

CARATULA DE LAUDO II

Demandante: EMPRESA SERVICIOS POSTALES DEL PERU S.A. – SERPOST S.A.

Demandado: MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES

Contrato:

(1) Contrato N°126-2011-MTC/10, de fecha 22 de diciembre de 2011, para la “SERVICIO DE MENSAJERIA NACIONAL”.

Monto: 1'694,980.20

(2) El Adenda N° 1, de fecha 19 de diciembre de 2012, donde se acuerda reducción de prestaciones al contrato N° 126-2011-MTC/10, de fecha 22 de diciembre de 2011.

Reducción de Monto: 423,745.05

(3) El Adenda N° 2, de fecha 3 de octubre de 2013, con prestaciones adicionales al contrato N° 126-2011-MTC/10, de fecha 22 de diciembre de 2011. (4) El contrato de fecha 13 de diciembre de 2013, con complementario al contrato N° 126-2011-MTC/10, de fecha 22 de diciembre de 2011; actos que en conjunto se le denomina en adelante EL CONTRATO.

Monto: 190,685.27

Cuantía de la controversia:

De la demanda, S/. 13,157.45

De la reconvenición, S/. 2,631.46

Pretensiones no cuantificadas

Tipo y número de procedimiento de selección:

CONCURSO PUBLICO N° 001-2011-MTC/10; convocada por el MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES.

Monto de Honorarios del Árbitro Único: S/. 7,637.84

Monto de Honorarios del Árbitro Único: S/. 3,586.00

Árbitro Único: abogado Luis Alberto Angulo Budge

Secretaria Arbitral: abogado Gianfranco Raúl Ferruzo Dávila.

Fecha de emisión del Laudo II: 17 de mayo de 2022

Numero de folios: 43

Pretensiones:

- Conformidad del servicio.
- Pago del saldo de monto de contrato.
- Mora en el cumplimiento.
- Penalizaciones.

LAUDO ARBITRAL II

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO DICTADO EN EL ARBITRAJE SEGUIDO POR EMPRESA SERVICIOS POSTALES DEL PERU S.A. – SERPOST S.A., CONTRA MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES; SOBRE OTORGAMIENTO DE CONFORMIDAD, PAGO, INTERESES Y COSTAS, ANTE EL ARBITRO ÚNICO ABOGADO LUIS ALBERTO ANGULO BUDGE.

Resolución N° 25

Lima, 15 de mayo de 2022

PREAMBULO

Estimamos que antes de expedir el Laudo II en el arbitraje entre **MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES** con **EMPRESA SERVICIOS POSTALES DEL PERU S.A. – SERPOST S.A.**, debemos explicar lo siguiente:

1. La síntesis del fundamento para la formulación del Recurso de anulación, por parte del MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES, es:

“(…) Incurre en motivación aparente el laudo que resuelve otorgar conformidad “tácita” del servicio, sin expresar la fuente normativa de dicha figura (…)”

2. Como se precisa en el Laudo “parcialmente” anulado, la **conformidad tácita** ante el silencio de la Ley Contrataciones del Estado aplicable, reiterado en algún momento entonces ⁽¹⁾, se decía que era necesario “(…) conocer, que existe normativa supletoria, cuando se señala que la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento prevalecen sobre las normas de derecho público y sobre aquellas de derecho privado que sean aplicables ⁽²⁾, lo que significa que en lo no previsto en Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, es de aplicación supletoria las normas de derecho público y, sólo en ausencia de éstas, las de derecho privado ⁽³⁾ (…)”.

¹ Resolución N° 22 de 14 de mayo de 2021.

² Art. 5 de la Ley de Contrataciones del Estado aprobada por el Decreto Legislativo N° 1017.

³ Silencio Administrativo.

LUIS ALBERTO BUDGE
Abogado-Arbitro
CAL. 6288

3. A fin de establecer que existió la aceptación tácita se aplicó en forma supletoria y al amparo del Art. 5 de la Ley de Contracciones del Estado aprobada por el Decreto Legislativo N° 1017, la figura del silencio administrativo.

La fuente normativa del silencio administrativo se encuentra, en la Ley N° 27444, originalmente en sus artículos 33 y 34, derogados por la Ley N° 29060 y derogada esta, re- incorporados al Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, por el Decreto Legislativo N° 1272.

4. La doctrina legal interpreta, respecto al silencio administrativo positivo, que se considerará automáticamente aprobados si, vencido el plazo establecido o máximo, la entidad no hubiera emitido el pronunciamiento correspondiente, no siendo necesario expedirse pronunciamiento o documento alguno para que el interesado pueda hacer efectivo su derecho, bajo responsabilidad del funcionario o servidor público que lo requiera.
5. Este tema se desarrolla ampliamente en el Laudo anulado y en el Resolución N° 22 de 14 de mayo de 2021:

“(...) “Aclaración” al argumento de falta de motivación

32. Le preocupa a la entidad la falta de motivación de lo resuelto en el Laudo, por lo que se pasa glosar las partes pertinentes del mismo, con alguna atingencia en temas elementales.

33.- Sobre la **conformidad de servicio**, en la Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos, realizada el día 5 de octubre de 2018, por acuerdo de las partes se fijó como punto controvertido materia de competencia del árbitro: “(...) Determinar si corresponde o no declarar que “se extienda la conformidad de servicio de 4 facturas de la serie 179 (0047652 por S/. 1,727.85; 0049099 por S/. 1,410.00; 0049809 por S/. 8,226.35 y 004808 por S/. 1,792.75) correspondientes a los servicios de mensajería prestados en el marco de EL CONTRATO., respetivamente para el ulterior pago de la suma ascendente a S/. 13,157.45, la misma que se encuentra respaldada en 4 dichas facturas, que no fueron observadas ni penalizadas por LA ENTIDAD. (...)”

34.- En relación a este punto controvertido el árbitro resolvió:

“(..) Declarar IMPROCEDENTE la pretensión de la EMPRESA SERVICIOS POSTALES DEL PERU S.A. – SERPOST S.A., en el extremo que se extienda la conformidad del servicio objeto de EL CONTRATO. (...)”

35.- El árbitro fundamentó su decisión:

“(...)

(14) LA CONTRATISTA requiere, por parte de LA ENTIDAD, conformidad del servicio⁽⁴⁾ en las siguientes comunicaciones:

- Carta N° 35-OON/13 de 21 de mayo de 1913
- Carta N° 159-OON/14 de 2 de junio de 2014
- Carta N° 160-OON/14 de 2 de junio de 2014

(15) Respecto al plazo para otorgar la conformidad, el RLCE, dispone “(...) el responsable de otorgar la conformidad de recepción de los bienes o servicios, deberá hacerlo en un plazo que no excederá de los diez (10) días calendario de ser estos recibidos, (...)”⁽⁵⁾.

(16) Si dentro de dicho plazo de diez (10) días calendario existe observación se le dará a LA CONTRATISTA “(...) un plazo prudencial para su subsanación (...) Si pese al plazo otorgado, no cumpliera a cabalidad con la subsanación, la Entidad podrá resolver el contrato, sin perjuicio de aplicar las penalidades que corresponda ”⁽⁶⁾.

(17) Insistimos en señalar que el plazo para otorgar la conformidad, - diez (10) días calendario- es de caducidad. De no ser así, no tendría ningún sentido que la LCE⁷ señale un tiempo para ejercer un derecho.

(18) La caducidad como la prescripción- representan la importancia del transcurso del tiempo en las relaciones jurídicas. Estando. El derecho de otorgar la conformidad del que goza LA ENTIDAD, nace con un plazo de vida y, pasado este, se extingue, es un derecho de duración limitada. La falta de ejercicio de un acto con efectos jurídicos, se traduce en consentimiento.

(19) Interpretamos la conformidad tácita⁽⁸⁾ en el sentido afirmativo de consentimiento, pues, de acuerdo a ley, para el caso de falta de conformidad debe ser expresa, pues ese caso EL CONTRATISTA, tiene derecho a que se le otorgue un plazo para subsanar las observaciones.

1° CONCLUSIÓN. - El plazo de caducidad de 10 días para la conformidad caducó.

2° CONCLUSIÓN. - Caducado el plazo, bajo responsabilidad de los funcionarios, se dio conformidad del servicio por consentimiento.” (...)”

Improcedente la pretensión que se extienda la conformidad

36.- Existen alguna situación en la ejecución contractual, bajo el régimen de la LCE, que favorecen –o se le otorga prerrogativas- a la entidad, a las que algunos autores denominan “clausulas exorbitantes”; por lo que cuesta entender que una relación jurídica en las que las partes –así sea una de ellas el Estado-, se presume, actúan como sujetos derecho privado, puedan existir “situaciones”, que favorecen a una de ellas rompiendo así el equilibrio sustentado en la consensualidad.

37.- Con esa misma preocupación⁽⁹⁾, debe entenderse –pues es de conocimiento elemental-, que no solo hay que determinar la “Ley Aplicables” – tema ampliamente desarrollado anteriormente-, sino además conocer, que existe normativa supletoria, cuando se señala que la LCE y su RLCE prevalecen sobre las normas de derecho público y sobre aquellas de derecho

⁴ Bajo la sumilla “Solicitud de conformidad y pago por servicios de mensajería ofrecido”.

⁵ Artículo 181 del RLCE.

⁶ Artículo 176 del RLCE.

⁷ En concordancia EL CONTRATO.

⁸ Tácito “resulta de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlos, excepto en los casos en que por ley o por convenio la voluntad deba manifestarse expresamente”.

⁹ Hay autores que aceptan la supletoriedad de las normas del derecho privado, pero no las de derecho público, pues, según ellos, “...éstas resultarían incompatibles con la lógica contractual”.

LUIS A. ANGULO BUDGE
Abogado-Arbitro
CAL. 6288

privado que le sean aplicable⁽¹⁰⁾. Lo que significa que en lo no previsto en la LCE y el RLCE., es de aplicación supletoria las normas de derecho público y, sólo en ausencia de éstas, las de derecho privado.

38. Hablando de los efectos del vencimiento del plazo para la conformidad, hay norma de derecho público –de aplicación supletoria a la LCE- que crea una ficción legal⁽¹¹⁾ para proteger a los particulares frente a una administración poco diligente, por ello se concluye en el Laudo, que “(...) Caducado el plazo, bajo responsabilidad de los funcionarios, se dio conformidad del servicio por consentimiento (...)”, por falta de diligencia.

39. Silencio positivo, pues no puede ser negativo dado que la “(...) falta de conformidad debe ser expresa, pues en ese caso EL CONTRATISTA, tiene derecho a que se le otorgue un plazo para subsanar las observaciones (...)”

40.- Bajo el régimen de la LCE en su versión original, esa falta de diligencia se traduce en un incumplimiento por parte de la entidad y no necesariamente en una controversia que obligue a conciliación o arbitraje, pues tiene su regulación administrativa supletoria.

QUINTA CONCLUSION. – La pretensión de LA CONTRATISTA, en el sentido que se extienda la conformidad, es improcedente y no infundada.

41.- Con la modificación del artículo 176 del RLCE., por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF., dado en el año 2012; vencido el plazo señalado - de los diez (10) días calendario-, deja de ser un incumpliendo contractual (sujeto a normas administrativas) y pasa a constituirse en una controversia materia de arbitraje. Este –el arbitraje-, sujeto a un plazo de caducidad, vencido el cual no queda otra alternativa que la justicia ordinaria.

