación relacionada

a las especificaciones técnicas de los equipos objeto de la convocatoria, no existen en el mercado, así como tampoco durante el procedimiento de suscripción del contrato, en calidad de ganador de la buena pro.

- 21) Se realiza esta precisión, en tanto la parte demandante ha manifestado que los requerimientos efectuados por la Entidad no existen en el mercado y que los bienes ofrecidos cumplen con los requerimientos técnicos ofrecidos en su propuesta técnica y que las características presentadas es lo mismo, con lo requerido por la Entidad, de lo que se puede advertir que el contratista pretendía entregar bienes con especificaciones técnicas diferentes a lo requerido por la Entidad.
- 22) Efectuada la precisión anterior, corresponde analizar si la normativa de contrataciones del Estado, en la fase de ejecución contractual, contempla como supuesto de modificación de un contrato a un hecho no sobreviniente a su perfeccionamiento.
- 23) Sobre el particular, el numeral 34.1 del artículo 34 de la Ley establece que *"El contrato puede modificarse en los supuestos contemplados en la Ley y el reglamento, por orden de la Entidad o a solicitud del contratista, para alcanzar la finalidad del contrato de manera oportuna y eficiente. En este último caso la modificación debe ser aprobada por la Entidad. (...)"*
- 24) Como se advierte de la normativa citada, la modificación del contrato- a que se refiere el artículo 31-A de la Ley- presupone que el hecho generador del mismo sea sobreviniente a su perfeccionamiento y que no sea imputable a alguna de las partes, en tal sentido, no resulta posible modificar el contrato por hechos que no son sobrevinientes al perfeccionamiento del mismo o que no son imputables a alguna de las partes, inclusive si el contratista ofreciera mejoras en los bienes o servicios.
- 25) En el presente caso, la Entidad mediante Informe N° 0029-2017-DP-OPE e Informe N°000148-2014-IN-DGTIC-DREC concluyó que las especificaciones técnicas de los equipos entregados por la empresa no tienen la capacidad de enfriamiento solicitada en las bases y en el contrato.
- 26) En tal sentido, la normativa de contrataciones del Estado no contempla la posibilidad de que el contratista entregue bienes con mejores características técnicas, cuando la Entidad considera que los bienes

propuestos no cumplen ni superan las especificaciones técnicas solicitadas en el contrato.

- 27) En consecuencia, la posibilidad de entregar bienes similares o superiores que cumplan con la finalidad contractual la norma es clara y precisa en señalar que la Entidad podrá hacerlo pero siempre y cuando se haga responsable de tales modificaciones, por ello conforme a los documentos que obran en autos no aceptó los equipos de aire acondicionado materia de Litis, por lo que el demandante no podía dar por cumplida su prestación ofreciendo o entregando bienes similares o superiores teniendo a su vez la posibilidad de emplear los mecanismos establecidos en el contrato para salvaguardar sus derechos.
- 28) Finalmente, al momento de ejecutar las prestaciones a su cargo, el contratista debió observar las características, especificaciones técnicas, precios, plazos y demás condiciones establecidas en el contrato. Por ello, no resulta amparable la primera pretensión de la demanda.

III.- Sobre la causal de Resolución de Contrato N° 004-2017-DP para la "Adquisición de 24 Equipos de Aire Acondicionado"

- 1) En ese orden de ideas y para efectos de determinar la procedencia o no de la resolución contractual efectuada por la Entidad corresponde analizar la normatividad aplicable, así tenemos que el inciso 1, del artículo 135 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado prescribe que se resolverá el contrato a "quien incumple injustificadamente obligaciones contractuales legales o reglamentarias a su cargo, pese a ser requerido para ello".
- 2) Por otro lado, el artículo 136 del mismo cuerpo legal señala que "si alguna de las partes falta al cumplimiento de sus obligaciones, la parte perjudicada deberá requerir mediante carta notarial para que las ejecute en un plazo no mayor a cinco (5) días bajo apercibimiento de resolver el contrato. Si vencido dicho plazo el incumplimiento continúa, la parte perjudicada resolverá el contrato en forma total o parcial mediante carta notarial".

