

Arbitraje seguido entre

TOPSALE. S.A.C

(Demandante)

Y

MINISTERIO DE EDUCACION – SEDE CENTRAL.

(Demandado)

LAUDO
(Pronunciamiento)

Árbitro Único

Dr. Luis Eduardo Adrianzén De Lama

Secretaría Arbitral

Dirección de Arbitraje del OSCE



CARÁTULA DEL LAUDO ARBITRAL

Número de Expediente de Instalación: S 051-2018/SNA-OSCE

Demandante: TOPSALE SAC.

Demandado: Ministerio de Educación –Sede Central. Unidad Ejecutora 24

Contrato (Número y Objeto): Orden de Compra N° 0000726-2017

Monto del Contrato: S/ 36,342.82

Cuantía de la Controversia: S/ 36,342.82

Tipo y Número de proceso de selección: Acuerdo Marco

Monto de los honorarios del Árbitro Único: S/ 7,646.57

Monto de los honorarios de la Secretaría Arbitral: S/ 4, 242,24

Árbitro Único: Abog. Luis Eduardo Adrianzén De Lama

Secretaría Arbitral: Dirección de Arbitraje del OSCE

Fecha de emisión del laudo: 3 de mayo 2022

(Unanimidad/Mayoría).

Número de folios:

Pretensiones (controversias relacionadas a las siguientes materias):

☐ Nulidad, invalidez, inexistencia y/o ineficacia del contrato

☒ Resolución de contrato

☒ Ampliación del plazo contractual

☐ Defectos o vicios ocultos

☐ Formulación, aprobación o valorización de metrados

☐ Recepción y conformidad

☐ Liquidación y pago

☐ Mayores gastos generales

☐ Indemnización por daños y perjuicios

☐ Enriquecimiento sin causa

☐ Adicionales y reducciones

☐ Adelantos

☒ Penalidades

☐ Ejecución de garantías

☐ Devolución de garantías

Otros(especificar)...Reconvención.....

.....

VISTOS:

En Lima, a los 3 días del mes de mayo del año dos mil veintidós, el Árbitro Único, luego de haber realizado las actuaciones arbitrales de conformidad con la ley y las normas establecidas por las partes, actuados los medios probatorios, escuchado los argumentos sometidos y deliberado en torno a las pretensiones planteadas en la demanda, contestación, y actuados dicta el laudo siguiente:

I DE LA INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL UNIPERSONAL.

Con fecha 24 de junio 2019 se realizó la audiencia de instalación en los términos que se consigna en el acta respectiva, la misma que fue suscrita por las partes.

II. DE LA DEMANDA

Topsale SAC. en adelante Topsale, el Contratista o el Demandante, con fecha 27 de marzo 2018 presentó su demanda arbitral planteando las Pretensiones las siguientes:

PETITORIO

PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Se deje sin efecto, la Carta Notarial N° 187-2017-MINEDU/SG-OGA de fecha 22 de diciembre de 2017, mediante el cual, deniega la solicitud de cambio de pedido de producto formulado mediante la Carta N° 105-2017/TOP.GG por una errada interpretación de la normativa de compra pública.

SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL: En el supuesto que se declare fundado, la primera pretensión principal, se ordene a la Entidad aceptar los productos ofrecidos en la Carta N° 105-2017/TOP.GG y otorgar el plazo de cuarenta(40) días calendarios.

TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL: En el supuesto que se declare fundada cualquiera de las pretensiones previamente señaladas, se deje sin efecto, la Carta Notarial N° 187-2017-MINEDU/SG-OGA de fecha 22 de diciembre de 2017 en el extremo que nos requiere que en el plazo de tres (03) días entreguemos un producto desfasado tecnológicamente.

CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL: En el supuesto que se declare fundada cualquiera de las pretensiones previamente señaladas, se deje sin efecto, la Carta Notarial N° 004-2018/SG-OGA que resolvió la Orden de

Compra N° 000726-2017.

PRIMERA PRETENSIÓN ALTERNATIVA: En el supuesto negado, que su Digno Tribunal Arbitral considere que no corresponde atender todos y/o cualquiera de las pretensiones previamente señaladas, se proceda a resolver la Orden de Compra N° 000726-2017 sin culpa del Contratista o por caso fortuito o fuerza mayor y se ordene la devolución de los bienes que fueron ingresados el 1 de febrero de 2018.

FUNDAMENTOS DE HECHO

Señala la Contratista que para una mejor comprensión de la controversia, es pertinente referir los hechos que le dieron origen:

Entrega de cuatro (04) escáner con un plazo de entrega de cuarenta días calendarios.

Refiere el Contratista que el plazo máximo para la entrega del bien, vencía el 18 **de diciembre de 2017**.

El 03 de noviembre de 2017, remitió vía correo electrónico al representante del fabricante HP (Anexo 1-E), la referida orden de compra donde señaló lo siguiente:

"Les envío nuestra orden de compra 2017-226, favor su ayuda confirmando la recepción y atención, tener en cuenta los plazos de atención puesto que estos equipos son para una entidad del Estado y corremos riesgo de penalidad".

El 07 de noviembre de 2017, el representante del fabricante de HP responde el correo electrónico (Anexo 1-F), indicando:

"Hola Terry, buenos días:

Disculpa la demora de responder mi correo, te comento que los scanner N° 9120 ya han sido procesados para que llegue a tiempo en la fecha indicada en la orden de compra".

Como se observa, su representada diligentemente solicitó al fabricante, la atención de los bienes materia de la Orden de Compra del MINEDU. Se adjunta proceso de compra que nuestra representada sigue para las atenciones de todas sus órdenes de compra recibidas.

Así, conforme a las llamadas telefónicas sostenidas con el representante del fabricante de HP, el producto requerido sería presentado dentro de la fecha.

En atención a ello, el 05 de diciembre de 2017, solicitamos mediante correo electrónico (Anexo 1-G) al representante del fabricante de HP que nos indique el estado del producto, bajo el siguiente tenor:

"El presente es para solicitar tu ayuda con el estatus de la orden de compra adjunta, según fechas debería estar próxima ingresar, favor es muy urgente este pedido.

No obstante, el representante del fabricante de HP no respondió el correo por lo que el 11 de diciembre de 2017, reiteramos nuestro pedido con el siguiente correo electrónico (Anexo 1-H):

"favor cual es el estatus de esta orden de compra, a la fecha estamos sobre el plazo cumplido de importación cotizado, debemos hacer entrega de estos equipos el día de mañana para no caer en penalidad".

Sin embargo, el fabricante nos informó que el escáner HP ScanJet Enterprise Flow N9120 (Part Number: L2683B) (Anexo 1-I) ya no se está fabricando debido a que no se encuentra tecnológicamente vigente, de acuerdo a lo siguiente:

"Nos dirigimos a ustedes a fin de comunicar, que nuestro producto: Escáner de superficie plana para documentos HP Scanjet Enterprise Flow N9120 (part number: L2683B) ya no se encuentra vigente tecnológicamente para Latinoamérica y no se está produciendo.

Como parte de la actualización tecnológica que realiza HP INC, ofrece en lugar del equipo arriba mencionado, el escáner de superficie plana para documentos HP Scanjet Enterprise Flow N9120 fn2 (Part Number L2763A), el cual conserva características similares al producto Escaner HP Scanjet Enterprise Flow N9120 (part number: L2683B); no obstante posee mejoras tecnológicas, las cuales podrá validar en el cuadro comparativo adjunto.

Atendiendo a un hecho externo y no imputable a nuestra representada, solicitamos el 14 de diciembre de 2017, a la Entidad mediante la Carta N° 109-2017/TOP.GG (Anexo 1-J) la aprobación del cambio de modelo de equipo por innovación tecnológica, conforme a lo siguiente:

"(...) para solicitarle se sirva ordenar a quien corresponda puedan concedernos aprobación de cambio de modelo de equipo ofertado según orden de compra (...)

Lo antes solicitado se sustenta en la comunicación recibida por el fabricante HP donde nos indican que los equipos mencionados en dicha Orden, ya no se encuentran produciendo el siguiente escáner:

Escáner de superficie plana para documentos HP Scanjet Enterprise Flow N9120 (Part Number L2683B).

Precisa asimismo, que a raíz de una renovación e innovación tecnológica del producto antes indicado es que estamos comercializando en su reemplazo el siguiente que a continuación se detalla:

- Escaner de superficie plana para documentos **HP Scanjet Enterprise Flow N9120 fn2 (Part Number L2763A).**

Cabe precisar que el producto antes mencionado con nuevo modelo indicada por HP, conserva las mismas características que HP Scanjet Enterprise Flow N9120 (Part Number: L2683B) y con mejoras tecnológicas que podrán validar en los catálogos respectivos, adjuntos al presente, así como el cuadro comparativo de ambos equipos donde podrán evidenciar las mejoras del nuevo equipo ofertado.

Asimismo, en dicha fecha mediante la Carta N° 106-2017/TOP.GG (Anexo 1-

K) se solicitó la ampliación de plazo por el cambio de producto.

La Entidad con la Carta Notarial N° 187-2017-MINEDU/SG-OGA (Anexo 1-L) notificada a nuestra representada el 27 de diciembre de 2017, negó el cambio del modelo de equipo bajo una errada interpretación de la normativa de convenio marco, negó la ampliación de plazo y por último, nos requirió para que en el plazo de tres (03) días cumplamos con entregar los bienes -aquellos desfasados tecnológicamente.

Mediante la Carta N° 127-2017/TOP.GG ingresada al Ministerio el 29 de diciembre de 2017, se informó que se cumplirá con la entrega de los bienes de la orden de compra debido a que telefónicamente nos informó pese a que en un primer momento, indicó que no se producían los bienes, se constató que en los almacenes de la ciudad de México se encuentra un remanente de seis (06) productos del modelo HP Scanjet Enterprise Flow N9120 (Part Number: L2683B) por lo que el 29 de diciembre de 2017, se ha procedido al embarque de cuatro (04) escáner hacia el puerto del Callao.

El 03 de enero de 2018, presentamos ante el Ministerio la Carta N° 001-2018/TOP.GG mediante la cual, solicitamos una ampliación de plazo debido a que la empresa LD NEXZ GROUP LLC mediante la Carta s/n señaló lo siguiente:

"(...) los equipos indicados de su pedido: Cuatro (04) escaners con part number L2683 para cargarse con fecha estimado del 29 de diciembre del 2017, no fueron considerados a debido a que los pedimentos listados, fueron turnados a consulta por parte de la autoridad aduanera, Lo importante mencionar que los pedimentos descritos tuvieron desaduanamiento libre, sin embargo, dado que la consulta realizada a los pedimentos previo a la modulación de los mismos está entre las facultades de comprobación de la autoridad, esto afectó la liberación aduana y por ende, la carga de los contenedores en el buque mencionado.

Es importante resaltar que la consulta de pedimentos por parte de la autoridad aduanera existe y se puede dar a criterio propio de la misma autoridad, considerando el tipo de mercancía, el destino, exportador, entre otros. Dicha consulta es realizada por personal de módulos, jurídico, verificadores aduanales, etc.

(...)

En ese sentido, culminada la comprobación a cargo del contenedor que contiene tiene una fecha de salida para el 10 de enero de 2018 con destino a Lima por lo que estará arribando aproximadamente al puerto del Callao a más tardar el día 25 de enero de 2018.

Como se advierte de la carta antes mencionada, la autoridad aduanera mencionada en una acción sin previo aviso dispuso la comprobación de la mercadería que estaba destinada a Perú lo que ha originado que la mercadería no parte en la fecha programada según nuestro Gantt esto es, el 29 de diciembre de 2017 sino más bien, que las fechas queden modificadas.

Con la Carta N° 078-2018-MINEDU/SG-OGA notificada el 17 de enero de

2018, el Ministerio de Educación declaró improcedente el pedido de ampliación de plazo.

Con la Carta Notarial N° 004-2018-MINEDU/SG-OGA notificada el 31 de enero de 2018, se resolvió la orden de compra.

El 02 de febrero de 2018, los bienes son ingresados al almacén.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Se deje sin efecto, la Carta Notarial N° 187-2017-MINEDU/SG-OGA de fecha 22 de diciembre de 2017, mediante el cual, deniega la solicitud de cambio de pedido de producto formulado mediante la Carta N° 105-2017/TOP.GG por una errada interpretación de la normativa de compra pública.

Mediante la Carta Notarial N° 187-2017-MINEDU/SG-OGA, la Entidad deniega el cambio de pedido amparado en el documento IM-CE-2017-3 "Reglas del método especial de contratación a través de los catálogos electrónicos de acuerdo marco", elaborado por la Central de Compras Públicas - PERÚ COMPRAS que señala:

"(...)

El Proveedor no podrá entregar a la Entidad otros bienes que no sean los detallados en la orden de compra, quedando expresamente prohibido el ofrecimiento de cualquier modificación, en las condiciones inicialmente ofertadas, aun cuando estas pudiesen considerarse mejoras".

Asimismo, la Entidad se remite a la Opinión N° 055-2015-DTN de fecha 15 de abril de 2015, esto es, antes de la vigencia de la actual normativa.

Así la Entidad soslaya la aplicación de la normativa de compra pública, mediante la aplicación de normas que no tienen carácter legal ni reglamentario.