42.- Se reitera, que la modificación del Decreto Supremo N° 138-2012-EF., dado en el año 2012 no era aplicable por razones de temporalidad.

43.- Siguiendo con la transcripción del análisis relacionado al tema de la conformidad, que demuestra la amplia motivación, se señala en el Laudo:

“(...)”

(20) Dentro de este contexto, donde legalmente sólo se dispone diez (10) calendario para otorgar la conformidad, -o rechazar o señalar observaciones- LA ENTIDAD debe establecer- señalar- en sus normas de organización interna los protocolos, procedimientos y plazos que el funcionario del área usuaria⁽¹²⁾ debe aplicar en la verificación de la calidad, cantidad y condiciones contractuales... y de realización de pruebas si fueran necesarias.

(21) Dice la LCE., la verificación de los elementos (calidad, cantidad, condiciones contractuales, etc.) requiere de un informe del funcionario responsable del Área Usuaria. Con esta norma lo que se obtiene es que la Jefatura - del Área Usuaria¹³-, elude la responsabilidad inherente a esta actividad –por falta de control- y ello se traduce en los hechos –señalados por las partes- contenidos en los siguientes párrafos:

(22) Durante más de dos años de recibidas las comunicaciones por las que requiere LA CONTRATISTA la conformidad del servicio por parte de LA ENTIDAD y de “(...) varios documentos de cobranza por la falta de cancelación de las facturas (...)”, LA ENTIDAD no ha manifestado –en forma

¹⁰ Art. 5 LCE

¹¹ Silencio administrativo

¹² De acuerdo a la norma de la cláusula décima de EL CONTRATO, “(...) La supervisión y conformidad del servicio, estará a cargo de la oficina de Atención al Ciudadano y Gestión Documental (...)”.

¹³ La oficina de Atención al Ciudadano y Gestión Documental de LA ENTIDAD.

alguna-, observación respecto a la calidad –o falta de puntualidad- del servicio, -ni establecido penalidades ni cuestionado los montos requeridos-.

(23) Recién en octubre de 2016, como consecuencia de la conciliación entablada por LA CONTRATISTA, LA ENTIDAD –no por el funcionario responsable del área usuaria sino el Procurador Público-, requiere de la Unidad de Adquisiciones y Contrataciones de su Dirección de Abastecimiento información y documentación sobre la falta de cancelación de 4 facturas.

3° CONCLUSIÓN. - LA ENTIDAD emite el informe, para el que el artículo 176 del RLCE da 10 días, fuera de todo plazo razonables.

(24) Concluimos “fuera de todo plazo razonables”, pues el informe que debió, en todo caso, emitirse en mayo y junio de 2014, para los que se tenía, por ley, 10 días, se emitió diciembre de 2016.

(25) Informe en que se concluye que, “(...) existirían facturas que no habrían sido pagadas por el Ministerio, por tanto, en caso la procuraduría Pública del Ministerio determine que el pago de las mismas, deberá deducirse los montos correspondientes a la penalidad por mora y otras penalidades que, en su oportunidad, fueron aplicadas al servicio efectuado por la Contratista correspondientes a las facturas materia de controversia, hasta por un monto máximo de diez por ciento (10%) por cada una de ellas (...)”.

6. A pesar de lo expuesto en los párrafos precedentes, la PRIMERA SALA CIVIL SUBESPECIALIDAD COMERCIAL DE LA CORTE SUPERIOR DE LIMA, mediante Resolución número siete. Lima, seis de diciembre de dos mil veintiunos, respecto al laudo emitido con la fecha 8 de abril de 2021 en el arbitraje entre MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES con EMPRESA SERVICIOS POSTALES DEL PERU S.A. – SERPOST S.A., resuelve su anulación “parcial”.

“(...) DECISION:

Por las razones antes expuestas, este Colegiado Superior **resuelve:** Declarar **FUNDADO** en parte el recurso de anulación de laudo arbitral presentado por la **Municipalidad Distrital de Chorrillos**, por el literal b) del número 1 del artículo 63 de la Ley de Arbitraje, respecto al primero, segundo y tercero puntos resolutivos; en consecuencia, **NULO** el antedicho laudo arbitral en los mencionados extremos resolutivos; y **VALIDO** el laudo en cuanto a los puntos resolutivos cuarto, quinto y sexto; y **REENVIARON** la causa al árbitro para que emita un nuevo pronunciamiento. Con costas y costos”

Vocales:

Rolando Alfonso MARTEL CHANG
Miguel Ángel Benito RIVERA GAMBOA
Ana Marilú PRADO CASTAÑEDA (...)”

7. Lo que se traduce:

- (1) Declara fundado en parte el recurso de anulación de laudo arbitral “(...) presentado por la **Municipalidad Distrital de Chorrillos** (...)”.

Se hace la salvedad que el Laudo, materia de anulación, fue emitido en el arbitraje entre el MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES con EMPRESA SERVICIOS POSTALES DEL PERU S.A. – SERPOST S.A.

- (2) Declara fundado en parte el recurso de anulación de laudo arbitral “(...) por la causa del literal b) del número 1 del artículo 63 de la Ley de Arbitraje (...)”.

“(...) Que una de las partes no ha sido debidamente notificada del nombramiento de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos (...)”.

Con una enorme imaginación se estructura la siguiente composición de lo más ingeniosa: La entidad fundamenta el recurso de anulación en una ***motivación aparente*** por no señalarse la fuente normativa y la PRIMERA SALA CIVIL SUBESPECIALIDAD COMERCIAL DE LA CORTE SUPERIOR DE LIMA procede a la anulación “parcial” del Laudo por ***falta de notificación del nombramiento del árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos.***

- (3) Como efecto de haberse producido la anulación por la causal de literal b) del número 1 del artículo 63 de la Ley de Arbitraje señalada anteriormente, resuelve “(...) respecto al primero, segundo y tercero puntos resolutivos; en consecuencia, **NULO** el antedicho laudo arbitral en los mencionados extremos resolutivos (...)”

“(...) PRIMERO: Declarar IMPROCEDENTE la pretensión de la EMPRESA SERVICIOS POSTALES DEL PERU S.A. – SERPOST

LUIS A. ANGULO BUDGE
Abogado-Arbitro
CAL. 6288

~~LUIS A. ANGULO BUDGE
Abogado-Arbitro
CAL. 6298~~

S.A., en el extremo que se extienda la conformidad del servicio objeto de EL CONTRATO.

SEGUNDO: Declarar FUNDADA la pretensión de la EMPRESA SERVICIOS POSTALES DEL PERU S.A. – SERPOST S.A., en el extremo que MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES, le pague la suma de TRECE MIL CIENTO CINCUENTA Y SIETE y 35/100/100 Nuevos Soles (S/. 13,157.45), como saldo del precio de EL CONTRATO.

TERCERO: DISPONER que, por mandato de la Ley, el MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES, pague a la EMPRESA SERVICIOS POSTALES DEL PERU S.A. – SERPOST S.A., el interés legal sobre la suma de TRECE MIL CIENTO CINCUENTA Y SIETE y 35/100/100 Nuevos Soles (S/. 13,157.45), por el tiempo corrido desde el mes de junio de 2014 hasta la fecha efectiva el pago. (...)

- (4) “(...)” y VALIDO el laudo en cuanto a los puntos resolutivos cuarto, quinto y sexto (...)

“CUARTO: Declarar INFUNDADA la pretensión del MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES, en el extremo que se determine los retrasos por parte de la EMPRESA SERVICIOS POSTALES DEL PERU S.A. – SERPOST S.A., en la prestación del servicio objeto de EL CONTRATO.

QUINTO: Declarar INFUNDADA la pretensión del MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES, en el extremo que se deduzca penalidad por mora y otras penalidades.

SEXTO: Disponer que MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES, asuma las costas y costos del presente arbitraje, conceptos que deberán ser liquidados en la ejecución del Laudo; para tal efecto se SEÑALA que los honorarios del Árbitro Único y de Secretaria Arbitral son parte de los costos y asciende a la suma total de ONCE MIL DOSCIENTOS VEINTE Y TRES y 80/100 Nuevos Soles (S/. 11,223.80). (...)

- (5) Se “dispuso” que el “(...)” árbitro (...) emita un nuevo pronunciamiento (...).

9. Estando a lo expuesto, la PRIMERA SALA CIVIL SUBESPECIALIDAD COMERCIAL DE LA CORTE SUPERIOR DE LIMA entiende, sin demostración alguna, que la parte recurrente, el MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES, que solicita la anulación, ha alegado y **probado** “(...) Que una de las partes no ha sido debidamente

notificada del nombramiento de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos (...) (14)". Esto, a pesar, que el fundamento de parte para solicitar la anulación era:

"(...) Incurre en motivación aparente el laudo que resuelve otorgar conformidad "tácita" del servicio, sin expresar la fuente normativa de dicha figura (...)".

10. Estando a lo cual, a pesar que se trataría de una causal de anulación que afecta el derecho de defensa y que tiene como consecuencia la anulación total del Laudo, la PRIMERA SALA CIVIL SUBESPECIALIDAD COMERCIAL DE LA CORTE SUPERIOR DE LIMA sólo resuelve por la anulación parcial del mismo.
11. Pero qué dice la Ley de Arbitraje sobre la "consecuencias de anulación" por cualquiera de las causales del artículo 63:

"(...) Si el laudo se anula por la causal prevista en el inciso b. del numeral 1 del artículo 63, el tribunal arbitral tiene que **reiniciar el arbitraje desde el momento en que se cometió la violación** manifiesta del derecho de defensa (...).(15)

12. Pero la resolución de la PRIMERA SALA CIVIL SUBESPECIALIDAD COMERCIAL DE LA CORTE SUPERIOR DE LIMA no señala que la parte recurrente, el MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES, que solicita la anulación, haya **probado** que "(...) no ha sido debidamente notificada del nombramiento de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos (...) (16)"., tampoco el momento en que tendría que reiniciarse el arbitraje.
13. Si la fundamentación del recurso de anulación era que el laudo "(...) Incurre en **motivación aparente** (...) que resuelve otorgar conformidad "tácita" del

¹⁴ literal b) del número 1 del artículo 63 de la Ley de Arbitraje citada.

¹⁵ literal b) del número 1 del artículo 63 de la Ley de Arbitraje, citada.

¹⁶ literal b) del número 1 del artículo 65 de la Ley de Arbitraje, citada.

LUIS A. ANGULO BUDGE
Abogado-Arbitro
CAL. 6288

servicio, sin expresar la fuente normativa de dicha figura (...)", la PRIMERA SALA CIVIL SUBESPECIALIDAD COMERCIAL DE LA CORTE SUPERIOR DE LIMA debió no admitir el recurso de anulación; pues la Ley de Arbitraje prohíbe expresamente:

"(...) Está prohibido bajo responsabilidad, pronunciarse sobre el fondo de la controversia o sobre el contenido de la decisión o calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones expuesta por el Tribunal Arbitral (...)(¹⁷)".