- 3) El Artículo 135º del acotado, bajo la sumilla CAUSALES DE RESOLUCIÓN, regula tres causales de resolución por incumplimiento, señalándose en el primer párrafo que la Entidad, podrá resolver el contrato, de conformidad con el Artículo 36º de la Ley de Contrataciones, en los casos en que el contratista:
1. Incumpla injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese a haber sido requerido para ello.
 2. Haya llegado a acumular el monto máximo de la penalidad por mora o el monto máximo para otras penalidades, en la ejecución de la prestación a su cargo; o
 3. Paralice o reduzca injustificadamente la ejecución de la prestación, pese a haber sido requerido para corregir tal situación.
- 4) El artículo 136º del Reglamento, establece el procedimiento de resolución de contrato señalando lo siguiente:
- a. La parte perjudicada deberá requerir al perjudicante, mediante carta notarial para que las satisfaga en un plazo no mayor a cinco (5) días, bajo apercibimiento de resolver el contrato. Dependiendo del monto contractual y de la complejidad, envergadura o sofisticación de la contratación, la Entidad deberá establecer plazos mayores, pero en ningún caso mayor a quince (15) días, plazo que se otorgará necesariamente en el caso de obras.
Vencido dicho plazo, si el incumplimiento continúa la parte perjudicada resolverá el contrato en forma total o parcial, comunicando mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato.
 - b. No será necesario efectuar un requerimiento previo cuando la resolución de contrato se deba a la acumulación del monto máximo de penalidad por mora, o por otras penalidades, o cuando la situación de incumplimiento no pueda ser revertida. En este caso, bastará comunicar al contratista mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato.
- 5) Habiendo señalado cuales son las causales y el procedimiento para la resolución del contrato, corresponde determinar si la Entidad cumplió con

las formalidades establecida en la Ley y su Reglamento, toda vez que obra en autos la resolución que propuso aquél.

- 6) Que, en ese sentido la demandada dio inicio al procedimiento de resolución señalado en el punto anterior requiriendo a la demandante, sustentando la resolución de contrato en su Carta Notarial 018-2017-DP-OGA/OA del 15 de febrero del 2017, en donde requiere a la empresa demandante el cumplimiento de su obligación contractual referida a la subsanación de las observaciones a los bienes entregados, debiendo subsanar las mismas en un plazo de dos (02) días calendarios para que cumpla con su prestación.
- 7) Que al no haber subsanado la demandante el incumplimiento, mediante Carta Notarial N° 005-2017-DP-OGA del 21 de febrero del 2017, la Entidad procedió a resolver el Contrato N°004-2017-DP.
- 8) Que, analizada la forma en la que se efectúo la resolución contractual y concordancia con lo descrito en los artículos 32º y 36º de la Ley de Contrataciones con el Estado y artículos 135º, 136º y 137º de su Reglamento se han cumplido con la formalidad descrita en la ley.
- 9) Puede entonces verificarse que la demandada en apariencia cumplió con las formalidades establecidas en la ley de la materia para resolver el contrato, quedando así demostrado por la exposición de hechos realizada a lo largo del presente proceso, así como de los medios probatorios y documentos que obran en autos.
- 10) Que habiéndose cumplido con la formalidad de la resolución contractual corresponde que la Árbitra Única analice el fondo del asunto en cuanto a la causal invocada, puesto que la parte demandante cuestiona tal hecho invocado que la causal no le es imputable ya que en ningún momento han incumplido con sus obligaciones contractuales ni reglamentarias.
- 11) Que, corresponde analizar el actuar de las partes en el desarrollo del contrato para determinar el incumplimiento que eventualmente justifique la resolución contractual, en ese sentido de los actuados y documentos presentados por las partes puede apreciarse que se debe definir si la causal invocada en la resolución contractual invocada por la demandada con fundamentos de fondo de la misma se verificaron en la realidad, constituyendo un incumplimiento del demandante y por lo tanto la resolución es procedente o si por el contrario tal causal no se configuró y

por lo tanto corresponde declarar la nulidad de la resolución contractual materia de Litis.