En efecto, el documento IM-CE-2017-3, es el documento que utiliza PERU COMPRAS para llevar a cabo, los procedimientos de selección esto es, una especie de bases estandarizadas; siendo que dicho documento no puede oponerse a los efectos de la normativa de compra pública que prevé la posibilidad de aceptar modificaciones a los productos.

Del mismo modo, la Opinión N° 055-2015-DTN es un documento expedido por el OSCE que no tiene jerarquía legal a efectos de sustituirse en la normativa de compra pública, sino más bien, tiene un elemento de interpretación respecto a la norma.

Siendo que en el presente caso, la aplicación de la citada opinión ciertamente, resulta improcedente toda vez, que la presente controversia surge con la Ley N° 30225 a diferencia de dicha opinión que se da en el marco del Decreto Legislativo N° 1017.

Entonces, señor Presidente, queda claro que la negativa de la Entidad de amparar el pedido de cambio se sustentó en elementos de carácter procedimental así como una opinión, quedando claro, que la Entidad no sustentó su decisión en una verdadera evaluación del artículo 34-A de la Ley o 142 del Reglamento.

En efecto, corresponde al Tribunal Arbitral evaluar si es que la negativa de la

Entidad sustentada en las bases del Acuerdo Marco y en la Opinión citada, pueden sustituirse en la posibilidad que la norma otorga a la Entidad para evaluar las modificaciones al producto.

En el presente caso, el pedido no se debió a cualquier capricho sino más bien, en estricta aplicación del Principio de Vigencia Tecnológica, reconocido en el artículo 2, literal g) que señala que:

g) Vigencia Tecnológica. Los bienes, servicios y obras deben reunir las condiciones de calidad y modernidad tecnológicas necesarias para cumplir con efectividad la finalidad pública para los que son requeridos, por un determinado y previsible tiempo de duración, con posibilidad de adecuarse, integrarse y repotenciarse si fuera el caso, con los avances científicos y tecnológicos.

Así, el fabricante HP nos informó que el producto debido a la innovación Tecnológica ya no se encontraban por ello, se ofreció un segundo producto que es el HP scanjet Enterprise flow n9120, que es el producto que sustituye tecnológicamente al producto del acuerdo marco.

Sin embargo, el Ministerio eludiendo la obligación que los bienes deben reunir las condiciones de modernidad tecnológica denegó el pedido de cambio; aspecto que ciertamente, vulnera el Principio de Vigencia Tecnológica.

Atendiendo a lo expuesto, solicitamos se sirva dejar sin efecto, la Carta Notarial N° 187-2017-MINEDU/SG-OGA de fecha 22 de diciembre de 2017 debido a que adolece de una adecuada motivación y además, que deniega la aplicación de la norma de compra pública por documentos de menor jerarquía normativa.

SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Consecuencia de la primera pretensión principal, se ordene a la Entidad aceptar los productos ofrecidos en la Carta N° 105-2017/TOP.GG y otorgar el plazo de cuarenta (40) días calendarios.

Encontrándose que la negativa de la entidad de aceptar el producto, se debe a causales que no se encuentra en la normativa de compra pública, y dado que el producto que ofrecimos en la carta N° 105-2017/TOP.GG cumple con el principio de vigencia tecnológica, solicitamos se ordene a la entidad que acepte los productos ofrecidos en dicha carta a cuyo, se ordene igualmente, el plazo de los cuarenta (40) días calendarios.

TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL: En el supuesto que se declare fundada cualquiera de las pretensiones previamente señaladas, se deje sin efecto, la Carta Notarial N° 187-2017-MINEDU/SG-OGA de fecha 22.

Consecuencia del pedido que se deje sin efecto, la negativa de la Entidad de no aceptar el pedido de cambio, solicitamos se deje sin efecto, el requerimiento formulado en la Carta Notarial N° 187-2017-MINEDU/SG-OGA de fecha 22 de diciembre de 2017 en el extremo que nos requiere que en el plazo de tres (03) días entreguemos un producto desfasado tecnológicamente.

5.15. En efecto, conforme a la lectura de la declaración del fabricante HP, se infiere que los productos señalados en la orden de compra se encuentran

desfasados tecnológicamente, lo que vulnera el Principio de Vigencia Tecnológica, pese a ello, la Entidad nos requiere que entreguemos dichos productos.

CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL: En el supuesto que se declare fundada cualquiera de las pretensiones previamente señaladas, se deje sin efecto, la Carta Notarial N° 004-2018/SG-OGA que resolvió la Orden de Compra N° 000726-2017.

Dado que la Carta Notarial N° 004-2018/SG-OGA se da a consecuencia, de exigir un producto desactualizado, solicitamos se proceda a dejar sin efecto dicha carta notarial.

PRIMERA PRETENSIÓN ALTERNATIVA: En el supuesto negado, que su Digno Tribunal Arbitral considere que no corresponde atender todos y/o cualquiera de las pretensiones previamente señaladas, se proceda a resolver la Orden de Compra N° 000726-2017 sin culpa del Contratista o por caso fortuito o fuerza mayor y se ordene la devolución de los bienes que fueron ingresados el 1 de febrero de 2018.

En el supuesto negado, que el Tribunal Arbitral considere que no corresponde aceptar los bienes tecnológicamente modernos actualizados se proceda a resolver la Orden de Compra N° 000726-2017 sin culpa del Contratista o por caso fortuito o fuerza mayor debido a que mantener la relación jurídica con un objeto desfasado tecnológicamente contraviene el Principio de Vigencia Tecnológica, ya que obliga inicuamente a la Entidad a tener bienes que no cumplen con dicho Principio.

Asimismo, nuestra representada por circunstancias ajenas a nuestra esfera de obligaciones, pese a que formulamos requerimiento al fabricante HP oportunamente, éste señaló que no contaba con el producto desfasado tecnológicamente y posteriormente, luego de la búsqueda en diversos almacenes a nivel mundial, el fabricante nos comunicó y entregó productos desfasados tecnológicamente, lo que consideramos que atenta al principio previamente referido y por ello, solicitamos se deje sin efecto la resolución de la Orden de Compra dispuesta por la entidad. (Anexo 1-N)

CUANTÍA:

La cuantía asciende a S/ 36,342.82 (Treinta y seis trescientos cuarenta y dos con 82/100 Soles)

MEDIOS PROBATORIOS

Los anexos adjuntos en la demanda del 1-A a 1-O.

III. DE LA CONTESTACION DE DEMANDA

Con fecha 28 de junio 2018, El Ministerio de Educación-Sede Central, se apersona al Proceso a Través del Procurador Publico del Sector, contestando la demanda y formulando Reconvención, manifestando lo siguiente:

ANTECEDENTES:

El Ministerio de Educación - Unidad Ejecutora 24: Sede Central, emitió la Orden de Compra N°000726-2017 (Orden Electrónica N°81534 - 2017) a favor del proveedor TOPSALE S.A.C., por un monto ascendente a S/ 36,342.82 (Treinta y seis mil trescientos cuarenta y dos con 82/100 Soles), para la adquisición de cuatro (4) escáneres de documentos.

La Orden de Compra fue aceptada en el módulo de Acuerdo Marco el 06 de noviembre de 2017, teniendo como plazo de entrega de cuarenta (40) días calendario, el cual venció el 18 de diciembre de 2017.

Con fecha 13 de diciembre de 2017, el proveedor TOPSALE S.A.C. remitió la Carta N°105- 2017/TOP.GG, en donde solicita el cambio del bien a entregar. Asimismo, en esa misma fecha, es decir el 13 de diciembre de 2017, el citado proveedor remitió a su vez la Carta N°106-2017/TOP.GG, en donde solicita ampliación de plazo.

La Coordinación de Programación y Costos, remitió la comunicación electrónica del área usuaria, de fecha 20 de diciembre de 2017, en donde solicita se le curse una comunicación al proveedor para que cumpla con entregar los bienes en un plazo máximo de tres (03) días calendario, en el marco del Art. 136° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Mediante Carta Notarial N°187-2017-MINEDU/SG-OGA notificada el 27 de diciembre de 2017, la entidad le comunicó al contratista: i) la imposibilidad de aceptar su solicitud de cambio de modelo, debido a que contravenía las reglas al presente método especial de contratación que corresponden al Acuerdo Marco; ii) la improcedencia de su solicitud de ampliación de plazo, por no cumplir con los requisitos establecidos en la normativa de contrataciones; y, iii) se le requirió el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, en un plazo no mayor a tres (3) días calendario, bajo apercibimiento de resolver la Orden de Compra, y sin perjuicio de aplicar las penalidades que correspondan, en atención a lo dispuesto en el artículo 136 del Reglamento.

Con fecha 03 de enero de 2018, el proveedor TOPSALE S.A.C, remitió la Carta N°001- 2018/TOP.GG, en donde solicita ampliación de plazo para la entrega de los bienes de la Orden de Compra N°000726-2017.

Con fecha 04 de enero de 2018, el proveedor TOPSALE S.A.C. remitió la Carta N°002-2018/TOP.GG, en donde remite documentos adicionales que sustentan su solicitud de ampliación de plazo.

Mediante Memorándum N°044-2018/MINEDU/SG/OGA-OT recibido el 15 de enero de 2018, la Oficina de Tesorería, área usuaria de la adquisición, ante el incumplimiento del contratista solicita se proceda de acuerdo a lo establecido en el artículo 135 del Reglamento.

Mediante Memorándum N°02-2018-MINEDU/SG-OGA-OL-CPROC recibido el 16 de enero de 2018, la Coordinación de Programación y Costos remite el documento del área usuaria, y precisa además que el contratista ha acumulado el monto máximo de la penalidad por mora, por lo que solicita se inicie con los trámites de resolución de la Orden de Compra.

3.-Mediante Oficio N°078-2018-MINEDU/SG-OGA notificado el 17 de enero de 2018. la Entidad le comunicó al contratista la improcedencia de su solicitud de ampliación de plazo, por no cumplir con los requisitos establecidos en la normativa de contrataciones del Estado.

Mediante Carta Notarial N°004-2018-MINEDU/SG-OGA, notificada con fecha 31 de enero del 2018 se comunicó al proveedor TOPSALE S.A.C. la resolución de la Orden de Compra N°000726-2017 (Orden Electrónica N°81534-2017) debido al incumplimiento de sus obligaciones.

FUNDAMENTOS DE HECHO:

Antes de empezar el presente análisis es preciso señalar que la presente contratación se encuentra bajo la vigencia de la Ley N°30225, Ley de Contrataciones del Estado en adelante la Ley, modificado por el Decreto Legislativo N°1341 y su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N°350-2015-EF, modificado por el Decreto Supremo N°056-2017-EF, en adelante el Reglamento, por lo que sus disposiciones legales le son aplicables. Lo anterior es de conformidad con el documento IM-CE-2017-37 elaborado por la Central de Compras Públicas - PERÚ COMPRAS: "Procedimiento para la implementación de los Catálogos Electrónicos de Acuerdos Marco" y "Reglas del método especial de contratación a través de los Catálogos Electrónicos de Acuerdos Marco".

Como se sabe, el Acuerdo Marco es un método especial de contratación que realizan las Entidades a través de Catálogos Electrónicos, sin mediar procedimiento de selección, siempre y cuando los bienes y/o servicios en general formen parte de los mismos, siendo su acceso en forma electrónica a través del SEACE, conforme a lo establecido en el Art. 81° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Sobre este aspecto, de acuerdo al Anexo 1-Protocolo sobre la Implementación de los Catálogos Electrónicos de Acuerdos Marco,

Mediante Carta Notarial N°187-2017-MINEDU/SG-OGA notificada el 27 de diciembre de 2017, se procedió requerir al contratista el internamiento de los bienes en un plazo no mayor de tres (3) días calendarios, bajo apercibimiento de resolver el contrato, de acuerdo al procedimiento establecido en el artículo 136 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Mediante Memorándum N°02-2018-MINEDU/SG-OGA-OL-CPROC recibido el 16 de enero de 2018, la Coordinación de Programación y Costos remite el Memorándum N°044-2018/MINEDU/SG/OGA-OT de la Oficina de Tesorería, área usuaria de la presente contratación, en donde solicita se proceda a resolver la Orden de Compra, teniendo en consideración que el contratista no cumplió con internar los bienes, pese al requerimiento efectuado por la Entidad a través de la Carta Notarial N°187-2017-MINEDU/SG-OGA.

Sobre el particular, la Coordinación de Almacén informó, mediante comunicación electrónica, que hasta el 17 de enero de 2018 los bienes de la Orden de Compra N° 000726-2017 no han sido presentados por el contratista.

Ante ello, es preciso indicar que el numeral 135.1 del artículo 135° del Reglamento establece como causal de resolución de contrato, el incumplimiento injustificado incurrido por el contratista en sus obligaciones contractuales pese a haber sido requerido para ello. Por lo expuesto, siendo que el proveedor empresa TOPSALE S.A.C., no cumplió con sus obligaciones contractuales pese a haber sido requerido para ello, y ante lo solicitado por el área usuaria, la Entidad se

encontraba en la potestad de resolver la Orden de Compra N°000726-2017 (Orden Electrónica N°81534-2017).