Pero la parte recurrente, el MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES, desliza –menciona-, la causal anulación del literal b) del número 1 del artículo 63 de la Ley de Arbitraje, como si el problema en la motivación estuviera comprendido en ella, con el fin de "inventar" una causal, sin mencionar, como lo hacen algunos procesalistas (que se niegan a distinguir entre jurisdicción ordinaria –léase poder judicial- y la jurisdicción arbitral o incluso la existencia de la jurisdicción arbitral), al tratar del arbitraje y particularmente del recurso de anulación del laudo la "tutela jurisdiccional efectiva" o "tutela procesal efectiva" (¹⁸).

14. Al actuar, la PRIMERA SALA CIVIL SUBESPECIALIDAD COMERCIAL DE LA CORTE SUPERIOR DE LIMA, que ha sido designada para prestar la colaboración en casos de anulación de laudos, en contra, bajo su responsabilidad, de lo expresamente prohibido por la Ley de Arbitraje (¹⁹), no debe caber la menor duda que actúa en la jurisdicción ordinaria y no la arbitral; pues en ésta, está obligada a actuar con sujeción al principio legalidad y proteger, frente a actos contrarios al ordenamiento jurídico, la seguridad jurídica en el ámbito del arbitraje, que en defecto de ello se encontraría en grave peligro.

¹⁷ Segundo párrafo número 2 del artículo 62 de la Ley de Arbitraje, citada.

¹⁸ El arbitraje no es un procedimiento, es un acto contractual, que nace por la voluntad de las partes de un contrato, materializado por la "cláusula arbitral". El arbitraje es entonces un medio de solución de controversias con la asistencia de un tercero –arbitro-, que no es natural, como sería un juez (designado antes), sino es ad-hoc, designado, después de la controversia, por las propias partes, gozando se entiende, su confianza –de su independencia e imparcialidad-, quien dará la solución definitiva al conflicto, no sometido a segundas instancias ni a autoridad superior alguna.

¹⁹ Segundo párrafo número 2 del artículo 62 de la Ley de Arbitraje, citada.

LUIS A. AVILA BUJAGE
Abogado-Arbitro
CAL. 6288

15. En relación a la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, el numeral 1 del artículo 139 de la Constitución regula: “(...) No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna **independiente**, con excepción de la militar y la **arbitral** (...)”.

16. De lo que se deduce la **jurisdicción arbitral** se encuentra reconocida constitucionalmente; goza de total independencia, cuando en concordancia con el numeral 2 del artículo 139 de la Constitución, se señala que ninguna autoridad puede:

- (1) Avocarse a causas pendientes ante un órgano de la jurisdicción arbitral ni interferir en el ejercicio de sus funciones.
- (2) Dejar sin efecto laudos legalmente emitidos
- (3) Cortar arbitrajes,
- (4) Modificar laudos ni retardar su ejecución.

17. Esto, salvo lo dispuesto en la norma que regula el arbitraje, como son el contrato ⁽²⁰⁾ y la Ley de Arbitraje, aprobada por el Decreto Legislativo N° 1071 ⁽²¹⁾, que es donde se señala a los órganos que actúan en el arbitraje y establecen su competencia.

18. En los contratos celebrados en el marco de la Ley de Contrataciones del Estado, las “(...) controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato, se resolverán mediante (...) arbitraje, según el acuerdo de las partes (...)”. En este caso, el arbitraje “(...) será de derecho, a ser resuelto

²⁰ Art. 62º de la Constitución Política del Perú establece que: “(...) la libertad de contratar garantiza que las partes puedan pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual **sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial**, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley...”

²¹ Se sujetarán supletoriamente a lo dispuesto por las leyes de la materia, siempre que no se opongan a lo establecido en la presente norma y su Reglamento (art. 52 del Decreto Legislativo N° 1017, en concordancia con el artículo 57 del Decreto Legislativo N° 1071).

por árbitro único o tribunal arbitral mediante la aplicación del presente Decreto Legislativo y su Reglamento, así como de las normas de derecho público y las de derecho privado; manteniendo obligatoriamente este orden de preferencia en la aplicación del derecho (...)” (22).

19. Como decíamos anteriormente, el Laudo si bien es inapelable, no es inmutable, pues contra él “(...) sólo podrá interponerse recurso de anulación. Este recurso constituye la única vía de impugnación –no de apelación-, del laudo y tiene por objeto la revisión de su validez por las causales taxativamente establecidas en el artículo 63. (...)” (23).
20. Como se ha señalado, el Recurso de anulación, que es parte del arbitraje (24), se desarrolla en el marco de la Jurisdicción Arbitral, bajo las normas del contrato correspondiente y de la Ley de Arbitraje, aprobada por el Decreto Legislativo N° 1071, en cuyo artículo 64 señala “(...) El recurso de anulación se interpone ante la Corte Superior (...).
21. El Tribunal Constitucional ha establecido que, en el ordenamiento jurídico peruano, el llamado recurso de anulación tiene naturaleza recursiva, constituyendo una extensión del arbitraje, y no una demanda que origine un proceso distinto del mismo. Lo que expresa así “(...) el recurso de anulación establecido en el artículo 61 de la Ley General del Arbitraje 26572 [entonces vigente y similar al actual] no constituye, stricto sensu, un nuevo proceso judicial, sino una parte integrante y residual del proceso arbitral seguido inicialmente ante el Tribunal Arbitral (...)” (25)

²² Art. 52 del Decreto Legislativo N° 1017.

²³ Numeral 1 del art. 62 de la Ley de Arbitraje, aprobada por Decreto Legislativo N° 1071.

²⁴ Es un acto contractual de solución de controversias, mediante el cual las partes convienen, mediante una cláusula arbitral, frente a una controversia que surja durante la ejecución del contrato, recurrir a un tercero llamado árbitro quien dará la solución definitiva al conflicto.

²⁵ STC de 11 de diciembre de 2006, fundamento 10, emitida en los expedientes acumulados 6149-2006-PA/TC y 6662-2006-PA/TC.

22. Lo que significa que la Corte Superior, en vía de colaboración, respecto al Recurso de anulación ejerce Jurisdicción Arbitral. Pero ese poder que representa la jurisdicción arbitral no es ilimitado; la medida de ese poder, para la Corte Superior, dentro de la Jurisdicción Arbitral, la establece la propia Ley de Arbitraje al señalar su competencia.

23. Siendo esa competencia: El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación **alegue y pruebe** las causales taxativamente establecidas en el artículo 63 de la Ley de Arbitraje, aprobada por el Decreto Legislativo N° 1071:

“(…)

a. Que el convenio arbitral es inexistente, nulo, anulable, inválido o ineficaz.

b. Que una de las partes no ha sido debidamente notificada del nombramiento de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos.

c. Que la composición del tribunal arbitral o las actuaciones arbitrales no se han ajustado al acuerdo entre las partes o al reglamento arbitral aplicable, salvo que dicho acuerdo o disposición estuvieran en conflicto con una disposición de este Decreto Legislativo de la que las partes no pudieran apartarse, o en defecto de dicho acuerdo o reglamento, que no se han ajustado a lo establecido en este Decreto Legislativo.

d. Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias no sometidas a su decisión.

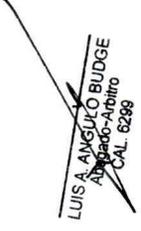
e. Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias que, de acuerdo a ley, son manifiestamente no susceptibles de arbitraje, tratándose de un arbitraje nacional.

f. Que, según las leyes de la República, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje o el laudo es contrario al orden público internacional, tratándose de un arbitraje internacional.

g. Que la controversia ha sido decidida fuera del plazo pactado por las partes, previsto en el reglamento arbitral aplicable o establecido por el tribunal arbitral.

(…)”.

24. Respecto a la competencia señalada, la Ley de Arbitraje agrega:

- 
- (1) El Recurso de anulación tiene por objeto, respecto al Laudo, “(...) la revisión de su validez por la causal taxativamente establecida en el artículo 63 (...)”⁽²⁶⁾.
 - (2) Por causas formales, que debería incidir en la actuación arbitral pre-laudo, “(...) el recurso se resuelve declarando la validez o la nulidad del laudo (...)”⁽²⁷⁾
 - (3) “(...) Está prohibido bajo responsabilidad, pronunciarse sobre el fondo de la controversia o sobre el contenido de la decisión o calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral (...)”⁽²⁸⁾.

25. No se entiende qué es lo que quiere decir la PRIMERA SALA CIVIL SUBESPECIALIDAD COMERCIAL DE LA CORTE SUPERIOR DE LIMA, en su resolución considera, con el siguiente párrafo gaseoso y sin contenido legal:

“(...) El **mecanismo de control jurisdiccional** de la validez del laudo arbitral [recurso de anulación del laudo arbitral] es fundamental para garantizar la seguridad de laudo, **confiriendo a este órgano revisor la facultad** de controlar a posteriori cuestiones como son la situación de los árbitros, respecto de la regularidad procesal de la causa o, si se quiere, dicho de otra forma, un control de actuación de los árbitros *in procedendo* (...)”

26. Lo que la Ley de Arbitraje le encarga en “colaboración” a la Corte Superior, es que, actuando dentro de la Jurisdicción Arbitral, verifique si es que en las actuaciones arbitrales se ha afectado la validez del Laudo con acciones u omisiones que lesione el arbitraje o algún derecho de alguna de la parte; todo ello en el marco de lo señalado taxativamente en el artículo 63 de la Ley de Arbitraje.

²⁶ art. 62 de la Ley de Arbitraje citada.

²⁷ art. 62 de la Ley de Arbitraje citada.

²⁸ art. 62 de la Ley de Arbitraje citada.

27. La PRIMERA SALA CIVIL SUBESPECIALIDAD COMERCIAL DE LA CORTE SUPERIOR DE LIMA, afirma, en su resolución que el recurso de anulación objeto de análisis se sustenta en la causal literal b del numeral 1 del artículo 63 de la Ley de Arbitraje.

“(…) Que una de las partes no ha sido debidamente notificada del nombramiento de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos (…)”.

28. Pero no dice nada respecto a la naturaleza del acto lesivo y el momento en que la parte recurrente fue afectada en su derecho de defensa dado que no fue notificada:

- (1) del nombramiento de un árbitro, o
- (2) de las actuaciones arbitrales, o
- (3) no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos.
- (4) de todas

29. La precisión de ello es importante como veremos al analizar las consecuencias de la anulación del laudo por la causal señalada.

“(…) Las causales previstas en los incisos a, b, c y d del numeral 1 de este artículo sólo serán procedentes si fueron objeto de reclamo expreso en su momento ante el tribunal arbitral por la parte afectada y fueron desestimadas (…)”. (29)

30. Respecto al abuso del derecho de defensa por parte del árbitro y a la procedencia del recurso de anulación, es importante señalar dos premisas:

- (1) reclamo expreso en su momento, (2) desestimación.

31. No consta del expediente de arbitraje que previo al Laudo –que sería el momento- se haya presentado reclamo expreso por algún acto u omisión del

²⁹ literal 2 del artículo 63 de la Ley de arbitraje citada.

árbitro que haya afectado el derecho de defensa de alguna de las partes, y, por ende, no es posible que haya sido desestimado.