- 12)En este punto es importante determinar que la demandante solicita a la Árbitra Única se pronuncie sobre la resolución del contrato, debiéndose analizar si esta es procedente o no, conforme a los hechos descritos. En este sentido, la Árbitra Única considera oportuno, precisar ciertos puntos doctrinarios y legales sobre la resolución del contrato e incumplimiento imputable a alguna de las partes, sobre todo si tenemos en cuenta que nos encontramos ante un hecho fáctico y legal de un contrato resuelto, siendo materia de la controversia calificar dicha resolución en base a los hechos expuestos por las partes.
- 13)Prescribe el artículo 1361 del Código Civil que los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos, presumiéndose que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y que la que niegue esa coincidencia debe probarla; mientras que el artículo 1362 del mismo indica que los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y la común intención de las partes. Según el artículo 1321 de este Código queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo o culpa inexcusable, quedando eximida de responsabilidad la parte que no pueda cumplir sus obligaciones o lo hace de modo tardío o defectuoso a pesar de actuar con diligencia debida, si hubiese mediado imposibilidad, caso fortuito o fuerza mayor (arts. 1314, 1315 y 1316 del Código Civil).
- 14)Cuando, fuera de los casos de exoneración antes enunciados, se incumplen las obligaciones contractuales se origina la resolución del contrato, esto es, se extingue el mismo y es procedente la aplicación de penalidades y las indemnizaciones previstas en el contrato y/o en la norma legal pertinente.
- 15)En los contratos bilaterales con prestaciones recíprocas, cuando una de las partes falta al cumplimiento de sus prestaciones la otra parte puede solicitar el cumplimiento o la resolución del contrato (art. 1428 del Código Civil); pero cuando está pactada la "condición de resolutoria expresa" o ella está determinada por ley, la parte que se perjudique con el incumplimiento de la otra puede requerirla mediante carta notarial para que satisfaga su prestación dentro de un plazo no menor de 15 días, bajo apercibimiento de que, en caso contrario, el contrato quede resuelto. Si la

prestación no se cumple dentro del plazo concedido el contrato se resuelve de pleno derecho, quedando a cargo del deudor la indemnización por daños y perjuicios (arts. 1428, 1429 y 1430, ídem)

- 16) El artículo 36º de la Ley de Contrataciones del Estado señala que la resolución por incumplimiento opera de pleno derecho previo el requerimiento remitido por carta notarial, si es que el contratista incumple sus obligaciones y la Entidad hace la observación correspondiente del incumplimiento, esto es, formula la intimación o requerimiento, conforme lo disponen los artículos 135 y 136 del Reglamento.
- 17) En caso no corregirse este incumplimiento, la Entidad podrá resolver el contrato remitiéndole al contratista una carta notarial manifestando su decisión de resolver y el motivo que justifique. El contrato quedará resuelto, de pleno derecho, a partir de la recepción por el contratista de dicha comunicación.
- 18) Igual derecho tiene el contratista frente a la Entidad por el incumplimiento de ésta de sus obligaciones esenciales.
- 19) Los artículos 135º y 136º del Reglamento contienen, respectivamente, las causales de resolución imputables al contratista y la forma y modo para requerir el cumplimiento de prestaciones insatisfactorias o defectuosas, dividiéndose las obligaciones esenciales, legales y reglamentarias.
- 20) Vemos, pues, que la normatividad legal peruana respecto a los contratos celebrados por entidades estatales, (la comprende básicamente la Ley de Contrataciones del Estado, su Reglamento y el Código Civil) ha adoptado, respecto a la resolución de los contratos, el principio de la condición resolutoria expresa consignada obligatoriamente en los contratos por mandato del artículo 32 de la normatividad antes expuesta.
- 21) Dicha condición se compone de un requerimiento previo y de una comunicación de resolución remitida notarialmente que opera, a su recepción, de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial previa. Alterini¹ afirma al respecto: "no cumplida la prestación, el acreedor podrá requerir al incumpliente el cumplimiento de sus obligación. Fracasado este requerimiento quedarán resueltas, sin más las obligaciones emergente del