Es preciso señalar que mediante Opinión N°018-2015/DTN de fecha 27 de enero de 2015, el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, concluye respecto a la aplicación de la penalidad por mora y resolución contractual, que:

"3.1 Cuando el contratista se retrase injustificadamente en el cumplimiento de las prestaciones a su cargo, la Entidad le aplicará una penalidad por mora, la cual deberá ser deducida del pago final o de los pagos a cuenta, cuando correspondan; o en caso sea necesario, del monto resultante de la ejecución de las garantías presentadas por el contratista.

Por tanto, mediante la notificación de la Carta Notarial N°004-2018-MINEDU/SG-OGA se dio por resuelta la Orden de Compra N°000726-2017 (Orden Electrónica N°81534-2017); para lo cual se ha seguido estrictamente el procedimiento establecido en el artículo 136 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. Se infiere, de lo actuado, que el presente caso de resolución se ha derivado de un incumplimiento evidente por parte del proveedor TOPSALE S.A.C., el mismo que a pesar de haber aceptado la Orden Electrónica N°81534-2017, vía el procedimiento del Acuerdo Marco, lo cual lo obligaba a contar con los bienes ofertados y entregarlos dentro del plazo establecido, no cumplió con las condiciones exigidas para este tipo de contratación.

En referencia a lo señalado en el numeral precedente, se precisa, en relación al incumplimiento del proveedor TOPSALE S.A.C., que este se encontraba en la obligación de entregar los bienes ofertados (4 Capturadores de Imagen - Scanner) con las mismas características y condiciones registradas en el Catálogo Electrónico, **ya que se encontraba prohibido de ofrecer cualquier modificación a las condiciones inicialmente ofertadas, aun cuando estas pudiesen considerarse mejoras**, este aspecto se sustenta en la Opinión 177-2017/DTN del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado -OSCE aplicado en el presente caso:

(...)

Al respecto, el segundo párrafo del numeral 8.8 de la citada Directiva dispone que "El perfeccionamiento de las contrataciones a través de los Catálogos Electrónicos de Acuerdos Marco se efectúa según las reglas establecidas para cada Catálogo Electrónico. Las órdenes de compra o de servicio que perfeccionen tales contrataciones, se constituyen como documentos válidos y suficientes para acreditar las obligaciones y derechos de las partes". (El subrayado es agregado).

Por todo lo expuesto, se puede inferir que, perfeccionado el contrato derivado de un Acuerdo Marco, tal contrato debe responder a lo establecido en el respectivo Catálogo Electrónico. Por tanto, no es posible realizar modificaciones a las condiciones y/o características indicadas en el contrato, toda vez que corresponde al contratista cumplirlas de conformidad con lo indicado en el Catálogo correspondiente.

Por su parte, cabe mencionar que dentro de las Reglas del método especial de contratación a través de los Catálogos Electrónicos de Acuerdos Marco se prevé que el proveedor debe atender la orden de compra publicada por la Entidad que registre el estado aceptada con entrega pendiente, de conformidad con las especificaciones técnicas, precios y condiciones comerciales establecidas en la orden de compra

generada en el Catálogo Electrónico. Asimismo, en dichas reglas se dispone que el proveedor no podrá entregar a la Entidad otro bien que no sea el detallado en la orden de compra, quedando expresamente prohibido el ofrecimiento de cualquier modificación en las condiciones inicialmente ofertadas, aun cuando estas pudiesen considerarse mejoras. Conforme a lo anterior, en las contrataciones realizadas a través de los Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco no resulta posible cualquier modificación en las condiciones inicialmente ofertadas, aun cuando estas pudiesen considerarse mejoras, ya que ello contravendría la naturaleza del Acuerdo Marco.

En ese sentido señor árbitro no corresponde dejar sin efecto, la Carta Notarial N°187-2017- MINEDU/SG-OGA de fecha 22 de diciembre de 2017, mediante el cual la entidad deniega la solicitud de cambio de pedido del producto formulado mediante la Carta N°105-2017/TOP.GG y por lo tanto tampoco corresponde ordenar a la Entidad aceptar los productos ofrecidos en la Carta N°105-2017/TOP.GG, puestos que las características de estos productos los establece Perú Compras.

Asimismo, no corresponde dejar sin efecto, la Carta Notarial N°0047-2018/SG-OGA mediante la cual la entidad resolvió la Orden de Compra N°000726-2017. Por los fundamentos expuestos precedentemente corresponde declarar INFUNDADA las pretensiones planteadas por el contratista.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

- El Art. 47 de la Constitución Política del Perú, que dispone que la defensa de los intereses del Estado está a cargo de los Procuradores Públicos conforme a ley.
- Artículos 12.1, 22.1 y 22.2 del D. Leg. N°1068, Decreto Legislativo del Sistema de Defensa Jurídica del Estado.
- Artículos 22°, 36° y el inciso 1) del artículo 37° del Reglamento del Decreto Legislativo del Sistema de Defensa Jurídica del Estado, aprobado mediante -Decreto Supremo N°017-2008-JUS.
- Artículo 29° del Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Educación, Decreto Supremo N°006-2006-ED, que dispone que la defensa jurídica del Ministerio de Educación está a cargo del Procurador Público.
- Artículos 36 de la Ley de Contrataciones del Estado, **Ley 30225**.
- Artículos 81, 133, 135, 136, 137, 140 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, Decreto Supremo N°350-2015-EF.

MEDIOS PROBATORIOS Y ANEXOS

Hacemos nuestros los Anexos 1-A, 1-B, 1-C, 1-D, 1-J, 1-K, 1-L, 1-M presentados por el demandante. Asimismo, adjuntamos los siguientes documentos:

ANEXO B-1.- Resolución Suprema N°136-2012-JUS, que me designa como Procuradora Pública Adjunta.

ANEXO B-2.- Copia de DNI

IV. RECONVENCION.

PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

La Entidad solicita se ordene al contratista al pago de S/. 3, 634.28 soles por concepto de acumulación del máximo de penalidad.

FUNDAMENTOS DE HECHO:

Conforme lo hemos señalado al momento de contestar la demanda, la Orden de Compra fue aceptada en el módulo de acuerdo marco el 06 de noviembre de 2017, teniendo como plazo máximo para entregar los bienes, cuarenta (40) días calendarios, el cual venció el 18 de diciembre de 2017.

En ese sentido corresponde aplicar penalidades desde el día 19 de diciembre de 2017 hasta el día 31 de enero de 2018, fecha en la cual se procedió a resolver el contrato, basándonos en el Artículo 133 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado se señala lo siguiente:

Artículo 133.- Penalidad por mora en la ejecución de la prestación En caso de retraso injustificado del contratista en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la Entidad le aplica automáticamente una penalidad por mora por cada día de atraso (...).

Teniendo presente ello, corresponde aplicar la penalidad en base a lo establecido en la norma, siendo el cálculo de la siguiente forma:

$$\text{Penalidad diaria} = \frac{0.10 \times 36,342.82}{0.40 \times 40} = 227.14$$

$$\text{Penalidad acumulada} = \text{S/ } 6,359.99$$

$$\text{Penalidad máxima (10\%)} = \text{S/ } 3,634.28$$

En relación a lo anterior, se puede advertir que el contratista, acumuló el 10% de la penalidad máxima que corresponde aplicar.

Por lo tanto, corresponde que el contratista pague a favor de la Entidad el monto de S/ 3, 634.28 soles por concepto de penalidad (Acumulación máxima).

Respecto a este extremo es preciso citar la Opinión N°018-2015/DTN, en la cual el OSCE se pronuncia sobre la aplicación de la penalidad por mora.

Por lo tanto, solicito que la presente pretensión sea declarada FUNDADA, y se ordene al contratista pague a favor de la Entidad el monto de S/ 3, 634.28 soles por concepto de penalidad.

V. CONTESTACION A LA RECONVENCION.

Mediante escrito recepcionado el 19 de noviembre 2018, Topsale SAC contesta la demanda reconvencional, manifestando:

De acuerdo a la lectura del escrito presentado por la Entidad, advertimos que la misma se encuentra sustentada en una errada interpretación de la naturaleza del Convenio Marco de modo tal, que explícitamente pretende la inaplicación de la normativa de compra pública correspondiente a ejecución contractual - para sustentar su negativa de la aceptación de la mejora, que devino en la resolución del Contrato por el máximo de la penalidad por mora.

Refiere el Contratista que no existió sustento legal por parte de la Entidad, para la negativa de ofrecimiento de la mejora. Para ello, es pertinente tener en cuenta lo siguiente:

I. FASES DEL PROCESO DE SELECCIÓN

Como es conocimiento, la norma pública de contrataciones del Estado, está diseñada bajo tres grandes fases que son:

- i) Fase de actuaciones preparatorias
- ii) Fase de selección
- iii) Fase de ejecución contractual.

En esa línea, la fase de actuaciones preparatorias corresponde a la determinación de la Entidad de las características que requiere para determinado bien, servicio u obra; ello se recoge en el artículo 8 del vigente Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, el adelante: "El Reglamento", que señala:

"Artículo 8.-Requerimiento

8.1. Las Especificaciones Técnicas, los Términos de Referencia o el Expediente Técnico, que integran el requerimiento, contienen la descripción objetiva y precisa de las características y/o requisitos funcionales relevantes para cumplir la finalidad pública de la contratación, y las condiciones en las que debe ejecutarse la contratación. El requerimiento debe incluir, además, los requisitos de calificación que se consideren necesarios.

Asimismo, ello se recoge de la Directiva N°013-2016-PERÚ COMPRAS "DIRECTIVA DE CATALOGOS ELECTRONICOS DE ACUERDOS MARCO que establece lo siguiente: "La etapa de identificación se inicia con la revisión y determinación de aquellos objetos que sean susceptibles de una implementación o extensión de la vigencia de los Catálogos Electrónicos de Acuerdos Marco, para lo cual la Dirección de Acuerdos Marco realizará, según corresponda, una propuesta de diseño, incluyendo la formulación de objetivos que se planifiquen lograr con dicha propuesta".

Es decir, corresponde ya sea, a las Entidades como a PERU COMPRAS establecer las características de aquellos bienes, servicios u obras que requiere. En segundo término, la fase de selección está referida a los parámetros objetivos que realiza una Entidad para la elección de un proveedor. En este apartado, corresponde tener en cuenta que la norma de compra pública, establece los siguientes dos métodos de contratación:

- a) Procedimientos de selección.
- b) Acuerdo Marco

Así, el procedimiento de selección, es por definición del Anexo único de Definiciones del Reglamento, el procedimiento administrativo especial conformado por un conjunto de actos administrativos, de administración o hechos administrativos que tiene por objeto la selección de la persona natural o jurídica con la cual, las Entidades del Estado van celebrar un contrato para la contratación de bienes, servicios en general, consultorías o la ejecución de la Obra. Dentro de los procedimientos de selección, encontramos de acuerdo al artículo 32.1 del Reglamento: a) Licitación Pública, b) Concurso Público, c) Adjudicación Simplificada, d) Subasta Inversa Electrónica, e) Selección de Consultores Individuales, f) Comparación de precios y g) Contratación Directa.

Por su parte, el Acuerdo Marco es la contratación, sin mediar procedimiento de selección, de los bienes que se encuentran en los catálogos de acuerdo de marco. Es decir, diferencia de un procedimiento de selección donde la Entidad

adjudica a un determinado y único adjudicatario para un bien en específico; en el Acuerdo de Marco, la Entidad adjudica a distintos y diversos adjudicatarios para un bien específico.

Adviértase entonces, que existe una selección, pero que, a diferencia de un proceso de selección tradicional, en el Convenio Marco la nota distintiva es que se selecciona a adjudica a diversos adjudicatarios.

Dicho en otras palabras, en cualquier de los métodos de contratación, ya sea procedimiento de selección o acuerdo de marco, existe igualmente una selección de adjudicatario.

En tercer término, la fase de ejecución contractual, que corresponde aplicar las disposiciones contempladas en la Ley y el Reglamento. Como podrá advertirse ya sea en un proceso de selección tradicional como en un acuerdo marco, la normativa de compra pública resulta igualmente aplicable.

En esa línea, podemos arribar a una primera conclusión, los acuerdos marcos tienen como parámetro normativa la Ley y el Reglamento, por lo que su aplicación resulta obligatoria siendo que sólo bajo otra Ley, pudiera plantearse la inaplicación de aquellas.

12.II. ¿El método especial de contratación de convenio marco inaplicación de la normativa de compra pública, Ley y Reglamento, correspondiente a la ejecución contractual?

Ahora bien, la Entidad para sustentar la negativa de la aceptación del cambio de modelo de equipo por innovación tecnológica, sucedido por temas del fabricante HP, refiere que no es aplicable el artículo 34 - A del Reglamento tratándose de acuerdo marco, a cuyo efecto se remite al documento IM-CE-2017-3 Reglas del método especial de contratación a través de los catálogos de acuerdo marco, que señala lo siguiente:

4.2 Cumplimiento de su oferta

El PROVEEDOR debe atender la orden de compra publicada por la ENTIDAD que registre el estado ACEPTADA C/ENTREGA PENDIENTE, de conformidad con las especificaciones técnicas, precios y condiciones comerciales establecidas en la ORDEN DE COMPRA generada en el APLICATIVO.