32. La PRIMERA SALA CIVIL SUBESPECIALIDAD COMERCIAL DE LA CORTE SUPERIOR DE LIMA, aduce que existió reclamo y desistimiento –aludidos en los párrafos anteriores-, en el recurso –post laudo-, de “aclaración del Laudo” ⁽³⁰⁾, que debió haber sido declarado improcedente ⁽³¹⁾, pero se optó por infundado, en beneficio a la parte recurrente y amparados en el artículo 58 de la Ley de Arbitraje, analizando si en el Laudo existía realmente algo que rectificar, interpretar, integrar o excluir. Al respecto no sería necesario señalar la ley de arbitraje, en su artículo 58, no dice nada de reclamo alguno por afectación del derecho de defensa. En el artículo acotado:

(1) Se rectifica “(...) cualquier error de cálculo, de transcripción, tipográfico o informático o de naturaleza similar (...)”.

(2) Se interpreta “(...) de algún extremo oscuro, impreciso o dudoso expresado en la parte decisoria del laudo o que influya en ella para determinar los alcances de la ejecución.

(3) Se integra “(...) por haberse omitido resolver cualquier extremo de la controversia sometida a conocimiento y decisión del tribunal arbitral (...)”.

(4) Se excluye “(...) algún extremo que hubiera sido objeto de pronunciamiento, sin que estuviera sometido a conocimiento y decisión del tribunal arbitral o que no sea susceptible de arbitraje (...)”

33. A pesar de los señalado, qué dice la PRIMERA SALA CIVIL SUBESPECIALIDAD COMERCIAL DE LA CORTE SUPERIOR DE LIMA en la parte considerativa de su Resolución:

³⁰ Resolución N° 22 de fecha 14 de mayo de 2021.

³¹ El recurso de “aclaración del Laudo” no existe en la legislación vigente.

(1) Respecto al “reclamo expreso en su momento”, siempre con argumentos gaseosos:

“(…) Esto se explica porque el recurso de anulación del laudo constituye un mecanismo de *última ratio*, por lo que, en consecuencia, con la protección legal de los **principios de autonomía del arbitraje y mínima intervención judicial**, la parte antes de acudir a **sede judicial** debe **agotar previamente** todo recurso o reclamo ante el Tribunal Arbitral, ya que dicho órgano fue escogido por las partes para resolver sus controversias (…)

En una interpretación muy particular, para la PRIMERA SALA CIVIL SUBESPECIALIDAD COMERCIAL DE LA CORTE SUPERIOR DE LIMA, el **reclamo expreso en su momento**, a que se contrae el literal 2 del artículo 63 de la Ley de arbitraje, se encontraría en el recurso regulado por el artículo 58 de la Ley de Arbitraje.

Se debe destacar también, que el recurso regulado por al artículo 58 de la Ley de Arbitraje, relacionado a rectificación, interpretación, integración o exclusión, como se señala anteriormente, no es requisito previo para la presentación del recurso de anulación, por lo que no se entiende a que vía previa se refiere la Resolución de La PRIMERA SALA CIVIL SUBESPECIALIDAD COMERCIAL DE LA CORTE SUPERIOR DE LIMA.

(2) Respecto al “desistimiento” continúa diciendo la PRIMERA SALA CIVIL SUBESPECIALIDAD COMERCIAL DE LA CORTE SUPERIOR DE LIMA, siempre buscando llenar espacios:

“(…) Advirtiéndose que la accionante solicitó la aclaración del Laudo mediante escrito de fecha quince de abril de dos mil veintiuno, de la lectura de tal pedido se aprecia que los cuestionamientos que ahora son sustento del recurso de anulación también fueron expuestos en aquella oportunidad, de modo que queda descartada la ausencia de reclamo previo exigido por la ley, debiendo acotarse que dicho pedido **fue declarado improcedente** a través de la resolución No. 22 de 14 de

LUIS A. AVILA RUDGE
Abogado-Arbitro
CAL. 6288

mayo de 2021, con lo que queda habilitada la posibilidad de la interposición del recurso de anulación que nos ocupa (...).

La resolución No. 22 de 14 de mayo de 2021 se emitió con el fin de resolver un presunto recurso de aclaración, sobre el que se reitera, que no existe en la legislación vigente sobre arbitraje. Se declaró INFUNDADO, aunque se coincide con la PRIMERA SALA CIVIL SUBESPECIALIDAD COMERCIAL DE LA CORTE SUPERIOR DE LIMA, que debió declararse **improcedente**, sin perjuicio de lo señalado anteriormente, pues recurso de “aclaración del Laudo” aludido fue sustentado en el Reglamento del Sistema Nacional de Arbitraje, aprobado por Resolución N° 016-2004-CONSUCODE/PRE que ya no era vigente el 15 de abril de 2021 en que fue presentado el recurso.

LUIS A. ANGULO BUDGE
Abogado-Arbitro
C.A.L. 62399

34. “(...) El recurso de anulación debe contener la **indicación precisa de la causal o de las causales de anulación debidamente fundamentadas y acreditadas con los medios probatorios** correspondientes (...)” ⁽³²⁾.

35. En relación a las Consecuencias de la anulación.

“(...) Si el laudo se anula por la causal prevista en el inciso b. del numeral 1 del artículo 63, el tribunal arbitral debe **reiniciar el arbitraje desde el momento en que se cometió la violación** manifiesta del derecho de defensa (...)” ⁽³³⁾

36. Procesalistas acuciosos, buscando encontrar argumentos para justificar que la Corte Superior se aparte de los límites de su competencia – al trata sobre el recurso de anulación del laudo-, interpretan que del concepto “(...) no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos (...)” de la causal del literal b del numeral 1 del artículo 63 de la Ley de Arbitraje; se encierra, según ellos, -siempre confundiendo, ex profeso, el laudo con la sentencia-, que el laudo puede ser anulado cuando por cualquier razón la parte perdedora no ha podido hacer valer sus derechos, siendo el caso más

³² numeral 2 del artículo 64 de la Ley de Arbitraje, citada.

³³ literal b del artículo 65 de la Ley de Arbitraje, citado.

flagrante el de la privación de los derechos de los “litigantes” que está en la indebida, ausente o aparente motivación, para lo cual es indispensable entrar a calificar, sobre todo, los criterios y motivaciones expuestas por el tribunal arbitral.

37. Todo esto sin perjuicio de la propia Ley de Arbitraje dispone, al regular el recurso de anulación y la competencia de la Corte Superior, que: “(...) Está prohibido, bajo responsabilidad, pronunciarse, sobre el fondo de la controversia o sobre el contenido de la decisión o calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas por el Tribunal Arbitral (...)” ⁽³⁴⁾. Con esta prohibición se hace ocioso, querer ir más allá, como lo hace la PRIMERA SALA CIVIL SUBESPECIALIDAD COMERCIAL DE LA CORTE SUPERIOR DE LIMA, de su competencia en relación al recurso de anulación.
38. La motivación, en la Ley de arbitraje sólo merece la simple mención “(...) todo laudo debe ser motivado (...)” dice, y punto seguido “(...) a menos que las partes hayan convenido algo distinto (...)” ⁽³⁵⁾, lo que significa que puede darse laudo sin “motivación”. Estando a ello, la ausencia de motivación -o análisis- o las condiciones de la misma, no afecta la validez o eficacia del laudo, más aún cuando este no es apelable. La llamada motivación en el laudo no es otra cosa que un análisis que hace el árbitro, frente a la controversia, desdoblada en puntos controvertidos, de los hechos en concordancia con la norma aplicable. Ese análisis no afecta ningún derecho de los contratantes, quienes, por cláusula arbitral, han convenido llevar sus controversias al arbitraje.
39. El arbitraje no es un procedimiento, **es un acto contractual**, que nace por la voluntad de las partes de un contrato, materializado por la “cláusula arbitral”. El arbitraje es entonces un medio de solución de controversias con la

³⁴ Numeral 2 de art. 62 de la Ley de Arbitraje citada.

³⁵ art. 56 de la Ley de Arbitraje citada.

asistencia de un tercero –arbitro-, que no es natural, como sería un juez (designado antes), sino es ad-hoc, designado después de la controversia, por las propias partes, gozando, se entiende, de su confianza –de su idoneidad, independencia e imparcialidad, quien dará la solución definitiva al conflicto, no sometido a segundas instancias ⁽³⁶⁾ ni a autoridad superior alguna.

40. “(...) Todo laudo es definitivo, inapelable y de obligatorio cumplimiento desde su notificación a las partes (...)” ⁽³⁷⁾.
41. En esa condición de inapelable, es que se distingue al laudo, entre otras características, de la sentencia –o del acto administrativo-, que son apelables, donde por la “la indebida, ausente o aparente motivación”, es donde el litigante –o el administrado-, puede ver afectado su derecho, pues la “motivación”, en esos casos, le debe proporcionar el conocimiento amplio y suficiente –de lo resuelto o decidido-, que le permita fundamentar adecuadamente el recurso de apelación, ante la sentencia –o acto- que considera que lo afecta, ante el órgano superior de aquella autoridad que actuó en primera instancia.
42. La Corte Superior, al salirse del marco del artículo 63 de la Ley de Arbitraje, haciendo “ingeniosas” interpretaciones del contenido del mismo, se está arrogando, frente a lo decidido por el árbitro, un nivel autoridad de ente superior que no tiene, afectado con su proceder la independencia con la que debe actuar un árbitro o neutral. Confunde el recurso de anulación con una apelación, afecta la independencia del árbitro, pues a través de su indebida proceder, la Corte Superior, con su decisión, está representando la pretensión de una de las partes, favoreciendo a ésta, y su decisión obliga a un nuevo laudo, que, en este caso, puede afectar incluso el principio de imparcialidad al entrar al fondo de la controversia. El laudo debe ser sólo imparcial, pues es intolerante imaginarse un laudo que no sea independiente.

³⁶ Las partes contractuales, en la cláusula arbitral podrían establecer una segunda instancia, con efecto devolutivo y suspensivo, siendo la segunda instancia la que resolvería definitivamente de llegar a ella.

³⁷ numeral 1 de art. 59 de la Ley de Arbitraje citada.

VISTOS

I.- CONVENIO ARBITRAL

- 1.1. Con fecha 22 de diciembre de 2011, la empresa SERVICIOS POSTALES DEL PERU S.A. – SERPOST S.A., (en adelante LA CONTRATISTA) y MINISTERIO DETRANSPORTES Y COMUNICACIONES (en adelante LA ENTIDAD) suscribieron: (1) El contrato N°126-2011-MTC/10, de fecha 22 de diciembre de 2011, para la “SERVICIO DE MENSAJERIA NACIONAL N° 126-2011-MTC/10”, los mismos que forma parte del proceso de adquisición, que se deriva de la CONCURSO PUBLICO N° 001-2011-MTC/10; convocada por LA ENTIDAD. (2) El Adenda N° 1, de fecha 19 de diciembre de 2012, donde se acuerda reducción de prestaciones al contrato N° 126-2011-MTC/10, de fecha 22 de diciembre de 2011. (3) El Adenda N° 2, de fecha 3 de octubre de 2013, con prestaciones adicionales al contrato N° 126-2011-MTC/10, de fecha 22 de diciembre de 2011. (4) El contrato de fecha 13 de diciembre de 2013, con complementario al contrato N° 126-2011-MTC/10, de fecha 22 de diciembre de 2011; actos que en conjunto se le denomina en adelante EL CONTRATO.
- 1.2. En la Cláusula décimo sexta de EL CONTRATO, bajo el epígrafe “Solución de Controversias” se estipuló que “(...) Todos los conflictos que se deriven de la ejecución e interpretación del presente contrario, incluidos los que se refieran a su nulidad e invalidez, serán resueltos de manera definitiva e inapelable mediante arbitraje de derecho, de conformidad con lo establecido en la normativa de contrataciones del estado, bajo la organización y administración de los órganos del Sistema Nacional de Arbitraje del OSCE, y de acuerdo a su reglamento (...) Cualquier de las partes tiene derecho a iniciar el arbitraje administrativo a fin de resolver las controversias que se presenten durante la etapa de ejecución contractual dentro del plazo de caducidad previsto en el artículo 144°, 170°, 175° y 177° del Reglamento o, en su defecto en el artículo 52° de la Ley (...), Facultativamente, cualquiera de las partes podrá someter a conciliación la referida controversia, sin perjuicio de recurrir al arbitraje en caso no se llegue a un acuerdo entre ambas, según lo señalado en el artículo 214° y 215° del Reglamento de la Ley Contrataciones del Estado (...) El Laudo arbitral emitido es vinculante para las partes y pondrá fin al procedimiento de manera definitiva,

~~LUIS A. ANGULO BUDGE
Arbitro
CAL. 6289~~

siendo inapelable ante el Poder Judicial o ante cualquier instancia administrativa (...).”.