¹ Atilio Aníbal Alterini- Contratos Civiles- Comerciales-De Consumo-Teoría General-Abeledo-Perrot, Bs Aires, pág.506

contrato". El mismo Alterini decía sobre el requerimiento que éste debe ajustarse a estos requisitos:

1. "Debe exigir el cumplimiento de las condiciones pactadas.
2. Debe ser expreso y claro, como recaudo paralelo que es propio para constituir en mora.
3. Debe ofrecer la cooperación de requirente cuando ello se menester, así como el cumplimiento correlativa si ésta es exigible.
4. Debe conceder un plazo no inferior a quince días salvo que los usos o los pactos expresos (o la ley) establecieran uno menor.
5. Debe contener el apercibimiento de tener por resuelto el contrato (si no satisface el cumplimiento)
6. Es conveniente que en la intimación se exija el pago de la indemnización".

22) Dentro del principio de la condición resolutoria expresa adoptado por la normatividad legal peruana a que se hace referencia, el legislador no ha querido que la resolución se aplique indiscriminadamente ni por causas irrelevantes, bajo el criterio favorable a la preservación del contrato hasta donde sea razonablemente posible, teniendo en cuenta que, al ser la resolución de pleno derecho, ésta actúa de modo inmediato (art. 1429 el Código Civil y 40 de la Ley de Contrataciones del Estado) y es, pues, casi irreversible en la mayor parte de la veces; de modo tal que, generalmente, ya no revive el contrato resuelto quedando por dilucidar únicamente, en la vía arbitral, si la resolución es justa o no y, en esa situación, a quien corresponde asumir el pago de la indemnización correspondiente.

23) En el caso materia de autos y atendiendo que se ha verificado que las partes actuaron de buena fe y tuvieron la intención expresa de conservar la vigencia del contrato y cumplir con el mismo y en consecuencia encontrándonos ante un hecho fáctico y real que es un contrato resuelto en forma legal por la demandada aunque presumiblemente injusta ante la imposibilidad del incumplimiento de la prestación, corresponde calificar si la demandada tenía la facultad de resolver el mismo en función al incumplimiento de la otra, y atendiendo al principio de equidad y buena fe contractual esta Árbitra Única debe pronunciarse sobre la principal causa de dicho incumplimiento y a quien corresponde pronunciarse el inicio de tales conductas, con la finalidad de dilucidar la incertidumbre jurídica

16/

puesta bajo análisis en el presente proceso, si bien es cierto siempre existe la posibilidad de calificar el primer incumplimiento se debe tener en cuenta que en bases al principio de buena fe y conservación del contrato se debe calificar el mismo en función a que las partes trataron de sacar adelante el contrato encontrándose al final con una situación insostenible por causas imputables a la demandante.

24) Que, la Árbitra Única, luego de evaluar los argumentos de las partes, de examinar los medios probatorios expuestos y de los actuados y lo expresado en sus alegatos e informes orales y en mérito a lo establecido en el contrato y en la ley, puede concluir en lo siguiente:

24.1 Que, la demandada tuvo razones suficientes para resolver el contrato materia de Litis, y siguió el procedimiento adecuado para resolver el contrato conforme a lo establecido en la ley de la materia, que si bien es cierto la demandante se encontraba en la imposibilidad de cumplir con la entrega de los equipos que aparentemente se encontraban descontinuados no utilizó las herramientas legales que le facultaba el contrato, y la ley para hacer valer sus derechos y no incurrir en incumplimiento de la entrega de los equipos con las especificaciones técnicas establecidas en el bases del procedimiento y lo pactado en el contrato.

24.2 No tomó las previsiones del caso ni utilizó los mecanismos que establecía el contrato para salvaguardar sus derechos, en consecuencia sus omisiones produjeron la configuración de su propio incumplimiento ante lo cual la demandada simplemente activo el procedimiento de resolución contractual que la ley le amparaba.