El PROVEEDOR no podrá entregar a la ENTIDAD otro(s) bien(es) que no sea(n) el(os) detallado(s) en la ORDEN DE COMPRA quedando expresamente prohibido el ofrecimiento de cualquier modificación en las condiciones inicialmente ofertadas, aun cuando estas pudiesen considerarse mejoras.

Por su parte, el artículo de la Ley señala:

Artículo 34-A.- Modificaciones convencionales al contrato.

Sin perjuicio de las responsabilidades y sanciones a que hubiere lugar, cuando no resulten aplicables los adicionales, reducciones y ampliaciones, las partes pueden acordar otras modificaciones al contrato siempre que las mismas deriven de hechos sobrevinientes al perfeccionamiento del contrato que no sean imputables a alguna de las partes, permitan alcanzar su finalidad de manera oportuna y eficiente, y no cambien los elementos determinantes del objeto. Cuando la modificación implique la variación del precio, debe ser aprobada por el Titular de la Entidad. A continuación, nos concentraremos en demostrar

que el artículo 34-A de la Ley debe ser igualmente, aplicable a los acuerdos marco así, se demostrará que la interpretación seguida por la Entidad de preferir un documento sin ningún rango legal, no puede ser interpretado en contrario a la Ley N°30225.

En efecto, existe un orden de jerarquía. No admite lugar a discusión que la norma de mayor jerarquía prima sobre la de menor rango.

En efecto, la norma de mayor jerarquía (Ley de Contrataciones del Estado) dispone la posibilidad de una modificación convencional al contrato en esa línea, una norma de menor jerarquía (aun cuando sea especial) no puede primar sobre una de mayor jerarquía, ya que llegaríamos al absurdo que cualquier directiva podría primar sobre la Ley N°30225.

Sin embargo, el razonamiento de la Entidad ha sido rechazar liminarmente nuestro pedido debido a que considera que el "Documento IM-CE-2017-3 - Reglas del método especial de contratación a través de los catálogos de acuerdo marco en adelante Reglas de Convenio Marco, establece una aparente negativa de aceptar cambios previsto en el numeral 4.2, que a continuación se transcribe:

4.2 Cumplimiento de su oferta

El Proveedor no podrá entregar a la ENTIDAD otro(s) bien(es) que no sea(n) el (los) detallado(s) en la ORDEN DE COMPRA quedando expresamente prohibido el ofrecimiento de cualquier modificación en las condiciones Inicialmente ofertadas, aun cuando estas pudiesen considerarse mejoras.

Lo que la Entidad soslaya es que el numeral 4.2 de las Reglas de Convenio Marco ciertamente, no puede interpretarse en forma aislada sino más bien, en concordancia con las Reglas de Convenio Marco, así como el Principio de Vigencia Tecnológica y el artículo 34-A de la Ley.

Así, resulta evidente que el proveedor ya sea en acuerdo marco como un procedimiento de selección tradicional no puede entregar un bien que no sea aquel que ofertó puesto que la modificación de los contratos ciertamente, corresponde a las partes; es decir, el proveedor sin la autorización de la Entidad no puede entregar los bienes distintos, es por ello, que se establece la negativa, pero dicha negativa no resulta absoluta.

En efecto, si el sentido del numeral 4.2 de las Reglas de Acuerdo Marco ciertamente, fuera el razonamiento que ha seguido la Entidad, entonces, no tendría sentido el numeral 7.3 de dichas reglas que establecen:

7.3 Registro de mejor

El PROVEEDOR durante la vigencia de los catálogos, estará facultado a registrar mejoras directamente en estos a través del APLICATIVO, las cuales se reflejarán de modo efectivo desde el prime* (01) día calendario siguiente de resultados.

Estas mejoras podrán ser:

- Precio. - se podrá mejorar, considerando que, el PROVEEDOR podrá disminuir al monto del precio registrado en el APLICATIVO El precio no puede ser incrementado, tomando como tope el último valor registrado APLICATIVO.

- Cobertura de atención. - el PROVEEDOR estará facultado a registrar sin imitación alguna agregar o quitar coberturas distintas a la cobertura de atención de origen.
- Existencias (stock). - el PROVEEDOR estará facultado a registrar sin limitación algunas reducciones o implementaciones de existencias (stock).
- Plazo de entrega máximo. - el PROVEEDOR estará facultado a registrar sin limitación algunas reducciones o ampliaciones del plazo de entrega.
- Descuentos por volumen. - el PROVEEDOR estará facultado a registrar descuento por volumen a través del APLICATIVO, durante los primeros treinta (30) días calendario posteriores al inicio de vigencia de los CATALOGOS, el cual se efectuará sobre el precio unitario base de una ficha-producto ofertada. Dicho descuento podrá ser solo eliminado hasta del inicio de su periodo de vigencia registrado.

En caso una ENTIDAD solicite al PROVEEDOR el registro de mejoras en virtud de una contratación específica, fuera de las estipuladas para el Procedimiento de Grandes Compras, deberá reportar dicha ocurrencia a PERÚ COMPRAS.

De acuerdo, a la lectura del numeral 7,3 de las Reglas de Convenio Marco, podemos señalar que:

- El proveedor puede introducir mejoras a sus productos que no sólo se agotan con el precio, cobertura de existencia, plazo. Esto es, se puede ofrecer un producto vigente tecnológicamente.
- Establece la posibilidad que la Entidad solicite al proveedor una mejora, para una contratación específica.

Entonces, al contrario de la interpretación seguida por la Entidad en su Carta Notarial N°187-2017-MINEDU-SG-OGA que señala que el numeral 4.2 de las Reglas de Convenio Marco no es posible atender nuestra solicitud de mejora, ciertamente, las propias Reglas de Convenio Marco dispone la facultad tanto del proveedor como de la Entidad de establecer mejoras, siendo que la prohibición referida en el numeral 4.2 implica que el

Proveedor no pueda únicamente él, disponer la modificación sino más bien, de manera conjunta con la Entidad.

Pese a ello, la Entidad opta por una interpretación sesgada de las Reglas de Convenio Marco y contraria a la Ley N°30225 puesto que dispone que no corresponde la aplicación del artículo 34-A de la Ley cuando hemos visto, que las Reglas de Convenio Marco, no pueden ser contrarias a la Ley, por ser norma de mayor jerarquía, máxime aun cuando dichas Reglas, permiten la posibilidad de mejora. Adviértase que el artículo 34-A de la Ley no establece prohibición alguna o disposición que limite su aplicación, por lo que las Entidades se encuentran obligadas a aplicarla.

De otro lado, no debemos olvidar que, en el presente caso, no se trata sólo de la inaplicación del artículo 34-A de la Ley que ha efectuado la Entidad sino también del Principio de Vigencia Tecnológica, reconocido en el artículo 2 de la Ley que señala:

“g) Vigencia Tecnológica. Los bienes, servicios y obras deben reunir las condiciones de calidad y modernidad tecnológicas necesarias para cumplir con efectividad la finalidad pública para los que son requeridos, por un determinado y previsible tiempo de duración, con posibilidad de adecuarse, integrarse y repotenciarse si fuera el caso, con los avances científicos y tecnológicos”

Nuestra representada ha sostenido a lo largo de la ejecución contractual, que el pedido de cambio se debió exclusivamente a que el producto que se encontraba en el catálogo de acuerdo marco respectivo y que era el mismo que habíamos ofrecido al MINEDU a su requerimiento, se discontinuó entre el periodo en que se notificó de la orden de compra respectiva y la vigencia del plazo de entrega respectivo para que podamos proceder a su despacho en los almacenes del MINEDU; hecho ajeno a nuestra empresa, pues son acontecimientos que el mismo fabricante HP hace a nivel mundial para sus catálogos de equipos tecnológicos cada cierto periodo de tiempo, y que no es ajeno para los últimos meses del año, cuando nuestra orden de compra del MINEDU fue emitida con fecha 02 de noviembre de 2017. Cabe precisar así que, apenas nos notificamos de que el equipo escáner modelo 1.2683B ofertado, estaba desfasado tecnológicamente, nuestra empresa presento una Carta del fabricante del HP que indica que el producto tecnológico siguiente, esto es con lo cual, en base a la aplicación del Principio de Vigencia Tecnológica, la Entidad debió merituar el pedido que se formuló, no obstante, inaplico dicho principio.

Debemos tener en cuenta, que nos encontramos ante productos tecnológicos cuyo ciclo de vida resultan extremadamente cortos, puesto que son superados por productos nuevos, así, la aplicación del Principio de Vigencia Tecnológica permite a las Entidad contar con los bienes, servicios y obras que reúnan las condiciones de calidad y modernidad tecnológicas necesarias para cumplir con efectividad la finalidad pública sin embargo, bajo la interpretación de la Entidad ni siquiera el Principio de Vigencia Tecnológica es aplicable al acuerdo marco.

En esa línea, ofrecemos como medio probatorio, una pericia de parte mediante la cual, el Tribunal Arbitral podrá apreciar que el nuevo producto escáner L2763A era acorde al Principio de Vigencia y, por ende, no correspondía rechazar nuestro pedido en base a la aplicación de las Reglas de Convenio Marco.

Incluso la Entidad presenta dos conductas completamente contradictorias, ya que por un lado, Indica que el artículo 34 -A de la Ley no es aplicable al acuerdo marco, no obstante, su representada aplica el artículo 35 de la Ley, con lo cual, nos encontramos ante la teoría de actos propios.

Una de las consecuencias del deber de obrar (ejercer derechos y obligaciones) de buena fe (p. ej. informar adecuadamente) es la exigencia de un comportamiento coherente.

"La exigencia de un comportamiento coherente significa que, cuando una persona, dentro de una relación jurídica, ha suscitado en otra con su conducta una confianza fundada, conforme a la buena fe, en una determinada conducta futura, según el sentido objetivamente deducido de la conducta anterior, no debe de defraudar la confianza suscitada y es inadmisibles toda actuación incompatible con ella. La exigencia jurídica del comportamiento coherente está de esta manera estrechamente vinculada a la buena fe y a la protección de la confianza".

Mientras que la buena fe es un principio general del Derecho, la doctrina de los actos propios (o stoppel, en el derecho anglosajón) toma la forma de una regla de derecho. Como sostiene Puig Brutau, el fundamento de esta regla (nadie puede ir lícitamente contra sus propios actos) está muy estrechamente relacionado con la doctrina que exige* dar protección jurídica a la buena fe manifestada en la confianza depositada en la apariencia.

"Quien ha dado lugar a la situación engañosa, aunque haya sido sin el deliberado propósito de inducir a error, no puede hacer que su derecho prevalezca por encima del derecho de quien ha depositado su confianza en aquella apariencia."

"(...) la confianza de otra persona, no pueden alterarse al arbitrio del autor de los actos constitutivos de aquella conducta. Se trata de situaciones jurídicas cuya firmeza descansa en la protección concedida a la confianza en la apariencia".

El contenido del artículo 34-A resulta de aplicación para cualquier método de contratación, no obstante, la Entidad no aplica dicho artículo, pero tratándose del artículo 34.5 si aplican la normativa de compra pública, lo que evidencia el carácter contradictorio de la Entidad, al momento de evaluar la procedencia de la solicitud de mejora.

Conforme a ello, podemos advertir que las razones por las que la Entidad denegó nuestro pedido no se ajustan a la normativa de compra pública, por ende, debe dejarse sin efecto la Carta Notarial N°187-2017-MINEDU/SG-OGA.

- **La indebida referencia a las Opiniones**

Por otro lado, la Entidad para dar sustento a su interpretación, se remite a la Opinión N°055-2015 DIN. Sobre ello, tener en cuenta lo siguiente; i) No resulta aplicable debido a que las Opciones del OSCE responden consultas de carácter general y no al caso concreto y ii) La opinión citada no resulta aplicable debido a que fue emitida por la normativa anterior (Decreto Legislativo N°1017). Del mismo modo, la Entidad hace referencia a la Opinión N°177-2017-DTN, la misma que absuelve una consulta de carácter general siendo que ambas, no resultan vinculantes para el Tribunal Arbitral puesto que éste ejerce función jurisdiccional, reconocida en la Constitución.

CONTESTACIÓN DE LA RECONVENCIÓN

Ahora bien, la Entidad sostiene que corresponde que se aplique la penalidad por mora, no obstante, debe tenerse presente el artículo

"Artículo 133.- Penalidad por mora en la ejecución de la prestación.

En caso de retraso injustificado del contratista en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la Entidad le aplica automáticamente una penalidad por mora por cada día de atraso. La penalidad se aplica automáticamente y se calcula de acuerdo a la siguiente fórmula:

Penalidad diaria:

$$= \frac{0.10 \times \text{monto}}{F \times \text{plazo en días}}$$

Donde F tiene los siguientes valores:

a) Para plazos menores a iguales a sesenta (60) días, para bienes, servicios en general, consultorías y ejecución de obras: $F = 0.40$.

b) Para plazos mayores a sesenta (60) días:

- b.1) Para bienes, servicios en general y consultorías: $F = 0.25$.
b.2) Para obras: $F = 0.15$.

Tanto el monto como el plazo se refieren, según corresponda, al contrato o ítem que debió ejecutarse o, en caso que estos involucraran obligaciones de ejecución periódica, a la prestación parcial que fuera materia de retraso.

Para efectos del cálculo de la penalidad diaria se considera el monto del contrato vigente.