II.- DESIGNACIÓN DE ÁRBITRO UNICO

- 2.1. Mediante Resolución de la Presidencia Ejecutiva del OSCE N° 074-2017-OSCE/PRE, de fecha 4 de octubre de 2017, se designó como Árbitro Único a quien expide este Laudo, abogado Luis Alberto Angulo Budge.
- 2.2. De acuerdo a lo dispuesto por el numeral 8.3 de la Directiva N° 024-2016-OSCE/CD⁽³⁸⁾ (en adelante LA DIRECTIVA), el arbitraje se inicia con la demanda, por lo que la fecha de inicio del presente arbitraje es el 4 de enero de 2017.

III.- AUDIENCIA DE INSTALACIÓN

- 3.1. Mediante Audiencia de Instalación del Árbitro Único (Expediente N° S-009-2017/SNA-OSCE), de fecha 17 de enero 2018, el Árbitro Único se ratificó en la aceptación del cargo y el representante de LA CONTRATISTA, abogada Liliana Soldevilla Narvaez manifestó su aprobación con procedimiento de designación del Árbitro Único y expresó que no conocía causal de recusación contra el mismo. A la Audiencia de Instalación no se hizo presente LA ENTIDAD a través de sus representantes.
- 3.2. En el Acta de Instalación se estableció que, en virtud del convenio arbitral contenido en la Cláusula décimo sexta de EL CONTRATO, y en aplicación del artículo 216 del Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF, el arbitraje es Institucional, Nacional y de derecho y que se regirá, por LA DIRECTIVA⁽³⁹⁾ y “...por la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1017 (en adelante LCE) y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF (en adelante RLCE).
- 3.3. En caso de deficiencia o vacío existente en las reglas que anteceden, el Arbitro Único quedó facultado para suplirlas a su discreción, mediante la aplicación de principios generales del derecho.

³⁸ Reglamento del Régimen Institucional de Arbitraje Subsidiario en Contrataciones del Estado a cargo de OSCE, aprobada mediante Resolución N° 275-2016-OSCE/PRE de fecha 22 de junio de 2016.

³⁹ Por lo no regulado por LA DIRECTIVA, el arbitraje se regirá por el Decreto Legislativo N° 1971, que norma el Arbitraje, modificado por la Ley N° 29873.

IV.- PRETENSIONES. PLANTEAMIENTOS DE LAS PARTES

4.1. DEMANDA DE LA CONTRATISTA

- 4.1.1. Mediante escrito de fecha 4 de enero de 2017, LA CONTRATISTA requiere que a través del arbitraje se extienda la conformidad del servicio prestado que origina cuatro (4) facturas de la serie 179 (0047652 por S/. 1,727.85; 0049099 por S/. 1,410.00; 0049809 por S/. 8,226.35 y 004808 por S/. 1,792.75) correspondientes a los servicios de mensajería prestados en el marco de EL CONTRATO., respetivamente para el ulterior pago de la asuma ascendente a S/. 13,157.45, la misma que se encuentra respaldada en dichas facturas, que no fueron observadas ni penalizadas por LA ENTIDAD.
- 4.1.2. Como resultado del servicio todas las facturas emitidas fueron pagadas con excepción de las cuatro (4) referidas anteriormente que “(... aunque no fueron objeto de aplicación de penalidades, no cuentan con la conformidad, razón por la cual no han sido canceladas ...)”.
- 4.1.3. Agrega LA CONTRATISTA, que no obstante LA ENTIDAD recibió las cuatro facturas con fechas 03/06/2013, 27/01/2014; 12/06/2014 y 12/08/2014, respectivamente, “(...no cuestionó el monto de ninguna de éstas y por ende no penalizó ninguna de éstas., no efectuó el pago, motivo por el cual (...) le cursó (...) varios documentos de cobranza por la falta de cancelación de las facturas...)”.
- 4.1.4. La controversia por falta de pago de las facturas, señala LA CONTRATISTA, fue sometida a conciliación con fecha 10 de octubre de 2016, acto en el que “(...no se arribó a acuerdo alguno...)” como consta del Acta de Conciliación por Falta de Acuerdo N° 506-2016.
- 4.1.5. Concluye LA CONTRATISTA, que con fechas 28/10/2016 y 31/10/2016, “(...se recibieron correos electrónicos del Sr. Daniel Lazo Ch., de la Unidad de Adquisiciones y Contrataciones de la Dirección de Abastecimiento de LA ENTIDAD, solicitaba información y documentación sobre la falta de cancelación de la 4 factura impaga, que posteriormente fueron formalizadas a través del Oficio N° 408-2016-MTC/1002 emitido por la Oficina General de Administración recibido el 07.11.2016...)” a través de las cuales se requería que LA

~~LUIS A. ANGULO BUJAGE
Arbitro-Árbitro
CAL. 62486~~

CONTRATISTA, “(...proporcionara el reporte de distribución por servicio SEL y SEN de los envíos atendidos correspondientes a dichas facturas, lo cual fue entregado a través de la Carta N° 016 GJ/2016 del 09.11.16 recibida el 18.11.16...)”

4.1.6. Fundamenta, LA CONTRATISTA, su demanda en los artículos 7, 42 y 48 de la LCE.⁽⁴⁰⁾, y en los artículos 10, 149, 196, 177, 178 y 181 del RLCE ⁽⁴¹⁾.

⁴⁰ “Artículo 7.- EXPEDIENTE DE CONTRATACIÓN. - La Entidad llevará un Expediente de Contratación que contendrá todas las actuaciones del proceso de contratación, desde el requerimiento del área usuaria hasta la culminación del contrato, debiendo incluir las ofertas no ganadoras. El referido expediente quedara bajo custodia del órgano encargado de las contrataciones, conforme se establezca el Reglamento.

Artículo 42.- CULMINACIÓN DEL CONTRATO.- Los contratos de bienes y servicios culminan con la conformidad de recepción de la última prestación pactada y el pago correspondiente. Tratándose de contratos de ejecución o consultoría de obras, el contrato culmina con la liquidación y pago correspondiente, la misma que será elaborada y presentada a la Entidad por el contratista, según los plazos y requisitos señalados en el Reglamento, debiendo aquella pronunciarse en un plazo máximo fijado también en el Reglamento bajo responsabilidad del funcionario correspondiente. De no emitirse resolución o acuerdo debidamente fundamentado en el plazo antes señalado, la liquidación presentada por el contratista se tendrá por aprobada para todos los efectos legales. El expediente de contratación se cerrará con la culminación del contrato.

Artículo 48.- INTERESES Y PENALIDADES.- En caso de atraso en el pago por parte de la Entidad, salvo que se deba acaso fortuito o fuerza mayor, ésta reconocerá al contratista los intereses legales correspondientes. Igual derecho corresponde a la Entidad en caso sea la acreedora. El contrato establecerá las penalidades que deberán aplicarse al contratista ante el incumplimiento injustificado de sus obligaciones contractuales, de acuerdo a lo dispuesto en el Reglamento.”

⁴¹ “Artículo 10.- EXPEDIENTE DE CONTRATACIÓN. - El Expediente de Contratación se inicia con el requerimiento del área usuaria. Dicho Expediente debe contener la información referida a las características técnicas de lo que se va a contratar, el estudio de las posibilidades que ofrece el mercado, el valor referencial, la disponibilidad presupuestal, el tipo de proceso de selección, la modalidad de selección, el sistema de contratación, la modalidad de contratación a utilizarse y la fórmula de reajuste de ser el caso. En todos los casos en que las contrataciones estén relacionadas a la ejecución de un proyecto de inversión pública, es responsabilidad de la Entidad: 1. Que los proyectos hayan sido declarados viables, en el marco del Sistema Nacional de Inversión Pública. 2. Que se tomen las previsiones necesarias para que se respeten los parámetros bajo los cuales fue declarado viable el proyecto, incluyendo costos, cronograma, diseño u otros factores que pudieran afectar la viabilidad del mismo. Tratándose de obras, se adjuntará el Expediente Técnico respectivo y, cuando corresponda, la declaratoria de viabilidad conforme al Sistema Nacional de Inversión Pública. En la modalidad de concurso oferta no se requerirá el Expediente Técnico, debiéndose anexar el estudio de preinversión y el informe técnico que sustentó la declaratoria de viabilidad, conforme al Sistema Nacional de Inversión Pública. En el caso de obras bajo la modalidad de llave en mano, si éstas incluyen la elaboración del Expediente Técnico, se deberá anexar el estudio de preinversión y el informe técnico que sustentó la declaratoria de viabilidad, conforme al Sistema Nacional de Inversión Pública. Una vez aprobado el Expediente de Contratación, se incorporarán todas las actuaciones que se realicen desde la designación del Comité Especial hasta la culminación del contrato, incluyendo las ofertas no ganadoras. Debe entenderse por ofertas no ganadoras aquellas que fueron admitidas y a las que no se les otorgó la Buena Pro. El órgano encargado de las contrataciones tiene a su cargo la custodia y responsabilidad del Expediente de Contratación, salvo en el período en el que dicha custodia esté a cargo del Comité Especial. También es responsable de remitir el Expediente de Contratación al funcionario competente para su aprobación, de acuerdo a sus normas de organización interna. En el caso que un proceso de selección sea declarado desierto, la nueva convocatoria deberá contar con una nueva aprobación del Expediente de Contratación sólo en caso que haya sido modificado en algún extremo.

Artículo 149.- VIGENCIA DEL CONTRATO. - El contrato tiene vigencia desde el día siguiente de la suscripción del documento que lo contiene o, en su caso, desde la recepción de la orden de compra o de servicio. Tratándose de la adquisición de bienes y servicios, el contrato rige hasta que el funcionario competente dé la conformidad de la recepción de la prestación a cargo del contratista y se efectúe el pago. En el caso de ejecución y consultoría de obras, el contrato rige hasta el consentimiento de la liquidación y se efectúe el pago correspondiente.