25) Estando a lo expuesto en los puntos precedentes, esta Árbitra Única considera que no existe elementos para declarar la nulidad o ineficacia de la Carta Notarial N° 005-2017-DP-OGA de fecha 22 de febrero del 2017 mediante la cual la Entidad resuelve el Contrato N° 004-2017-DP de fecha 20 de enero del 2017, con lo cual corresponde declarar infundada la primera pretensión del demandante.

10/1

Respecto del segundo punto controvertido

Determinar si corresponde o no declarar nula e ineficaz la Carta N° 002-2017-DP-OGA de fecha 13 de febrero de 2017, mediante la cual la Entidad deniega la solicitud de ampliación de plazo.

- 1) Sobre el particular, la parte accionante precisa que el sustento de la solicitud de ampliación de plazo está referida a la falta de notificación de la orden de compra que generó la no entrega de los bienes.
- 2) Señala además que el plazo de ejecución fue de 30 días calendarios los cuales vencían el 19 de febrero del 2017 y que el hecho generador de la demora se configuró cuando no permitieron entregar los bienes por la falta de la orden de compra y la culminación cuando permitieron ingresar los bienes, afectando el plazo de ejecución, solicitando los 17 días calendarios.
- 3) Asimismo, precisa que en estricto no procedía la solicitud de ampliación de plazo, toda vez que, el plazo de ejecución contractual debió computarse desde el día siguiente a la entrega de la orden de compra, es decir desde el 08 de febrero de 2017, siendo que el plazo final vencía el 09 de marzo del 2017.
- 4) La posición de la Entidad se basa que la normativa de contrataciones del Estado establece que el plazo para la entrega de suministro de bienes se computa desde el día siguiente de la suscripción del contrato, salvo que las condiciones establecidas en las bases señalen algo distinto; por lo que al momento de evaluarse la solicitud de ampliación de plazo de fecha 10 de febrero de 2017 se advirtió que la misma no se encontraba en el artículo 140° del Reglamento, ya que su argumento para su solicitud fue el impedimento de entrega de los bienes por no haber sido notificados oportunamente con el orden de compra.
- 5) Sobre el particular, es importante precisar que la parte demandante no ha acreditado documentariamente que la Entidad no permitió el ingreso de los bienes por la falta de la orden de compra.
- 6) Por el contrario, la Entidad alega que el área de almacén no permitió el ingreso de los equipos de aire acondicionado que pretendía ingresar el contratista en la medida que se advirtió que los mismos no guardaban relación con lo descrito en la Guía de Remisión, pues detallaban una capacidad de enfriamiento distinta a la requerida.

- 7) Al respecto, el Contrato N° 004-2017-DP, establece en su cláusula quinta que el plazo de ejecución del contrato es de treinta (30) días calendario el mismo que se computa a partir del día siguiente de la suscripción del contrato y que referido plazo incluye la entrega e instalación de los equipos y sus accesorios complementarios.
- 8) En ese sentido, debe indicarse que el artículo 115º del Reglamento señala cuáles son los casos en los que el contrato se perfecciona con la suscripción del documento que lo contiene, y qué casos se perfecciona con la recepción de la orden de compra (tratándose de bienes) o de servicios.
- 9) Así, el artículo citado precedentemente, prevé que el contrato puede perfeccionarse con la recepción de la orden de compra, en los siguientes casos: i) cuando se trate de procedimientos de subasta inversa electrónica y adjudicación simplificada para bienes, conforme a lo previsto en los documentos del procedimiento de selección, siempre que el monto del valor referencial no supere los cien mil soles (S/ 100 000,00); ii) en el caso de procedimientos de selección por relación de ítems, cuando el monto del valor referencial del ítem no supere los cien mil soles (S/ 100 000,00); y, iii) tratándose de Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco y comparación de precios, en los que el contrato siempre se perfecciona mediante la recepción de la orden de compra (en el caso de bienes).
- 10) Por tanto, tomando en consideración que –en determinados supuestos la recepción de una orden de compra constituye el perfeccionamiento del contrato; se aprecia que en el marco de la normativa de contrataciones del Estado, la orden de compra (tratándose de bienes) resulta equivalente al contrato, en tanto que dicho documento es el acuerdo para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica dentro de los alcances de la normativa en mención, conforme a la definición de “contrato” previsto en el Anexo Único del Reglamento, Anexo de Definiciones.
- 11) En el presente caso, el contrato en referencia derivada de una Adjudicación Simplificada N° 024-2016-DP cuyo objeto fue la adquisición de 24 equipos de aire acondicionado, por el monto de S/ 223,440.00 (Doscientos veintitrés mil cuatrocientos cuarenta con 00/100 Soles), no siendo aplicable los supuesto contemplados en el artículo 115º del Reglamento.