Para los supuestos que, por la naturaleza de la contratación, la fórmula indicada en el presente artículo no copia con su finalidad el Ministerio de Economía y Finanzas mediante Resolución Ministerial puede establecer fórmulas especiales para el cálculo de la penalidad por morar

Se considera justificado el retraso, cuando el contratista acredite, de modo objetivamente sustentado, que el mayor tiempo transcurrido no le resulta imputable Esta calificación del retraso como justificado no da lugar al pago de gastos generales de ningún tipo.

Al respecto, la aplicación de la penalidad por mora deriva de un retraso injustificado contrario sensu, no puede aplicarse penalidad por mora si es que deriva de un retraso justificado.

Como se ha indicado, la negativa a evaluar tan siquiera el cambio tecnológico propuesto, obligó a nuestra representada a presentar un bien que ciertamente no cumplía con el Principio de Vigencia Tecnológico en esa línea, el atraso que Imputa la Entidad no ha sido imputable a nosotros.

Bajo dicho contexto, la justificación debe ser analizada también en torno al Código Civil así tenemos que en el artículo 1314 del Código Civil establece que; *"Quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso."*

Específicamente, con relación a la aplicación de penalidades, el artículo 1343 del Código Civil señala que la penalidad "(...) sólo puede exigirse cuando el incumplimiento obedece a causa imputable al deudor, salvo pacto en contrario."

En ese sentido, resulta necesario precisar: "que pese al esfuerzo (ordinario) realizado por el deudor no ha podido lograr la satisfacción de su acreedor. Ello puede deberse a múltiples causas, tales como el caso fortuito y la fuerza mayor, *la falta de colaboración del propio acreedor, etc.*"

En esa línea, Osterling ha señalado que: "En caso de ausencia de culpa, el deudor no está obligado a probar el hecho positivo del caso fortuito o fuerza mayor, es decir, la causa del incumplimiento por un evento de origen conocido pero extraordinario, imprevisto e inevitable. En la ausencia de culpa, el deudor simplemente está obligado a probar que prestó la diligencia que exigía la naturaleza de la obligación y que correspondía a las Circunstancias del tiempo y del lugar, sin necesidad de demostrar el acontecimiento que ocasionó la inejecución de la obligación'. Agrega que: "El principio general, en conclusión, es que el deudor sólo debe demostrar su conducta diligente para quedar exonerado de responsabilidad, salvo que la ley o el pacto exijan la presencia del caso fortuito o de fuerza mayor." (Subrayado es nuestro).

La demora en la entrega se debió a causas justificadas por un hecho propio de la Entidad esto es, se negó a tan siquiera evaluar el cambio tecnológico propuesto, y de acuerdo al ordenamiento legal, el supuesto de hecho constituye mora del acreedor y se remiten al artículo 1338 del Código Civil que establece

que: *(.). El acreedor incurre en mora cuando sin motivo legítimo se niega a aceptar la prestación ofrecida o no cumple con practicar los actos necesarios para que se pueda ejecutar la obligación*

Con relación a la mora del acreedor, Torres Vásquez señala que son requisitos de la mora del acreedor; 1) que la obligación sea exigible, 2) que el deudor haga el ofrecimiento de pago, 3) que el retraso en el cumplimiento se deba a que el acreedor rehúsa la prestación o no presta su co3 C Opinión N°055-2015/DTN.

Laboración para que se pueda ejecutar la prestación (causas que le son imputables), que la negativa del acreedor sea sin motivo justificado.

En tal sentido y considerando los hechos del caso, se concluye que la mora no imputable a nuestra representada.

Debe advertirse además que la redacción del artículo 133 del Reglamento fluye que aquella - la penalidad- se originará en la medida en que el atraso resulta injustificado. Lo anterior es consistente con lo dispuesto en el artículo 1343 del Código Civil, lo cual deja en evidencia que hay una intención legislativa de dejar claro que una penalidad "(...) sólo puede exigirse cuando el incumplimiento obedece a causa imputable al deudor, salve pacto en contrario." Más aún, lo anterior también se ve reforzado por la redacción de las Reglas de Convenio Marco en este extremo, reiterando que el incumplimiento debe ser injustificado. De lo anterior, se concluye que el atraso de nuestra representada no es injustificado sino más bien, actuó conforme al Principio de Vigencia Tecnológica, por lo que dicha penalidad está indebidamente solicitada por MINEDU, y en consecuencia, corresponde declarar infundada la reconvención.

Se ofrece como medio probatorio lo siguiente:

3-A: Carta del fabricante donde explica que el producto escáner L2763A, es acorde al Principio de Vigencia Tecnológica.

3-B: Pericia de parte donde se establece que el producto. L2763A es el producto tecnológico siguiente al producto escáner L2683B así como establece la superioridad del producto L2763A, dicha pericia se actuará una vez, que se fijen los puntos controvertidos, así como se admita los medios probatorios.

3-C Opinión N°055-2015/DTN

VI. DE LA AUDIENCIA DE DETERMINACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS Y ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS

El 12 de octubre de 2015, se llevó a cabo la Audiencia correspondiente, procediéndose al efecto con el saneamiento procesal, así como la invitación a la conciliación no pudiéndose arribar a acuerdo alguno.

Saneamiento procesal:

En este acto el Árbitro Único deja constancia que en el presente arbitraje no se han planteado oposiciones al arbitraje, objeciones a la competencia del Árbitro Único, Excepciones ni otro aspecto que impida la continuación regular de las actuaciones arbitrales. En consecuencia, se declara saneado el proceso.

Conciliación:

Estando a la inasistencia del representante del Contratista a pesar de encontrarse debidamente notificado, no era posible invitarle a conciliar. En ese sentido, el Árbitro Único deja constancia de ello, expresando que la conciliación podría darse en cualquier estado del proceso.

Determinación de puntos controvertidos:

El Árbitro Único, luego de revisar lo expuesto por las partes, consideró como puntos controvertidos los siguientes:

Puntos controvertidos formulados por el Contratista en su escrito de demanda presentado el 27 de marzo de 2018

Primera Pretensión Principal

Determinar si corresponde o no dejar sin efecto la Carta Notarial N°187-2017-MINEDU/SG-OGA de fecha 22 de diciembre de 2017, mediante la cual, deniega la solicitud de cambio de pedido de producto formulado mediante la Carta N° 105- 2017/T0P.GG por una errada interpretación de la normativa de compra pública

Segunda Pretensión Principal

Determinar si corresponde o no, en el supuesto se declare fundada la primera pretensión principal ordenar a la Entidad aceptar los productos ofrecidos en la Carta N°105-2017/TOP.GG y otorgar el plazo de cuarenta (40) días calendarios.

Tercera Pretensión Principal

Determinar si corresponde o no, en el supuesto se declara fundada cualquiera de las pretensiones previamente señaladas, dejar sin efecto la Carta Notarial N°187-2017- MINEDU/SG-OGA, de fecha 22 de diciembre de 2017. En el extremo que nos requiere de tres (03) días entreguemos un producto desfasado tecnológicamente.

Cuarta Pretensión Principal

Determinar si corresponde o no, en el supuesto se declara fundada cualquiera de las pretensiones previamente señaladas, dejar sin efecto la Carta Notarial N° 004-2018/SG- OGA que resolvió la Orden de Compra N° 000726-2017.

Primera Pretensión Alternativa

Determinar si corresponde o no, en el supuesto negado se considere que no corresponde atender todos y/o cualquiera de las pretensiones previamente señaladas, se proceda a resolver la Orden de Compra N°000726-2017 sin culpa del Contratista o por caso fortuito o fuerza mayor y se ordene la devolución de los bienes que fueron ingresados el 1 de febrero de 2018.

Puntos controvertidos formulados por la Entidad en su escrito de contestación de demanda presentado el 28 de junio de 2018

Primera Pretensión Principal Reconvencional.

Determinar si corresponde o no ordenar al Contratista el pago de S/ 3 634.28 soles por concepto de acumulación del máximo de penalidad.

Admisión de medios probatorios

El Árbitro Único atendiendo a los puntos controvertidos establecidos en el numeral precedente y de los escritos presentados por las partes, procede a admitir los siguientes medios probatorios:

Con relación al Contratista:

En este acto, el Árbitro Único admite los medios probatorios documentales ofrecidos por el Contratista en el acápite denominado "*PRIMER OTROSÍ DECIMOS*" anexos 1- A al anexo 1-O de su escrito de demanda arbitral, presentado con fecha 27 de marzo de 2019. Así como, lo medios probatorios documentales: Anexo 1-Q y Anexo 1-R. ofrecidos en su escrito con sumilla "Subsana" con fecha 20 de abril de 2018. Asimismo, se admiten los medios probatorios documentales ofrecidos en el acápite denominado "POR TANTO*" numerales 3-A y 3-C, de su escrito con sumilla "Absuelve contestación de demanda y contesta reconvencción", presentado con fecha 19 de noviembre de 2018

PERICIA

Mediante el escrito con sumilla "Subsana*" presentado con fecha 20 de abril de 2016, y reiterado en el acápite denominado POR TANTO*, numeral 3-B, el Contratista ofrece como medio probatorio una pericia de parte, mediante la cual se pretenderá demostrar que el producto L2763A, es el producto tecnológico siguiente al producto escáner L2763B, así como establecer la superioridad del producto L2763A. Para lo cual, el Árbitro Único otorga al Contratista el plazo de diez (10) días hábiles a fin que cumpla con presentar la pericia ofrecida. Asimismo, se precisa que una vez presentada la pericia requerida se le otorgara el mismo plazo a la Entidad a fin de que pueda absolver y manifestar lo que considere pertinente a su derecho

Con relación a la Entidad:

En este acto, el Árbitro Único advierte que la Entidad ofreció como medios probatorios los ofrecidos por el Contratista en su escrito de demanda arbitral, presentado con fecha 27 de marzo de 2018: Anexo 1-A, 1-B, 1-C, 1-D. 1-J, 1-K, 1-L, 1-M. Por consiguiente, habiéndose admitido aquél debe estarse a lo dispuesto previamente sobre este.

En consecuencia, se admiten los medios probatorios documentales ofrecidos por la Entidad en el acápite denominado *VI. MEDIOS PROBATORIOS Y ANEXOS", anexos 1-A, 1-B, 1-C. 1-D. 1-J, 1-K, 1-L. 1-M de su escrito con sumilla "APERSONAMIENTO, CONTESTO DEMANDA, FORMULO RECONVENCIÓN" presentado con fecha 28 de junio de 2018.

Con lo que se dio por terminada la Audiencia, procediéndose a redactar la presente Acta, la misma que fue suscrita por el Árbitro Único, la secretaria Arbitral de la Dirección de Arbitraje del OSCE, así como la parte asistente en señal de conformidad, sin observación alguna, quedando notificado en este acto.

VII.DE LAS ACTUACIONES ARBITRALES

Con fecha 27 de marzo de 2018, TOPSALE S.A.C. (en adelante, el Contratista), presenta su *demanda arbitral* la cual consta de cuatro (4) pretensiones. En la misma, el Contratista señala que la cuantía asciende a S/ 36,342.82.

Mediante escrito de fecha 28 de junio de 2018, el MINISTERIO DE EDUCACIÓN – SEDE CENTRAL (en adelante, la Entidad), se apersona y *contesta la demanda*. Formula *reconvencción* en la cual consta de una (1) pretensión, cuya cuantía asciende a S/ 3,634.28.

Asimismo, mediante escrito de fecha 13 de agosto de 2018 la Entidad solicita que sea la Presidencia Ejecutiva del OSCE quien se encargue de designar al ÁRBITRO ÚNICO.

Mediante escrito de fecha 18 de noviembre de 2018, el Contratista absuelve y contesta la reconvencción planteada por la Entidad.

Que, mediante las Cédulas de Notificación 1232-2019 y 1233-2019, se comunica a las partes que se designó como Árbitro Único al abogado Luis Eduardo Adrianzén De Lama.

Que, conforme a las pretensiones planteadas por el Contratista, la Secretaria Arbitral del SNA-OSCE procedió a emitir la *Liquidación de Gastos Arbitrales de fecha 08 de febrero de 2019*, y el cual fue notificado a las partes a través de la Audiencia de Instalación.

Con fecha 24 de junio de 2019, se celebró la *Audiencia de Instalación*, contando con la participación de las partes. En la misma se incluye la *Resolución N°1 de 24 de junio 2019* en la que se resuelve tener presente la representación de la Entidad.

Mediante *Resolución N° 2 de 05 de setiembre 2019* se proveen los escritos sobre solicitud a que se remita recibo por honorarios electrónico del Árbitro Único (en adelante, AU) y factura a crédito del OSCE, así como la solicitud de plazo adicional para acreditar gastos arbitrales, otorgándose a las partes diez (10) días hábiles a fin de que cumplan con acreditar el pago de gastos arbitrales correspondientes; y, a la Entidad se le otorga diez (10) días hábiles para que cumpla con registrar los datos del AU en el Registro del portal del SEACE.

Mediante *Resolución N° 3 de 01 de octubre del 2019* se resuelve tener por acreditado el pago de los gastos arbitrales correspondientes a la demanda del Contratista, y se otorga plazo de diez (10) días hábiles a la Entidad para que acredite el pago de los gastos arbitrales correspondientes a su reconvencción y registre los datos del AU en el Registro del portal del SEACE.