Artículo 176.- RECEPCIÓN Y CONFORMIDAD. - La recepción y conformidad es responsabilidad del órgano de administración o, en su caso, del órgano establecido en las Bases, sin perjuicio de lo que se disponga en las normas de organización interna de la Entidad. La conformidad requiere del informe del funcionario responsable del área usuaria, quien deberá verificar, dependiendo de la naturaleza de la prestación, la calidad, cantidad y cumplimiento de las condiciones contractuales, debiendo realizar las pruebas que fueran necesarias. Tratándose de órdenes de compra o de servicio, derivadas de Adjudicaciones de Menor Cuantía distintas a las de consultoría y ejecución de obras, la conformidad puede consignarse en dicho documento. De existir observaciones se consignarán en el acta respectiva, indicándose claramente el sentido de éstas, dándose al contratista un plazo prudencial para su subsanación, en función a la complejidad del bien o servicio. Dicho plazo no podrá ser menor de dos (2) ni mayor de diez (10) días calendario. Si pese al plazo otorgado, el contratista no cumpliera a cabalidad con la subsanación, la Entidad podrá resolver el contrato, sin perjuicio de aplicar las penalidades que correspondan. Este procedimiento no será aplicable cuando los

LUIS A. ANGULO BUDGE
Abogado-Arbitro
CAL. 6289

4.1.6. Medios probatorios presentados por LA CONTRATISTA

4.1.6.1. En calidad de medios probatorios, LA CONTRATISTA ofreció las pruebas señaladas en el apartado V, titulado “MEDIOS PROBATORIOS”, de su escrito de demanda.

4.2. Contestación de la demanda por parte de LA ENTIDAD

4.2.1. Mediante escrito de fecha 1 de marzo de 2017, autorizado por el abogado Eugenio Rivera García (CAL 26233), LA ENTIDAD contestó a la demanda, solicitando que se le declare “...improcedente y/o infundada en todos sus extremos, así como que se admita a trámite la reconvención y se declaren fundadas nuestras pretensiones...”.

4.2.2. Señala LA ENTIDAD que, ante la Conciliación solicitada por LA CONTRATISTA con fecha 10 de octubre de 2016, en la que no hubo acuerdo, el Procurador Público, mediante Memorándum N° 7291-2016-MTC/10.02, “(... solicitó la remisión de un informe técnico referido al pedido de conciliación presentado por el Contratista, cuya controversia versó sobre las cuatro (4) facturas impagas...)”.

4.2.3. Como consecuencia de lo solicitado por el Procurador Público, a que se alude en el párrafo anterior, LA ENTIDAD afirma: que el Director de la Oficina Abastecimiento, Percy Toledo Albaiza “(...Mediante Informe N° 305-2016-MTC/10.02 de fecha 23 de diciembre de 2016, señaló que de conformidad a lo expuesto por la Oficina de Atención al Ciudadano y Gestión Documental, y en virtud a la documentación remitida, se concluyó que existirían facturas que no

bienes y/o servicios manifiestamente no cumplan con las características y condiciones ofrecidas, en cuyo caso la Entidad no efectuará la recepción, debiendo considerarse como no ejecutada la prestación, aplicándose las penalidades que correspondan. La recepción conforme de la Entidad no enerva su derecho a reclamar posteriormente por defectos o vicios ocultos.

Artículo 177.- EFECTOS DE LA CONFORMIDAD. - Luego de haberse dado la conformidad a la prestación se genera el derecho al pago del contratista. Efectuado el pago culmina el contrato y se cierra el expediente de contratación respectivo. Toda reclamación o controversia derivada del contrato inclusive por defectos o vicios ocultos se resolverá mediante conciliación y/o arbitraje, en los plazos previstos para cada caso.

Artículo 178.- CONSTANCIA DE PRESTACIÓN. - Otorgada la conformidad de la prestación, el órgano de administración o el funcionario designado expresamente por la Entidad es el único autorizado para otorgar al contratista, de oficio o a pedido de parte, una constancia que deberá precisar, como mínimo, la identificación del objeto del contrato, el monto correspondiente y las penalidades en que hubiera incurrido el contratista. Sólo se podrá diferir la entrega de la constancia en los casos en que hubiera penalidades, hasta que éstas sean canceladas.

Artículo 181.- PLAZOS PARA LOS PAGOS. - La Entidad deberá pagar las contraprestaciones pactadas a favor del contratista en la oportunidad establecida en las Bases o en el contrato. Para tal efecto, el responsable de dar la conformidad de recepción de los bienes o servicios, deberá hacerlo en un plazo que no excederá de los diez (10) días calendario de ser éstos recibidos. En caso de retraso en el pago, el contratista tendrá derecho al pago de intereses conforme a lo establecido en el artículo 48° de la Ley, contado desde la oportunidad en que el pago debió efectuarse.”

LUIS A. ANGULO BUDGE
Abogado-Arbitro
CAL. 62388

habrían sido pagadas por el Ministerio, por tanto, en caso la procuraduría Pública del Ministerio determine que el pago de las misma, deberá deducirse los montos correspondientes a la penalidad por mora y otras penalidades que, en su oportunidad, fueron aplicadas al servicio efectuado por la Contratista correspondientes a las facturas materia de controversia, hasta por un monto máximo de diez por ciento (10%) por cada una de ellas...”.

- 4.2.4. Señala LA ENTIDAD que, del informe del Director de la Oficina Abastecimiento, aludido, “(...tal como se advierte, en el siguiente detalle, que las fechas en las que se ejecutan los servicios distan de forma relevante de las fechas de emisión de las facturas, por lo que se advierte el suceso de penalidades por día de atraso desde los períodos de servicios efectivamente ejecutados...)”:

Periodo de servicio	Factura Serie 179	Fecha de emisión
Feb-Dic 2012	47652	30/05/2013
jun-Jul 2013	49099	23/01/2014
Nov-Dic 2013	49809	16/06/2014
Ene-Feb 2014	49808	10/06/2014

- 4.2.5. Agrega LA ENTIDAD, que, por lo señalado, la Oficina de Abastecimientos en el Informe N° 305-2016-MTC/10.02 de fecha 23 de diciembre de 2016 establece:

“(... **Respecto a la Factura Serie 79-47652**

- Periodo de servicio: febrero a diciembre 2012
- Carta N° 35-OON/13 de fecha 31 de mayo de 2013
- Total de penalidad por atrasos incurridos por el contratista: S/. 2,600.86
- Monto requerido por el contratista: S/. 1,727.85
- Penalidad por mora (10%): S/.172.78
- Otras penalidades (10%): 172,78
- Total de penalidad a aplicar: S/. 345.56
- Monto a favor del contratista: S/. 1,382.28...”

“(... **Respecto a la Factura Serie 79-49808**

- Periodo de servicio: enero a febrero 2014
- Carta N° 160-OON/14 de fecha 02 de junio de 2014
- Total de penalidad por atrasos incurridos por el contratista: S/. 12,194.27
- Monto requerido por el contratista: S/. 1,792.75
- Penalidad por mora (10%): S/.179.27
- Otras penalidades (10%): 179.27
- Total de penalidad a aplicar: S/. 358.54
- Monto a favor del contratista: S/. 1,434.20...”

“(... **Respecto a la Factura Serie 79-49809**

- Periodo de servicio: noviembre a diciembre 2013
- Carta N° 159-OON/14 de fecha 02 de junio de 2014
- Total de penalidad por atrasos incurridos por el contratista: S/. 7,978.49
- Monto requerido por el contratista: S/. 8,226.35
- Penalidad por mora (10%): S/.822.63
- Otras penalidades (10%): 822.3

LUIS A. ANGULO BUDGE
 Abogado-Arbitro
 CAL 6288

LUIS A. ANGULO BUDGE
Arbitro
C.A.L. 6289

- Total de penalidad a aplicar: S/. 1,645.26
- Monto a favor del contratista: S/. 6,581.08...”).
- “(… **Respecto a la Factura Serie 79-49099**
- Periodo de servicio: junio-octubre 2013
- Carta N° 35-OON/13 de fecha 21 de mayo de 2013
- Total de penalidad por atrasos incurridos por el contratista: S/. 2,089.07
- Monto requerido por el contratista: S/. 1,410.50
- Penalidad por mora (10%): S/.141.05
- Otras penalidades (10%): 141.05
- Total de penalidad a aplicar: S/. 282.1
- Monto a favor del contratista: S/. 1,128.40...”).

- 4.2.5. Basada en la información señalada, LA ENTIDAD reconviene y formula las siguientes pretensiones: (1) que el Laudo determine los retrasos de LA CONTRATISTA en la prestación de los servicios objeto de la contratación; (2) que, el Laudo deduzca del pago de las facturas que no habrían sido pagadas por LA ENTIDAD los montos correspondientes a la penalidad por mora y otras penalidades.
- 4.2.6. Destaca LA ENTIDAD que “(…Conforme a lo expuesto, se advierte en los reportes remitidos por la Oficina de Atención al Ciudadano y Gestión Documental en calidad de área usuaria, que la Contratista incurrió en atrasos en la ejecución del servicio; asimismo, se observa que se aplicaron penalidades por mora y otras penalidades, conforme lo establecido por los artículos 165 y 166 del Reglamento⁽⁴²⁾, las mismas que en el cálculo efectuado en los párrafos precedentes, ha sido deducidas del monto total requerido por el Contratista, hasta un máximo de 10% por cada una de ellas...”).

⁴² Artículo 165.- PENALIDAD POR MORA EN LA EJECUCIÓN DE LA PRESTACIÓN. - En caso de retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la Entidad le aplicará al contratista una penalidad por cada día de atraso, hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente o, de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse. Esta penalidad será deducida de los pagos a cuenta, del pago final o en la liquidación final; o si fuese necesario se cobrará del monto resultante de la ejecución de las garantías de fiel cumplimiento o por el monto diferencial de propuesta. En todos los casos, la penalidad se aplicará automáticamente y se calculará de acuerdo con la siguiente fórmula:

$$\text{Penalidad diaria} = 0.10 \times \text{Monto}$$

F x Plazo en días

Donde F tendrá los siguientes valores: a) Para plazos menores o iguales a sesenta (60) días, para bienes, servicios y ejecución de obras: F = 0.40. b) Para plazos mayores a sesenta (60) días:

b.1) Para bienes y servicios: 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. Cuando se llegue a cubrir el monto máximo de la penalidad, la Entidad podrá resolver el contrato por incumplimiento. Para efectos del cálculo de la penalidad diaria se considerará el monto del contrato vigente.

Artículo 166.- OTRAS PENALIDADES. - En las Bases se podrán establecer penalidades distintas a la mencionada en el artículo precedente, siempre y cuando sean objetivas, razonables y congruentes con el objeto de la convocatoria, hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente o, de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse. Estas penalidades se calcularán de forma independiente a la penalidad por mora.

4.2.7. Concluye LA ENTIDAD que “(...En ese sentido se puede inferir que la obligación esencial es aquella cuyo cumplimiento resulta indispensable para alcanzar la finalidad del Contrato y, en esa medida, satisfacer el interés de la contraparte; estableciéndose como condición adicional para tal calificación que se haya contemplado en las Bases o en el contrato. En otras palabras, es aquella cuyo incumplimiento impide alcanzar la finalidad del contrato...)”.