- 12)En consecuencia, conforme a lo establecido en el artículo antes citado y a lo pactado por las partes en el contrato, el plazo de ejecución contractual se computa a partir del día siguiente de la suscripción del contrato y no con la recepción de la orden de compra N° 037-2017 de fecha 07 de febrero del 2017.
- 13)En ese sentido, la causal invocada en la solicitud de ampliación de plazo por 17 días calendario no se enmarca en las causales establecidas en el artículo 140º del Reglamento, por ello la denegatoria de ampliación de plazo realizada por la Entidad mediante Carta N° 002-2017-DP-OGA de fecha 13 de febrero de 2017, resulta ser válida dado que se encuentra acorde con la normativa de contratación pública.

Respecto del tercer punto controvertido

Determinar si corresponde o no declarar que la Entidad debe cumplir con pagar por concepto de indemnización por daños y perjuicios la suma de S/. 450,000.00 (cuatrocientos cincuenta mil y 00/10 soles)

Conforme ha quedado establecido en el presente laudo arbitral, la primera pretensión de la demanda ha sido declarada Infundada. En tal sentido, no corresponde efectuar mayor análisis respecto a determinar si la Entidad cumpla con el pago de una indemnización por daños y perjuicios por el monto de S/ 450,000.00 Soles.

Respecto del cuarto punto controvertido

Determinar si corresponde o no declarar que la Entidad asumirá la totalidad de las costas y costos que se generen del presente proceso arbitral.

En este punto la Árbitra Única debe determinar a quién corresponde el pago de los costos, costas y gastos arbitrales que genera el presente proceso arbitral.

El numeral 1) del artículo 72º del Decreto Legislativo N° 1071, dispone que los árbitros se pronunciarán en el laudo arbitral sobre la distribución de los costos indicados en su artículo 70º. Asimismo, el numeral 1) del artículo 73º del citado cuerpo normativo señala que los árbitros deben tener presente, de ser el caso, lo pactado en el convenio arbitral; además, tal norma legal establece que si el convenio arbitral no contiene pacto alguno sobre los gastos, los costos del

arbitraje serán de cargo de la parte vencida; sin embargo, los árbitros podrán distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estiman que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

En el convenio arbitral contenido en la cláusula décimo séptima del Contrato, las partes no han establecido pacto alguno acerca de los costos indicados en el artículo 70º del Decreto Legislativo N° 1071.

Las partes han asumido en partes iguales los gastos arbitrales liquidados en este arbitraje. 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 a la Árbitro Única 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 a la Árbitro Única 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 Única considera que las partes Sistema de Climatización y Refrigeración S.A.C. y Despacho Presidencial – Presidencia del Consejo de Ministros no tienen el deber de restituirse los gastos arbitrales que cancelados por éstos.

Respecto del quinto punto controvertido

Determinar o no que la Entidad devuelva al contratista el monto de la garantía de fiel cumplimiento del presente proceso arbitral.

El Contratista solicita que la Entidad le devuelva la carta fianza de garantía de fiel cumplimiento del contrato.

Sobre el particular, Garantías de la cláusula séptima del contrato que rige las relaciones jurídicas de las partes, establece que la garantía de fiel cumplimiento de contrato deberá estar vigente hasta la conformidad de la recepción de la prestación.