Con *Resolución N°4 de 31 de diciembre 2019* se tiene por acreditado el pago de los Gastos Arbitrales a cargo de la Entidad correspondientes a su Reconvencción; y se cita a la Audiencia de Saneamiento Procesal, Conciliación, Determinación de Puntos Controvertidos, Admisión de Medios Probatorios e Ilustración de Hechos.

El 03 de febrero del 2020 se celebra la *Audiencia de Saneamiento Procesal, Conciliación, Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios*, contando solo con la participación de la Entidad. Se determinan los puntos controvertidos conforme al expediente 051-2018, se admiten los medios probatorios correspondientes a ambas partes y se otorga un plazo al Contratista de 10 días para la presentación de la pericia ofrecida.

El 03 de diciembre 2020 se emite la Razón de Secretaría en la que se informa que durante el periodo del Estado de Emergencia y aislamiento social, el

presente proceso quedó suspendido, no habiéndose podido realizar actuación arbitral alguna.

Mediante *Resolución N° 5 de 03 de diciembre 2020*, el AU autoriza la notificación electrónica a las partes de las resoluciones y Laudo Arbitral. Estima prescindir de la referida pericia ofrecida por el contratista en la Audiencia de Saneamiento Procesal, Conciliación, Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios, pues se advierte que el Contratista no cumplió con presentar la referida pericia.

Se cita a las partes a la Audiencia de Sustentación de Posiciones.

El 29 diciembre de 2020 el Contratista presenta escrito con sumilla "Solicito Reprogramación".

Con fecha 30 de diciembre de 2020 se celebra la *Audiencia de Sustentación de Posiciones*, contando solo con la participación de la Entidad. Se inserta la *Resolución N°6, de la fecha*, en la que se reprograma la Audiencia de Sustentación de Posiciones.

Mediante *Resolución N° 7 de 18 de febrero 2021*, se reprograma la Audiencia de Sustentación de Posiciones.

Con fecha de 25 de enero de 2021 el Contratista presenta el escrito "Acumula pretensión".

El 28 de enero de 2021 se celebra la Audiencia de Sustentación de Posiciones contando con la participación de las partes. En el Acta respectiva que obra en autos, se inserta la *Resolución N° 8 de la fecha*, en la que se corre traslado el escrito presentado por el Contratista "Acumula pretensión". También se incluye la *Resolución N° 9* en la que se tiene presente que la Entidad da conformidad a la solicitud de Acumulación planteada y se le otorga un plazo de treinta (30) días para que conteste la Pretensión Acumulada.

El 12 de marzo de 2021 la Entidad presenta el escrito con sumilla "Contesto acumulación de pretensión".

Con *Resolución N° 10 17 de marzo 2021*, se tiene presente el escrito de la Entidad en el que contesta la Pretensión Acumulada y, conforme a ello, se solicita a la Secretaría Arbitral de SNA-OSCE reliquidar los gastos arbitrales en base a la ampliación de pretensión presentada por el Contratista de fecha 25 de enero de 2021.

El 06 de abril de 2021 el Contratista presenta escrito con sumilla "Descargo sobre contestación de demanda".

El 12 de julio de 2021 se emite la Liquidación de Gastos Arbitrales (Reajuste) conforme a lo dispuesto en la Resolución N° 10.

Con *Resolución N° 11 de 20 de julio de 2021* se pone a conocimiento de las partes la Liquidación de Gastos Arbitrales (Reajuste) de 12 de junio de 2021. Y

se corre traslado a la Entidad del escrito del Contratista que presenta nuevos medios probatorios.

Mediante *Resolución N° 12 de 31 de agosto de 2021* se otorga a la Entidad un plazo de diez (10) días hábiles adicionales a fin de que manifieste lo que considere conveniente respecto al escrito presentado por el Contratista de fecha 06 de abril 20212021. Y, se otorga al Contratista el plazo adicional de diez (10) días para que cumpla con acreditar el pago de los pagos arbitrales correspondiente, bajo apercibimiento de archivo de las pretensiones cuyos gastos arbitrales no se cancelen.

Con *Resolución N° 13 de 15 de noviembre de 2021*, se resuelve tener presente el escrito presentado por la Entidad y se ordena el *archivo* de las pretensiones acumulativas presentadas por el Contratista cuyos gastos arbitrales no fueron cancelados; se cita a las partes a la Audiencia de Hechos y Sustentación de Posiciones.

El 09 de diciembre de 2021 se celebra la *Audiencia de Hechos y Sustentación de Posiciones* con la participación de la Entidad, en el cual el AU cierra la etapa probatoria y otorga a las partes plazo de diez (10) días para que presenten sus alegatos escritos.

Con fecha de 16.de diciembre de 2021 la Entidad presenta escrito con sumilla "Presento Alegatos".

Con *Resolución 14 de 31 de enero 2022* se deja constancia que el Contratista no presentó sus alegatos escritos y se cita a las partes a la *Audiencia de Informes Orales*.

Con fecha 10.de febrero de 2022 la Entidad presenta escrito con sumilla "Solicito Reprogramación de Audiencia".

Mediante *Resolución N° 15 de 10 de febrero de 2022* , se reprograma la *Audiencia de Informes Orales*.

Con fecha 24 de febrero de 2022 se celebra la *Audiencia de Informes Orales* con la participación de las partes, otorgándoseles un plazo de cinco (05) días para que presenten sus conclusiones finales. En la misma audiencia se emite la *Resolución N° 16* en la que se informa indicaciones respecto al expediente arbitral del proceso y la emisión de laudo en su momento.

El 03 de marzo de 2022 la Entidad presenta escrito con sumilla "Presento conclusiones finales de la Audiencia de Informes Orales".

El 03 de marzo de 2022 el Contratista presenta escrito con sumilla "Documentos para mejor Resolver".

El 04 de marzo de 2022 el Contratista presenta escrito con sumilla "Documentos para mejor Resolver".

Que mediante Resolución N° 17 de fecha marzo del 2022, se fija el plazo para laudar en veinte (20) días hábiles, computados desde el día siguiente de efectuada la notificación a las partes con la presente resolución, plazo que se

prorroga automáticamente por quince (15) días hábiles adicionales, que se computaran desde el vencimiento del primer plazo y que vencen el 09 de mayo 2022.

Que estando al estado del proceso, y conforme a Derecho se procede a laudar dentro del plazo establecido.

CONSIDERANDO:

I.CUESTIONES PRELIMINARES

Antes de analizar las materias controvertidas, corresponde confirmar lo siguiente: (i) que, el Tribunal Unipersonal se contribuyó 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, el contratista fue debidamente emplazado, contestando la demanda, y ejerciendo plenamente su derecho de defensa y; v) que, las personas tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actúa todos sus medios probatorios, así como ejercer la facultad de presentar alegatos e, inclusive, de informar oralmente.

II ANALISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

PRIMERO. Que, la relación jurídico procesal entre las partes quedo establecida en virtud del Catálogo Electrónico de Acuerdo Marco¹, Orden de Compra N° 0000726 de fecha 02 de noviembre del 2017, (Orden de Compra Electrónica N° 81534-2017) CON FECHA DE FORMALIZACION 6 de noviembre del 2017, en adelante el Contrato, ofrecido como medio probatorio y que obra en el anexo 1-B de la demanda, con plazo de entrega de cuarenta (40) días calendario, por un monto de S/ 36,342,82 soles, para la adquisición de cuatro (4) escáner de documentos, cuyas características se consignan en la referida orden electrónica.

SEGUNDO.- El Arbitro Único para los efectos de resolver, valora, los documentos contractuales, anexos 1-B, C y D de la demanda., así como los documentos que lo contienen, tales como las disposiciones legales específicas del Acuerdo Marco, Reglas, especificaciones técnicas y demás documentación probatoria aportada por las partes, del mismo modo las disposiciones pertinentes de la Ley de

¹ Ley 30225.

Artículo 31. **Métodos especiales de contratación.**

31.1 Las Entidades contratan, sin realizar procedimientos de selección, los bienes y servicios que se incorporen en los Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco como producto de la formalización del acuerdo.

31.2 El reglamento establece los procedimientos para implementar o mantener Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco...

Reglamento de la Ley 30225.

Capítulo VIII. Catálogos Electrónicos de Acuerdos Marco.

Contrataciones y su Reglamento.

TERCERO.- Asimismo, el Tribunal Arbitral Unipersonal considera que los medios probatorios deben tener por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza, respecto de los puntos controvertidos y fundamentar las decisiones, conforme a los principios generales de la prueba, necesidad, originalidad, pertinencia y utilidad de la prueba.

CUARTO.- Es necesario resaltar que la normativa regulatoria al presente caso está establecida por lo dispuesto:

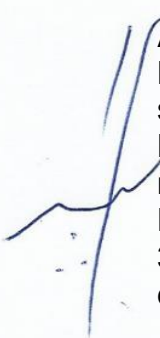
- a) Orden de Compra Electrónica N° 81534-2017) CON FECHA DE FORMALIZACION 6 de noviembre del 2017
- b) REGLAS del acuerdo Marco IM-CE-2017-3, Anexo 1-D de la demanda. Y normas pertinentes.
- c) Ley 30225 Ley de Contrataciones del Estado, en adelante la Ley, modificada por el Decreto Legislativo N°1341.
- d) Reglamento de la Ley, Decreto Supremo N° 350-2015-EF modificado por el Decreto Supremo N° 056-2017-EF, en adelante el Reglamento.

QUINTO.- En esa línea, el Árbitro Único declara haber revisado todos y cada uno de los medios probatorios presentados, analizándolos y adjudicándoles el mérito que les corresponde, aun cuando en el Laudo no se haga mención expresa a alguno o algunos de ellos o al valor probatorio asignado.

SEXTO.- De igual manera, el Árbitro conforme a las atribuciones establecidas en el Decreto Legislativo que aprueba el Arbitraje y a estar de los puntos controvertidos planteados por las partes, se declara competente y en la facultad legal de laudar.

SETIMO.- Que de acuerdo con lo establecimiento en la Audiencia de Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Saneamiento Probatorio, el presente proceso está orientado a establecer los puntos controvertidos detallados en dicha audiencia y consignados en el numeral ...de la parte considerativa, del presente laudo, por lo que se procede a Laudar:

PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Determinar si corresponde o no dejar sin efecto la Carta Notarial N°187-2017- MINEDU/SG-OGA de fecha 22 de diciembre de 2017, mediante la cual, deniega la solicitud de cambio de pedido de producto formulado mediante la Carta N° 105- 2017/T0P.GG por una errada interpretación de la normativa de compra pública



A los efectos de resolver la presente pretensión, es importante precisar que el Ministerio de Educación- Unidad Ejecutora 24- Sede Central, como ya se ha señalado, mediante el Procedimiento de Catálogos Electrónico de Acuerdo Marco, de la Central de Compras Públicas –PERU COMPRAS, el día 2 de noviembre del 2017 emitió al Proveedor TOPSALE. SAC la Orden de Compra N° 0000726, por 4 Capturadores de Imagen –Scanner, por un monto total de S/. 36,342.82 (treinta y seis mil trescientos cuarenta y dos y 82/100 soles) y un plazo de entrega de cuarenta (40) días calendario.

Con fecha 06 de noviembre 2017, se emite la Orden de Compra Electrónica N° 81534-2017, por 4 Escáner de Documentos de las siguientes características:

T/ALIMENTADOR DEHOJAS USB: SI SCSI: NO LAN: NO WLAN: NO
CAPACIDAD D/ALIMENTADOR: 200 HOJAS YAMAÑO MAXIMO: A-3
RESOLUCION OPTICA: 600 ppp CDT: 5000 pg CCD VELOCIDAD
D/CAPTURA MONOGROMATICA: 50 ppm VELOCIDADD/CAPTURA
COLOR 50 ppm G.F: 12 MESES UNIDAD HP SCANJET ENTERPRISE
FLOW N 9120 L26838. Por un monto de S/. 36,342.82 (treinta y seis mil
trecientos cuarenta y dos y 82/100 soles) y un plazo de entrega de cuarenta
(40) días calendario, documento a cuyos términos contractuales se somete
el proveedor, así como a las Reglas del Proceso establecidas en el
documento REGLAS del Acuerdo Marco IM-CE-2017-3, Anexo 1-D de la
demanda.


El plazo de entrega de los bienes VENCIO EL SABADO 16 DE DICIEMBRE del 2017, habilitándose para la entrega el lunes 18 de diciembre 2017.

Previo al vencimiento el día 13 de diciembre del 2017, tres días antes del vencimiento de la fecha de entrega, el contratista remitió a la Entidad la Carta N° 105-2017/TOP.GG, solicitando aprobación de cambio de modelo del equipo ofertado.

En la misma fecha el contratista también solicito a través de la carta 106-2017/TOP.GG, quince (15) días de ampliación de plazo, contados a partir de la aprobación del cambio de los equipos, para la entrega.

Mediante Carta Notarial N°187-2017-MINEDU/SG-OGA de fecha 22 de diciembre 2017, recepcionada por el contratista el 27 de diciembre 2017, la Entidad da respuesta a ambas comunicaciones, Fijando su posición.