4.2.8. **Medios probatorios presentados por LA ENTIDAD**

4.2.8.1. En calidad de medios probatorios, LA ENTIDAD ofreció las pruebas documentales señaladas en el párrafo titulado “...” de su escrito de Contestación a la Demanda.

V.- AUDIENCIA DE SANEAMIENTO, CONCILIACIÓN, FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS Y SANEAMIENTO PROBATORIO.

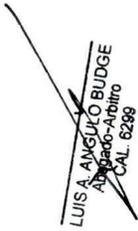
5.1. Mediante Resolución N° 03 de fecha 16 de agosto de 2018, el Árbitro Único cita a las partes a la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos controvertidos para el día 5 de octubre de 2018.

5.2. Según consta del Acta de fecha 5 de octubre de 2018, para dicha Audiencia LA CONTRATISTA estuvo representada por la abogada Liliana Soldevilla Narvaez, y LA ENTIDAD fue representada por la abogada Gloria Elizabeth Espinal Prialé.

5.2.1. Conciliación. - El Árbitro Único invitó a las partes a conciliar con el objeto de ponerle fin al proceso, sin embargo, las mismas manifestaron que de momento no era posible. En consecuencia, el Arbitro Único dejó constancia de ello, expresando que la misma podía darse en cualquier estado del arbitraje.

5.2.2. Fijación del Puntos Controvertidos:

5.2.2.1. Primer punto controvertido. - Determinar si corresponde o no declarar que “se extienda la conformidad de servicio de 4 facturas de la serie 179 (0047652 por S/. 1,727.85; 0049099 por S/. 1,410.00; 0049809 por S/. 8,226.35 y 004808 por S/. 1,792.75) correspondientes a los servicios de mensajería prestados en el marco de EL CONTRATO., respetivamente para el ulterior pago de la suma ascendente a S/. 13,157.45, la misma que se encuentra respaldada en 4 dichas facturas, que no fueron observadas ni penalizadas por LA ENTIDAD.

- 
- LUIS A. ANGULO BUDGE
Arbitro-Árbitro
CAL. 6289
- 5.2.2.2. Segundo punto controvertido. - Determinar si corresponde o no declarar se pague los intereses legales que se hayan devengado de cada una de las facturas hasta la fecha de pago.
- 5.2.2.3. Tercero punto controvertido. - Determinar si corresponde o no que se ordene el pago de costas y costos del arbitraje a LA ENIDAD.
- 5.2.2.4. Cuarto punto controvertido. - Determinar si corresponde o no que se determine los retrasos de EL CONTRATISTA en la prestación de los servicios objeto de EL CONTRATO.
- 5.2.2.5. Quinto punto controvertido. - Determinar si corresponde o no que se deduzca del pago de las facturas que no habrían sido pagadas por LA ENTIDAD los montos correspondientes a la penalidad por mora y otras penalidades.
- 5.2.2.6. Sexto punto controvertido. - Determinar si corresponde o no que se ordene el pago de costos y costas del arbitraje a LA CONTRATISTA.
- 5.2.3. El Árbitro Único dejó claramente establecido que se reserva el derecho de analizar y, en su caso, resolver, los puntos controvertidos no necesariamente en el orden en el que han sido señalados en el Acta. El Arbitro Único podrá omitir, con expresión de razones, el pronunciamiento sobre algún punto controvertido, si ello careciera de objeto en razón del pronunciamiento sobre otro u otros puntos controvertidos con los que el omitido guarde relación. Los puntos controvertidos podrán ser reajustados o reformulados por el Arbitro Único si ello resultara, a su juicio, más conveniente para resolver las pretensiones planteadas por las partes, sin que el orden empleado o el ajuste, omisión o interpretación genere nulidad de ningún tipo, sin excederse de la materia y/o pretensión sometida a este arbitraje.
- 5.2.4. Saneamiento Probatorio. - El Árbitro Único, atendiendo a los puntos controvertidos señalados, consideró que deben ser admitidos todos los medios probatorios presentados por las partes en el recurso de demanda y en contestación a la demanda, respectivamente.
- 5.4.5. Exclusión de Audiencia de Pruebas. - Atendiendo que todos los medios probatorios eran de actuación inmediata, concretamente instrumentales, se declaró concluida la etapa probatoria y se otorgó a las partes un plazo de cinco (5) días hábiles a fin de que presenten sus alegatos escritos y dentro de este mismo plazo soliciten fecha para informe oral si lo estiman conveniente.

VI.- ALEGATOS ESCRITOS E INFORMES ORALES.

6.1. Alegatos Escritos

- 6.1.1. En su escrito con sumilla “Se cumple con presentar alegatos dentro del plazo otorgado por la Res. N° 13 de 03/11/2020” presentado por LA CONTRATISTA con fecha 28 de diciembre de 2020; reiteró el PETITORIO de su recurso de demanda.
- 6.1.2. En su escrito con sumilla “alegatos” presentado por LA ENTIDAD con fecha 29 de diciembre de 2020 reiteró los fundamentos de su contestación a la demanda.

6.2. Informes Orales

- 6.2.1. Mediante Resolución N° 14 de fecha 2 de febrero de 2021 –notificada a las partes con fecha 5 de febrero de 2021, se dispuso -entre otros extremos- prescindir –a no haber sido solicitado por las partes- de la audiencia de informes orales, cerrándose la instrucción y fijando el plazo para laudar por 20 días hábiles, prorrogables en 15 días hábiles adicionales.
- 6.2.2. Mediante escrito s/n., de fecha 10 de febrero de 2021, con la sumilla “reconsideración contra la Resolución N° 014”, LA ENTIDAD solicitó se lleve a cabo la audiencia de informes orales.
- 6.2.3. De conformidad con lo establecido en el numeral 8.3.36 de LA DIRECTIVA, se procedió a resolver la reconsideración planteada por LA ENTIDAD en el sentido de declararla fundada; ello en atención a lo establecido en el numeral 8.3.22 de LA DIRECTIVA.
- 6.2.4. Mediante Resolución N° 15 de fecha 12 de febrero de 2021, notificada a las partes en la misma fecha, se dejó sin efecto lo dispuesto en el Resolución N°14 de 2 de febrero de 2021 y se convocó a las partes a Audiencia de Informes Orales para el día 25 de febrero de 2021, a las 11:00 horas, mediante plataforma google meet.
- 6.2.5. Mediante escrito s/n., de fecha 24 de febrero de 2021, con la sumilla “solicito suspensión y reprogramación de audiencia”, LA ENTIDAD solicitó la reprogramación de la audiencia en atención al delicado estado de salud de la abogada a cargo.

6.2.6. Mediante Resolución N° 16 de fecha 24 de febrero de 2021, se reprogramó la audiencia y se convocó a las partes a Audiencia de Informes Orales para el día 22 de marzo de 2021, a las 11:00 horas, mediante plataforma google meet.

VII.- PLAZO PARA LAUDAR.

7.1. Considerando el estado del proceso y no habiendo más trámite pendiente, por Resolución N° 23 de fecha 6 de abril de 2022 se fija el plazo para laudar en 20 días hábiles de notificada el acta mencionada a ambas partes, plazo que se prorroga automáticamente en 15 días hábiles adicionales.

CONSIDERANDO

I. PROCESO DE ADQUISICIÓN

(1) Durante la audiencia de Informes Orales se observó que existía falta de conocimiento –y de interpretación-exacto, sobre la naturaleza –alcances y responsabilidades-, del proceso de adquirió de bienes y servicios por parte del Estado, regulados por a LCE y el RLC:

(2) Por ello señalamos, para despejar dudas, que el proceso de contratación, regulado por a LCE y el RLC, pese a que está conformado por actos separables en etapas sucesivas, está estructurado como una unidad orgánica y así lo entiende la LCE y su reglamento. Normas que regulan las diferentes etapas; particularmente cuando tratan lo relacionado con el “expediente de contratación”⁽⁴³⁾. “(...) El Expediente de Contratación se

⁴³ Artículo 7.- Expediente de contratación. - La Entidad llevará un Expediente de Contratación que contendrá todas las actuaciones del proceso de contratación, desde el requerimiento del área usuaria hasta la culminación del contrato, debiendo incluir las ofertas no ganadoras. El referido expediente quedará bajo custodia del órgano encargado de las contrataciones, conforme se establezca el Reglamento.

Artículo 10.- Expediente de Contratación El Expediente de Contratación se inicia con el requerimiento del área usuaria. Dicho Expediente debe contener la información referida a las características técnicas de lo que se va a contratar, el estudio de las posibilidades que ofrece el mercado, el valor referencial, la disponibilidad presupuestal, el tipo de proceso de selección, la modalidad de selección, el sistema de contratación, la modalidad de contratación a utilizarse y la fórmula de reajuste de ser el caso. En todos los casos en que las contrataciones estén relacionadas a la ejecución de un proyecto de inversión pública, es responsabilidad de la Entidad: 1. Que los proyectos hayan sido declarados viables, en el marco del Sistema Nacional de Inversión Pública. 2. Que se tomen las previsiones necesarias para que se respeten los parámetros bajo los cuales fue declarado viable el proyecto, incluyendo costos, cronograma, diseño u otros factores que pudieran afectar la viabilidad del mismo. Tratándose de obras, se adjuntará el Expediente Técnico respectivo y, cuando corresponda, la declaratoria de viabilidad conforme al Sistema Nacional de Inversión Pública. En la modalidad de concurso oferta no se requerirá el Expediente Técnico, debiéndose anexar el estudio de preinversión y el informe técnico que sustentó la declaratoria de viabilidad, conforme al Sistema Nacional de Inversión Pública. En el caso de obras bajo la modalidad de llave en mano, si éstas incluyen la elaboración del Expediente Técnico, se deberá anexar el estudio de preinversión y el informe técnico que sustentó la declaratoria de viabilidad, conforme al Sistema Nacional de Inversión Pública. Una vez aprobado el Expediente de Contratación, se incorporarán todas las actuaciones que se realicen desde la designación del Comité Especial hasta la culminación del contrato, incluyendo las ofertas no ganadoras. Debe entenderse por ofertas no ganadoras aquellas que fueron admitidas y a las que no se les otorgó la

LUIS A. ANGULO BUDGE
Abogado-Arbitro
CAL. 6298

inicia con el requerimiento de área usuaria (...)” “(...) Una vez aprobado el Expediente de Contratación, se incorporan todas las actuaciones que se realicen desde la designación del Comité Especial hasta la culminación del contrato, incluyendo las ofertas no ganadoras.”.

(3) A lo que hay que añadir que el proceso de contratación importa, por razones de ejercicio de competencia, la actuación de los funcionarios, órganos y áreas, en cada fase o etapa desde la decisión de adquirir o contratar de la entidad hasta la culminación del contrato de acuerdo con el artículo 42 de la LCE⁽⁴⁴⁾. “(...) el expediente de contratación se cerrará con la culminación del contrato (...)”.

(4) La estructura del proceso de contratación comprende (1) etapa INICIAL: que a su vez abarca: (a) la determinación de las necesidades; (b) las características, (c) el estudio de posibilidades que ofrece el mercado; (d) la determinación del valor referencial, e) Definición del Plan Anual. (2) etapa PROCESO DE SELECCIÓN; (3) etapa EJECUCIÓN CONTRACTUAL. Sobre esta base de UNIDAD se tiene la certeza de la responsabilidad que es inherente a la actividad que cada funcionario tiene en cada una de las actuaciones administrativas señaladas.