Con relación a la vigencia de la garantía de fiel cumplimiento, el artículo 126 del Reglamento precisa que esta debe "(...) tener vigencia hasta la conformidad de la recepción de la prestación a cargo del contratista, en el caso de bienes, servicios en general y consultorías en general, o hasta el consentimiento de la liquidación final, en el caso de ejecución y consultoría de obras".

De los medios probatorios verificados, que se relacionan con lo resuelto en la primera pretensión, éstos se vinculan con el análisis de la presente pretensión en cuanto al estado y situación legal de la resolución de contrato. Es decir, la resolución de contrato realizada por el contratista ha sido declarada válida, por lo que surte sus efectos jurídicos.

En ese contexto, estando a que la decisión de resolver el contrato por la Entidad ha sido declarada procedente, y de acuerdo al criterio de la Árbitra Única, en armonía a lo establecido en el numeral 2) del artículo 130 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, es de opinión que esta pretensión no puede ser amparada.

DECISIÓN DE LA ÁRBITRA ÚNICA:

Que, finalmente, la Árbitra Única deja constancia que para la expedición de este laudo ha analizado todos los argumentos de defensa expuestos por las partes y ha examinado cada una de las pruebas aportadas por éstas de acuerdo a las reglas de la sana crítica y al principio de libre valoración de la prueba y que el sentido de su decisión es el resultado de ese análisis y de su convicción sobre la controversia, al margen de que algunas pruebas presentadas o actuadas y algunos de los argumentos esgrimidos por las partes no hayan sido expresamente citados en el presente laudo, habiendo tenido también presente durante la tramitación de todo este proceso arbitral y en las expediciones de este laudo, los principios que orientan y ordenan todo arbitraje y que fueron consignados en el Acta de Instalación de la Árbitra Única.

Por las razones expuestas, de conformidad con el Acta de Instalación y lo previsto en el Decreto Legislativo N° 1071, la Árbitra Única, dentro del plazo correspondiente, resolviendo en Derecho **LAUDA**:

PRIMERO: DECLARAR **INFUNDADA** la primera pretensión principal respecto a declarar nulidad o ineficacia de la resolución del Contrato N° 004-2017-DP de fecha 20 de enero del 2017, efectuada por la Entidad mediante Carta Notarial N° 005-2017-DP-OGA de fecha 22 de febrero del 2017.

SEGUNDO: DECLARAR **INFUNDADA** la segunda pretensión relacionada a declarar nula e ineficaz la Carta N° 002-2017-DP-OGA de fecha 13 de febrero del 2017 mediante la cual la Entidad deniega la solicitud de ampliación de plazo.

16 /

TERCERO: DECLARAR **IMPROCEDENTE** la tercera pretensión relacionada al pago de una indemnización por daños y perjuicios por la suma de S/ 450,000.00 Soles.

CUARTA: DECLARAR **INFUNDADA** la cuarta pretensión de la demanda y DISPONER que cada parte asuma las costas y costos que el presente proceso le hubiese podido irrogar.

QUINTA: DECLARAR **INFUNDADA** la quinta pretensión de la demanda relacionada a que la Entidad cumpla con la devolución de garantía de fiel cumplimiento de Contrato N° 004-2017-DP, por la suma de S/ 22,344.00 Soles.

SEXTA: PUBLIQUESE el presente laudo arbitral en el portal del SEACE del Organismo Supervisor de la Contrataciones del Estado-OSCE

EL PRESENTE LAUDO ES INAPELABLE Y TIENE CARÁCTER IMPERATIVO PARA LAS PARTES. EN CONSECUENCIA, FIRMADO, NOTIFIQUESE PARA SU CUMPLIMIENTO, CON ARREGLO A LA LEY GENERAL DE ARBITRAJE, NOTIFICÁNDOSE A LAS PARTES QUE SE HAN SOMETIDO AL ARBITRAJE, CON ARREGLO A LEY.

Notifíquese a las partes



Nidia Rosario Elías Espinoza
Árbitra Única