- A la Carta N° 105-2017/TOP.GG, solicitando aprobación de cambio de modelo del equipo ofertado, la Entidad responde: *... "que no es posible acoger su solicitud, siendo que su representada debe entregar los bienes de acuerdo a lo ofertado, debido que aceptar el cambio del bien contratado contravendría con lo señalado en las reglas establecidas para llevar a cabo la presente contratación"*
- A la carta 106-2017/TOP.GG, solicitando quince (15) días de ampliación de plazo, contados a partir de la aprobación del cambio de los equipos, para su entrega, la Entidad responde... *"se declara improcedente, por cuanto la misma no cumple con los requisitos establecidos en la normativa de contrataciones del Estado"*.



Así mismo, verifica de la comunicación que además, la Entidad incluye un tercer punto relativo al APERCIBIMIENTO DE RESOLVER EL CONTRATO, si en un plazo de 3 días calendario no cumple las obligaciones contractuales, amparando el apercibimiento en lo dispuesto en el artículo 136 del Reglamento.

El Contratista solicita como Primera Pretensión se deje sin efecto, la Carta Notarial N° 187-2017-MINEDU/SG-OGA de fecha 22 de diciembre de 2017, en

el extremo que deniega la solicitud de cambio de modelo del producto formulado mediante la Carta N° 105-2017/TOP.GG supuestamente por una errada interpretación de la normativa de compra pública.

Aduce el Contratista que la Entidad hace una errada interpretación de la normativa de compra pública, señalando que mediante la Carta Notarial N° 187-2017-MINEDU/SG-OGA, la Entidad deniega el cambio de pedido amparado en el documento IM-CE-2017-3 "Reglas del método especial de contratación a través de los catálogos electrónicos de acuerdo marco", elaborado por la Central de Compras Públicas

- PERÚ COMPRAS que señala:

"(...)

El Proveedor no podrá entregar a la Entidad otros bienes que no sean los detallados en la orden de compra, quedando expresamente prohibido el ofrecimiento de cualquier modificación, en las condiciones inicialmente ofertadas, aun cuando estas pudiesen considerarse mejoras".

Asimismo, argumenta que la Entidad se remite a la Opinión N° 055-2015-DTN de fecha 15 de abril de 2015, esto es, antes de la vigencia de la actual normativa y Opinión N° 177-2017-DTN, de las cuales se ha hecho una indebida referencia.

Que la Entidad soslaya la aplicación de la normativa de compra pública, mediante la aplicación de normas que no tienen carácter legal ni reglamentario.

Que el documento IM-CE-2017-3, es el documento que utiliza PERU COMPRAS para llevar a cabo, los procedimientos de selección esto es, una especie de bases estandarizadas; siendo que dicho documento no puede oponerse a los efectos de la normativa de compra pública que prevé la posibilidad de aceptar modificaciones a los productos.

Que la Opinión N° 055-2015-DTN es un documento expedido por el OSCE que no tiene jerarquía legal a efectos de sustituirse en la normativa de compra pública, sino más bien, tiene un elemento de interpretación respecto a la norma.

Que en el presente caso, la aplicación de la citada opinión ciertamente, resulta improcedente toda vez, que la presente controversia surge con la Ley N° 30225 a diferencia de dicha opinión que se da en el marco del Decreto Legislativo N° 1017.

Que la negativa de la Entidad de amparar el pedido de cambio se sustentó en elementos de carácter procedimental así como una opinión, quedando claro, que la Entidad no sustentó su decisión en una verdadera evaluación del artículo 34-A de la Ley o 142 del Reglamento.

Que, corresponde al Tribunal Unipersonal evaluar si es que la negativa de la Entidad sustentada en las bases del Acuerdo Marco y en la Opinión citada, pueden sustituirse en la posibilidad que la norma otorga a la Entidad para evaluar las modificaciones al producto.

Señala que en el presente caso, el pedido no se debió a cualquier capricho sino

más bien, en estricta aplicación del Principio de Vigencia Tecnológica, reconocido en el artículo 2, literal g) que señala que:

g) Vigencia Tecnológica. Los bienes, servicios y obras deben reunir las condiciones de calidad y modernidad tecnológicas necesarias para cumplir con efectividad la finalidad pública para los que son requeridos, por un determinado y previsible tiempo de duración, con posibilidad de adecuarse, integrarse y repotenciarse si fuera el caso, con los avances científicos y tecnológicos.

Manifiesta que el fabricante HP les informó que el producto debido a la innovación Tecnológica ya no producían, por ello, se ofreció un segundo producto que es el HP scanjet Enterprise flow n9120, que es el producto que sustituye tecnológicamente al producto del acuerdo marco.

Que el Ministerio eludiendo la obligación que los bienes deben reunir las condiciones de modernidad tecnológica denegó el pedido de cambio; aspecto que ciertamente, vulnera el Principio de Vigencia Tecnológica.

Que en base a lo expuesto, solicita se sirva dejar sin efecto, la Carta Notarial N° 187-2017-MINEDU/SG-OGA de fecha 22 de diciembre de 2017 debido a que adolece de una adecuada motivación y además, que deniega la aplicación de la norma de compra pública por documentos de menor jerarquía normativa.

Sobre el particular El Arbitro Único luego del análisis efectuado a la argumentación y documentación probatoria actuada por el Contratista, determina que la Entidad procedió conforme a la Normativa de Contrataciones al denegar el cambio de modelo de equipos y la ampliación de plazo solicitada.

En tal sentido carece de fundamento legal lo manifestado por el Contratista respecto a que la Entidad, hizo una errada interpretación de la normativa de compra pública, como sustento legal de la Carta Notarial N° 187-2017-MINEDU/SG-OGA de fecha 22 de diciembre de 2017, que deniega el cambio de modelo de equipo ofertado y la ampliación de plazo.

A juicio de este Arbitro Único, no existe DISPOSICION de menor jerarquía normativa aplicada por la Entidad para denegar el cambio de equipo, así el literal b) del artículo 83.1 de la Ley 30225 y su modificatoria el Decreto Legislativo N° 1341, establecen que las REGLAS del Procedimiento Especial De Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco a cargo de PERU COMPRAS deben cumplirse obligatoriamente ², por tanto la Carta Notarial N° 187-2017-MINEDU/SG-OGA

² ARTICULO 83.-DESARROLLO DE CATALOGOS DE ACUERDO MARCO

83.1. la implementación o extensión de la vigencia de los Catálogos Electrónicos de acuerdo Marco, a cargo de PERU COMPRAS, se sujeta a lo siguiente:

b) Las reglas especiales del procedimiento establecen las condiciones que deben cumplirse para la realización de las actuaciones preparatorias, las reglas del procedimiento, las condiciones a ser aplicadas durante la ejecución contractual, entre otros aspectos a ser considerados...”

f) La formalización de un Acuerdo Marco entre PERU COMPRAS y los proveedores adjudicatarios, supone para estos últimos la aceptación de los términos y condiciones establecidas como parte de la convocatoria respecto a la implementación o mantenimiento para formar parte de los Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco, entre los cuales pueden establecerse causales de suspensión, penalidades, u otros.

de fecha 22 de diciembre de 2017, no adolece de nulidad, y surte plenos efectos legales.

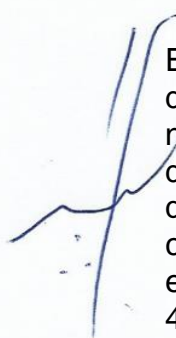
Al respecto, debe tenerse en consideración que el Contratista se sometió a las reglas de este Procedimiento Especial, y estaba obligado a cumplirlas escrupulosamente, habiendo suscrito la declaración jurada contenida en el anexo 2 de las Reglas, aceptando conocerlas, y sometiéndose a sus disposiciones, es decir no se puede alegar desconocimiento de las mismas, conforme lo dispone el Artículo 115.3 de la LEY, PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO : *“Tratándose de catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco y comparación de Precios el contrato siempre se perfecciona mediante la recepción de la orden de compra o de servicio. En el caso de Catálogos Electrónicos se debe tener en cuenta las consideraciones establecidas en el Acuerdo Marco respectivo.*

En este orden de análisis normativo, igualmente se determina que el documento IM-CE-2017-3, constituyen LAS REGLAS³ a las que se sometió el proveedor, y que en la práctica constituirían las bases del proceso, y que contrariamente a lo que sostiene el Contratista, estas no se oponen a la normativa de compra pública, sino que constituyen las disposiciones específicas sobre el bien adquirido, a las que se obligan las partes, y constituye un documento contractual de cumplimiento obligatorio, por tanto si resulta de aplicación obligatoria al caso, el Artículo 4. Condiciones del PROVEEDOR.

4.2 Cumplimiento de su oferta.

El PROVEEDOR debe atender la orden de compra publicada por la ENTIDAD que registre el estado ACEPTADA C/ENTREGA PENDIENTE, de conformidad con las especificaciones técnicas, precios, y condiciones comerciales establecidas en la ORDEN DE COMPRA generada en el aplicativo.

EL PROVEEDOR no podrá entregar a la ENTIDAD otro(s) bien(es) que no sea(n) el (los) detallado(s) en la ORDEN DE COMPRA, quedando expresamente prohibido el ofrecimiento de cualquier modificación en las condiciones inicialmente ofertada, aun cuando estas pudiesen considerarse mejoras.



En cuanto a que la carta Notarial N° 187-2017-MINEDU/SG-OGA de fecha 22 de diciembre de 2017 carece de motivación, a juicio de este Arbitro Único la carta no adolece de motivación suficiente, pues en forma puntual precisa las causales del incumplimiento contractual, esto es el incumplimiento del plazo de entrega, que venció el lunes 18 de diciembre del 2017 aspecto eminentemente contractual, y previsto en la Normatividad de Contrataciones en consecuencia en este caso concurre el requisito de validez de motivación previsto en numeral 4 del artículo 3° de la Ley 27444,aplicable supletoriamente.

³ IM-CE-2017-3. REGLAS DEL METODO ESPECIAL DE CONTRATACION A TRAVES DE LOS CATALOGOS ELECTRONICOS DE ACUERDO MARCO.

1 Generalidades.

1.1 Definición del documento.

Documento que contiene las reglas especiales asociadas a las contrataciones a ser realizadas a través de los Catálogos Electrónicos de Acuerdos Marco que serán aplicables para la ENTIDAD y el PROVEEDOR durante la vigencia de aquellos, en adelante las REGLAS.

Por tanto, no existe una inadecuada motivación por parte de la Entidad para denegar la solicitud de cambio de equipo, esta se sustenta legalmente en la aplicación del artículo 4.2 de las reglas citado antes, disposición concordante con las disposiciones de la Normativa de contrataciones conforme hemos desarrollado en este análisis, debiendo quedar establecido, que no constituyen normas de menor jerarquía, por el contrario son normas de aplicación obligatoria para la administración y prevalecen en la ejecución del contrato, en función de lo cual la Entidad fijo su posición contractual, determinándose que la Entidad no estaba obligada a aceptar el cambio de equipo. Por lo que en opinión de este Arbitro Único la Entidad amparo legalmente la denegatoria a la solicitud de cambio de equipo, formulada mediante carta del Contratista N° 105-2017/TOP.GG de fecha 13 de diciembre del 2017. No existiendo ningún elemento de orden legal o administrativo que permita dejar sin efecto, en este extremo la Carta Notarial N° 187-2017-MINEDU/SG-OGA de fecha 22 de diciembre de 2017, la misma que surte plenos efectos legales.

En consecuencia estando a lo expuesto se declara INFUNDADA la **PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL**, formulada por el Contratista, no existiendo elementos de orden legal que amparen o justifiquen dejar sin efecto, la Carta Notarial N° 187-2017-MINEDU/SG-OGA de fecha 22 de diciembre de 2017, mediante el cual, deniega la solicitud de cambio de pedido de producto formulado mediante la Carta N° 105-2017/TOP.GG.

SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Consecuencia de la primera pretensión principal, se ordene a la Entidad aceptar los productos ofrecidos en la Carta N° 105-2017/TOP.GG y otorgar el plazo de cuarenta (40) días calendarios.

Estando a lo expuesto en el análisis de la Primera Pretensión Principal y habiéndose declarado Infundada la misma, no procede amparar esta segunda Pretensión Principal, quedando establecido que la Entidad procedió conforme a las Reglas del Artículo 4. Condiciones del PROVEEDOR. 4.2 Cumplimiento de su oferta. *El PROVEEDOR debe atender la orden de compra publicada por la ENTIDAD que registre el estado ACEPTADA C/ENTREGA PENDIENTE, de conformidad con las especificaciones técnicas, precios, y condiciones comerciales establecidas en la ORDEN DE COMPRA generada en el aplicativo. EL PROVEEDOR no podrá entregar a la ENTIDAD otro(s) bien(es) que no sea(n) el (los) detallado(s) en la ORDEN DE COMPRA, quedando expresamente prohibido el ofrecimiento de cualquier modificación en las condiciones inicialmente ofertada, aun cuando estas pudiesen considerarse mejoras.*

A mayor abundamiento debe señalarse que del análisis a la documentación actuada por el Arbitro Único se forma convicción que el Contratista TOPSALE SAC, si incurrió en incumplimiento contractual, conforme se verifica de los actuados al 18 de diciembre 2017, fecha de vencimiento para la entrega de los bienes ofertados, estos NO FUERON ENTREGADOS, lo que evidencia que el Contratista oferto bienes que no tenía en stock, al momento de formular su oferta. Debe tenerse en consideración que el Contratista conocía perfectamente el procedimiento especial a que estaba sometido el proceso y oferto bienes con los

cuales no contaba, lo que produjo el incumplimiento, no habiendo informado que debía importar los equipos, Evidenciando de la documentación que después del 13 de diciembre el Contratista exige que la Entidad acepte otros bienes distintos a los ofertados, bajo el argumento de Vigencia Tecnológica.

No se aprecia de la documentación actuada que exista consulta u observación respecto de las características técnicas de otros equipos, o que estos iban recién a ser importados, la Entidad ha manifestado en el proceso que este hecho hizo que se dejara de lado otras ofertas de proveedores que si tenían en stock los equipos, por tanto la ampliación de plazo resultaba improcedente conforme a lo dispuesto en el artículo 34.5 de la Ley, por cuanto el incumplimiento no fue involuntario al Contratista, es decir no fue ajeno a su voluntad, era perfectamente predecible, dado que la vigencia tecnológica no se produce intempestivamente, esto demuestra la falta de diligencia al formular la oferta, por lo que en este caso no procede la modificación a los términos de la orden de compra, posición que ha fijado la Entidad a lo largo del proceso, no resultando de aplicación el artículo 34-A del reglamento como argumenta el Contratista, dado que este no es un hecho sobreviniente al contrato, sino que la supuesta desactualización del producto, venía desde antes de formular la oferta el proveedor, lo que devenía lógicamente en no formular la oferta.

Respecto de la ampliación de plazo el Contratista no controvierte la denegatoria del plazo de quince (15) días inicialmente solicitado a través de la carta 106-2017/TOP.GG, que le fueron denegados, plazo que a solicitud del Contratista debía operar a partir de la aprobación del cambio de los equipos, que se proponían y a lo que la Entidad respondió; *“se declara improcedente, por cuanto la misma no cumple con los requisitos establecidos en la normativa de contrataciones del Estado”*.

En la presente Pretensión el Contratista solicita cuarenta (40) días de ampliación de plazo, no sustentando ni justificando la ampliación de plazo solicitado, retirando en este punto nuestro análisis que la ampliación de plazo legalmente resulta improcedente conforme se ha tratado en el comentario anterior.

En consecuencia, no corresponde ordenar a la Entidad aceptar los productos ofrecidos en la Carta N° 105-2017/TOP.GG y otorgar el plazo de cuarenta (40) días calendarios por lo que se declara INFUNDADA LA SEGUNDA PRETENSION PRINCIPAL.

TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

Determinar si corresponde o no, en el supuesto se declare fundada cualquiera de las pretensiones previamente señaladas, dejar sin efecto la Carta Notarial Si extremo que nos requiere que en el plazo de tres (03) días entreguemos un producto desfasado tecnológicamente.

El Contratista solicita en su demanda que se deje sin efecto, la decisión de la Entidad de no aceptar el pedido de cambio de los bienes ofertados, y que como consecuencia de ello, se deje sin efecto, el requerimiento formulado en la Carta Notarial N° 187-2017-MINEDU/SG-OGA de fecha 22 de diciembre de 2017 en el extremo, que en el plazo de tres (03) días entreguen el producto ofertado, un producto desfasado tecnológicamente.

El Contratista sostiene que conforme a la lectura de la declaración del

fabricante HP, se infiere que los productos señalados en la orden de compra se encuentran desfasados tecnológicamente, lo que vulnera el Principio de Vigencia Tecnológica, y que pese a ello, la Entidad requiere la entreguen los productos ofertados, en este punto El Arbitro Único precisa que en cuanto al supuesto desfase tecnológico de los bienes solicitados en el proceso, este es un aspecto de orden administrativo que deberá evaluar la administración a los efectos de determinar las responsabilidades administrativas si fuera el caso, habiendo acreditado la Entidad que a la fecha que se requirió el producto en la plataforma del SEACE 6 proveedores manifestaban contar con dichos bienes. (Pág. 7 y 8 de alegatos)

Ahora bien, la presente Pretensión nos lleva analizar el tercer Extremo de la carta Notarial N° 187-2017-MINEDU/SG-OGA de fecha 22 de diciembre de 2017, que hemos tratado al analizar la Primera Pretensión, relativo al APERCIBIMIENTO DE RESOLVER EL CONTRATO, si en un plazo de 3 días calendario el Contratista no cumplía las obligaciones contractuales, es decir no cumplía con entregar los bienes ofertados, amparando el apercibimiento en lo dispuesto en el artículo 136⁴ del Reglamento.

Conforme a lo dispuesto en el numeral 9.8 de las REGLAS: **Causal y procedimiento de resolución contractual.** La Resolución contractual se efectuara conforme a la Ley y al reglamento, es decir nos remite a lo dispuesto en los artículos 36 de la Ley, 135 y 136 del Reglamento.

Que analizado el procedimiento de resolución, efectuado por la Entidad este cumple las formalidades que exige el Art 136 del Reglamento, Primero señalo el incumplimiento. Segundo otorgó el plazo de 3 días para el cumplimiento de la obligación y tercero, formulo el apercibimiento de resolución contractual mediante Carta Notarial, en consecuencia como ya se ha expuesto anteriormente, la Carta Notarial N° 187-2017-MINEDU/SG-OGA de fecha 22 de diciembre de 2017, de pre aviso de resolución contractual, cumple las formalidades de ley, surtiendo plenos efectos legales, por tanto no existen elementos válidos para declarar su nulidad o dejarla sin efecto.

Finalmente de todo lo evaluado se determina que al acto administrativo de Resolución Contractual, contenido en la carta Notarial N° 187-2017-MINEDU/SG-OGA de fecha 22 de diciembre de 2017, no está afecto a ningún vicio de nulidad habiéndose efectuado conforme al Procedimiento de los artículos 36 de la Ley, 135 y 136 del Reglamento por lo que se declara INFUNDADA LA PRESENTE PRETENSION.

CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Determinar si corresponde o no en el supuesto que se declare fundada cualquiera de las pretensiones previamente señaladas, se deje sin efecto, la Carta Notarial N° 004-2018/SG-OGA que resolvió la Orden de Compra N° 000726-2017.

De la Revisión de los actuados se determina que la Entidad, mediante Carta

⁴ REGLAMENTO.

Artículo 136. Procedimiento de Resolución de Contrato.

Si alguna de las partes falta al cumplimiento de sus obligaciones, la parte perjudicada debe requerir mediante carta notarial que las ejecute en un plazo no mayor a cinco (5) días, bajo apercibimiento de resolver el contrato.

Notarial N° 004-2018/SG-OGA de fecha 29 de enero 2018, recepcionada por el Contratista vía Notarial el 31 de enero 2018, ANEXO 1.M de la demanda, procedió a RESOLVER la orden de compra N° 0000726-2017; conforme fluye de los actuados a dicha fecha el Contratista no había entregado los bienes ofertados, determinándose que incumplió con el apercibimiento efectuado a través de la carta Notarial N°187-2017- MINEDU/SG-OGA, de fecha 22 de diciembre de 2017, lo que activo la resolución, conforme a lo dispuesto en el tercer párrafo del artículo 136 del reglamento, procediendo la Entidad a resolver la orden de compra, (...) *Si vencido dicho plazo el incumplimiento continua, la parte perjudicada puede resolver el contrato en forma total o parcial, comunicando mediante carta notarial.*

Así mismo, se determina que el proceso de resolución contractual se ciñó estrictamente al procedimiento previsto en los artículos 36 de la Ley, 135 y 136 del reglamento, conforme se verifica de las pruebas documentarias que obran en el expediente Carta Notarial N° 187-2017-MINEDU/SG-OGA de fecha 22 de diciembre de 2017 y Carta Notarial N° 004-2018/SG-OGA de fecha 29 de enero 2018, que resuelve la Orden de Compra N° 0000726-2017, por tanto la carta de resolución, no adolece de vicio de nulidad que permita dejarla sin efecto, surtiendo plenos efectos legales y administrativos.

En consecuencia estando a lo expuesto se declara Infundada la presente pretensión, no correspondiendo dejar sin efecto la Carta Notarial N° 004-2018/SG-OGA que resolvió la Orden de Compra N° 000726-2017.

PRIMERA PRETENSIÓN ALTERNATIVA: Determinar o no en el supuesto negado, que no corresponde atender todos y/o cualquiera de las pretensiones previamente señaladas, se proceda a resolver la Orden de Compra N° 000726-2017 sin culpa del Contratista o por caso fortuito o fuerza mayor y se ordene la devolución de los bienes que fueron ingresados el 1 de febrero de 2018.

El Arbitro Único se ha formado convicción a lo largo del proceso y conforme se determina y evidencia de los actuados, que el hecho que dio lugar al incumplimiento es un hecho perfectamente previsible, y evitable, antes de formular la oferta, si es que el contratista hubiera actuado con diligencia, por el contrario el contratista oferto bienes que no tenía en stock, y como el mismo señala desfasados tecnológicamente, y aun así oferto, por tanto no existe causal de justificación en el incumplimiento, no configurándose en el presente caso los supuestos de caso fortuito o fuerza mayor, que señala el Contratista.

Por lo que resolviendo el Arbitro Único declara que no existen elementos de juicio para variar las causas de resolución contractual, de la Orden de Compra N° 000726-2017 por incumplimiento del Contratista dispuestas por la Entidad a través efecto la Carta Notarial N° 004-2018/SG-OGA, la misma que se encuentra firme y surte plenos efectos legales y administrativos.

El Contratista solicita al Árbitro Único que ordene, la devolución de los bienes que fueron ingresados a la Entidad el 1 de febrero del 2018, sobre el particular la Entidad ha informado en el proceso, que mediante Oficio N° 374-2018-MINEDU/SG-OGA (pág. 8 alegatos) se le comunico al proveedor que debía proceder con el recojo de los bienes ingresados a la Entidad, en tal sentido estando autorizada por la Entidad el recojo de los bienes, no corresponde al

Árbitro Único dicha autorización.

En consecuencia se declara Infundada la presente Primera Pretensión Alternativa

PRETENSION RECONVENCIONAL:

Determinar si corresponde o no ordenar al Contratista el pago de S/ 3 634.28 soles por concepto de acumulación del máximo de penalidad.

Conforme esta analizado en la parte considerativa, se determina de los actuados que el retraso incurrido por el Contratista en la entrega de los bienes ofertados, es injustificado, y directamente imputable al Contratista, operándose la mora desde el día 19 de diciembre del 2017, día siguiente al vencimiento del plazo de entrega, de cuarenta días calendario para entrega de los bienes ofertados, hasta la fecha en que la Entidad resolvió administrativamente el contrato u orden de compra, 31 de Enero de 2018, son 12 días de atraso, por lo que estando a lo dispuesto en el artículo 133⁵ del reglamento, corresponde aplicar la penalidad de ley.

Que revisado el cálculo de la penalidad determinada por la Entidad, conforme a la fórmula establecida en el citado artículo 133, se establece una penalidad diaria de S/. 227.14, por cada día de atraso, lo que hace una penalidad acumulada de S/ 6,359.99, sin embargo la penalidad conforme a lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 132⁶ no podrá exceder del 10% del monto del contrato vigente por lo que esta se fija en S/ 3,634.28.

En consecuencia estando a lo expuesto se declara FUNDADA la PRIMERA PRETENSION RECONVENCIONAL, ORDENANDOSE que el Contratista pague por concepto de penalidad la cantidad de S/. 3,634.28.

Por las consideraciones expuestas que fluyen de los actuados, conforme a la atribuciones conferidas, y a lo dispuesto en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por la Ley, y su REGLAMENTO, vigentes a la celebración del CONTRATO y el Decreto Legislativo 1071, este Árbitro Único, conforme a Derecho.

LAUDA:

PRIMERO: DECLARESE INFUNDADA LA DEMANDA EN TODOS SUS EXTREMOS, EN CONSECUENCIA DECLARESE INFUNDADAS LA PRIMERA, SEGUNDA, TERCERA Y CUARTA PRETENSIONES PRINCIPALES, ASI COMO INFUNDADA LA PRIMERA PRETENSION ALTERNATIVA.

⁵ REGLAMENTO.

Art.133. Penalidad por mora en la ejecución del contrato

⁶ Art. 132

(...)

La Entidad debe prever en los documentos del procedimiento de selección la aplicación de penalidad por mora; asimismo, puede prever otras penalidades. Estos dos tipos de penalidades pueden alcanzar cada una un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente, o del ser el caso del ítem que debió ejecutarse.

SEGUNDO: DECLARESE FUNDADA LA PRETENSION RECONVENCIONAL, ORDENANDOSE que el Contratista pague a la Entidad, por concepto de penalidad la cantidad de S/. 3,634.28.

TERCERO: No habiéndose señalado pacto alguno en el CONTRATO con respecto a los gastos arbitrales, en aplicación del numeral 1 del artículo 73º del Decreto Legislativo 1071, el Árbitro Único, teniendo en cuenta el resultado del proceso se pronuncia condenando al Contratista al pago del 100% de los gastos arbitrales.

Se expide el presente Laudo en la ciudad de Lima, a los tres días del mes de mayo del año dos mil veintidós.

Notifíquese a las partes.



LUIS EDUARDO ADRIANZEN DE LAMA
Árbitro Único