(5) Concebida así la unidad en la estructura del proceso de adquisición, cuando la LCE regula que la norma aplicable es la vigente al momento de inicio del “proceso de Selección”; está señalando la ley que va a regular desde ese momento la totalidad del proceso hasta su culminación con el cierre del expediente de contratación

Buena Pro. El órgano encargado de las contrataciones tiene a su cargo la custodia y responsabilidad del Expediente de Contratación, salvo en el período en el que dicha custodia esté a cargo del Comité Especial. También es responsable de remitir el Expediente de Contratación al funcionario competente para su aprobación, de acuerdo a sus normas de organización interna. En el caso que un proceso de selección sea declarado desierto, la nueva convocatoria deberá contar con una nueva aprobación del Expediente de Contratación sólo en caso que haya sido modificado en algún extremo.

RLCE. Anexo de definiciones: ... 23 Expediente de Contratación: Conjunto de documentos en el que aparecen todas las actuaciones referidas a una determinada contratación, desde la decisión de adquirir o contratar hasta la culminación del contrato, incluida la información previa referida a las características técnicas, valor referencial, la disponibilidad presupuestal y su fuente de financiamiento.

⁴⁴ Artículo 42.- Culminación del contrato. - Los contratos de bienes y servicios culminan con la conformidad de recepción de la última prestación pactada y el pago correspondiente. Tratándose de contratos de ejecución o consultoría de obras, el contrato culmina con la liquidación y pago correspondiente, la misma que será elaborada y presentada a la Entidad por el contratista, según los plazos y requisitos señalados en el Reglamento, debiendo aquélla pronunciarse en un plazo máximo fijado también en el Reglamento bajo responsabilidad del funcionario correspondiente. De no emitirse resolución o acuerdo debidamente fundamentado en el plazo antes señalado, la liquidación presentada por el contratista se tendrá por aprobada para todos los efectos legales. El expediente de contratación se cerrará con la culminación del contrato.

II. LEGISLACIÓN APLICABLE

(6) Precisado el alcance del “proceso de contratación” publica en la adquisición de bienes y servicios, cae por su propio peso el criterio de la “Ley Aplicable”.

(7) Como introducción al tema, debemos declarar, que existe, en nuestra opinión, entre varias, una diferencia del arbitraje con el proceso judicial. Ella es que en éste hay un estado de incertidumbre, ante la posibilidad, por ejemplo, que el juez maneje sus convicciones, en la alternativa entre el derecho y la justicia.

(8) El arbitraje, en cambio, –que en nuestra opinión no es precisamente un “procedimiento” sino un “acto contractual”, originado en el acuerdo arbitral-, no es posible esa alternativa, sobre todo cuando se trata de un arbitraje de derecho.

(9) En el arbitraje de derecho se resuelve, es estricta aplicación de la norma (contractual y legal), sobre uno o varios puntos controvertidos, concretos, nacidos en una controversia durante la ejecución de EL CONTRATO. El tratamiento legal de las controversias está perfectamente enmarcado en las normas de la LCE y en el RLCE.

(10) Como vimos anteriormente el arbitraje, como acto contractual, es parte de la estructura del proceso de adquisición y la doctrina legal respecto a la ley aplicable, es la versión de la Ley de Contrataciones del Estado, vigente el momento de inicio del “proceso de selección” y ella va a regular desde ese momento la totalidad del proceso hasta su culminación con el cierre del proceso de contratación.

(11) De acuerdo con lo dispuesto en las Actas de Instalación -17 de enero de 2018-, el presente arbitraje, por razones de temporalidad, se regirá por la LCE⁽⁴⁵⁾ y en RLCE⁽⁴⁶⁾. Ello es debido a que el proceso de selección (Concurso N° 11-2011-MTC/10) del que forma parte EL CONTRATO, en cuya ejecución se origina la controversia, fue convocada el 3 de octubre de 2011, fecha en la que se encontraban vigentes la LCE y el RLCE.

⁴⁵ Aprobada por el Decreto Legislativo 1017 (vigente en el 2011)

⁴⁶ Aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF. (vigente en e 2011)

(12) Ese criterio de temporalidad se encuentra contenido en Opiniones del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado –OSCE-, con valor vinculante, Y ellos es así, además, por “seguridad”, dada la importancia del proceso de contratación donde se manejan fondos públicos, como parte del proceso de ejecución presupuestal. La LCE, en sus diferentes versiones, desde la aprobada por la Ley N° 26850, de fecha 27 de julio de 1997, recoge, en este sentido, la teoría de la ultra-actividad de la ley o la teoría de los “derechos adquiridos”.

III. CONTROVERSIA

(13) De acuerdo a lo afirmado por las partes, la controversia, materia del presente arbitraje, se originan en:

- Falta de conformidad
- Falta de pago
- Mora en el cumplimiento
- Penalidades

Falta de conformidad⁽⁴⁷⁾

PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO. - Determinar si corresponde o no declarar que “se extienda la conformidad de servicio de 4 facturas de la serie 179 (0047652 por S/. 1,727.85; 0049099 por S/. 1,410.00; 0049809 por S/. 8,226.35 y 004808 por S/. 1,792.75) correspondientes a los servicios de mensajería prestados en el marco de EL CONTRATO., respetivamente para el ulterior pago de la suma ascendente a S/. 13,157.45, la misma que se encuentra respaldada en 4 dichas facturas, que no fueron observadas ni penalizadas por LA ENTIDAD.

(14) LA CONTRATISTA requiere, por parte de LA ENTIDAD, conformidad del servicio⁽⁴⁸⁾ en las siguientes comunicaciones:

⁴⁷ Clausula décima; supervisión y conformidad del servicio. - La supervisión y conformidad del servicio, estará a cargo de la oficina de Atención al Ciudadano y Gestión Documental, se regula por lo dispuesto en el artículo 176 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. De existir observaciones se consignarán en el acta respectiva, indicándose claramente el sentido de éstas, dándose al contratista un plazo prudencia para la subsanación, en función a la complejidad del servicio. Dicho plazo no podrá ser menor a dos (2) días ni mayor de diez (10) días calendario. Si pese al plazo otorgado, el contratista no cumpliera a cabalidad con la subsanación, EL MINISTERIO podrá resolver el contrato, si perjuicio de aplicar las penalidades que correspondan. Este procedimiento no será aplicable cuando los servicios manifiestamente no cumplan con las características y condiciones ofrecidas, en cuyo caso EL MINISTERIO no efectuará la recepción, debiendo considerarse como no ejecutada la prestación, aplicándose las penalidades que correspondan.

⁴⁸ Bajo la sumilla “Solicitud de conformidad y pago por servicios de mensajería ofrecido”.

- Carta N° 35-OON/13 de 21 de mayo de 1913
- Carta N° 159-OON/14 de 2 de junio de 2014
- Carta N° 160-OON/14 de 2 de junio de 2014

(15) Respecto al plazo para otorgar la conformidad, el RLCE, dispone “(...) el responsable de otorgar la conformidad de recepción de los bienes o servicios, deberá hacerlo en un plazo que no excederá de los diez (10) días calendario de ser estos recibidos, (...)”⁽⁴⁹⁾.

(16) Si dentro de dicho plazo de diez (10) calendario existe observaciones se le dará a LA CONTRATISTA “(...) un plazo prudencial para su subsanación (...) Si pese al plazo otorgado, no cumplierse a cabalidad con la subsanación, la Entidad podrá resolver el contrato, sin perjuicio de aplicar las penalidades que corresponda ”⁽⁵⁰⁾.

(17) Insistimos en señalar que el plazo para otorgar la conformidad, - diez (10) calendario- es de caducidad. De no ser así, no tendría ningún sentido que la LCE⁵¹ señale un tiempo para ejercer un derecho.

(18) La caducidad como la prescripción- representan la importancia del transcurso del tiempo en las relaciones jurídicas. El derecho de otorgar la conformidad del que goza LA ENTIDAD, nace con un plazo de vida y, pasado este, se extingue. Es un derecho de duración limitada. La falta de ejercicio de un acto con efectos jurídicos, se traduce en consentimiento.” ⁽⁵²⁾

(19) Interpretamos la conformidad tácita⁽⁵³⁾ en el sentido afirmativo de consentimiento, pues, de acuerdo a ley, para el caso de falta de conformidad debe ser expresa, pues en ese caso EL CONTRATISTA, tiene derecho a que se le otorgue un plazo para subsanar las observaciones.”

1° CONCLUSIÓN. - El plazo de caducidad de 10 días para la conformidad caducó.

⁴⁹ Artículo 181 del RLCE.

⁵⁰ Artículo 176 del RLCE.

⁵¹ En concordancia EL CONTRATO.

⁵² La conformidad tácita ante el silencio de la Ley Contrataciones del Estado aplicable, se aplica como norma supletoria la que regula el silencio administrativo positivo, cuya fuente normativa se encuentra, en la Ley N° 27444, originalmente en sus artículos 33 y 34, derogados por la Ley N° 29060 y derogada esta, re- incorporados al Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, por el Decreto Legislativo N° 1272.

⁵³ Tácito “resulta de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlos, excepto en los casos en que por ley o por convenio la voluntad deba manifestarse expresamente”.

2° CONCLUSIÓN. - Caducado el plazo, bajo responsabilidad de los funcionarios, se dio conformidad del servicio por consentimiento.

(20) Dentro de este contexto, donde legalmente sólo se dispone diez (10) calendario para otorgar la conformidad, -o rechazar o señalar observaciones- LA ENTIDAD debe establecer- señalar- en sus normas de organización interna los protocolos, procedimientos y plazos que el funcionario del área usuaria⁽⁵⁴⁾ debe aplicar en la verificación de la calidad, cantidad y condiciones contractuales... y de realización de pruebas si fueran necesarias.

(21) Dice la LCE., la verificación de los elementos (calidad, cantidad, condiciones contractuales, etc.) requiere de un informe del funcionario responsable del Área Usuaria. Con esta norma lo que se obtiene es que la Jefatura - del Área Usuaria⁵⁵-, elude la responsabilidad inherente a esta actividad –por falta de control- y ello se traduce en los hechos –señalados por las partes- contenidos en los siguientes párrafos:

(22) Durante más de dos años de recibidas las comunicaciones por las que requiere LA CONTRATISTA la conformidad del servicio por parte de LA ENTIDAD y de “(...) varios documentos de cobranza por la falta de cancelación de las facturas (...)”, LA ENTIDAD no ha manifestado –en forma alguna-, observación respecto a la calidad –o falta de puntualidad- del servicio, -ni establecido penalidades ni cuestionado los montos requeridos-.

(23) Recién en octubre de 2016, como consecuencia de la conciliación entablada por LA CONTRATISTA, LA ENTIDAD –no por el funcionario responsable del área usuaria sino el Procurador Público-, requiere de la Unidad de Adquisiciones y Contrataciones de su Dirección de Abastecimiento información y documentación sobre la falta de cancelación de 4 facturas.

3° CONCLUSIÓN. - LA ENTIDAD emite el informe, para el que el artículo 176 del RLCE da 10 días, fuera de todo plazo razonables.

⁵⁴ De acuerdo a la norma de la cláusula décima de EL CONTRATO, “(...) La supervisión y conformidad del servicio, estará a cargo de la oficina de Atención al Ciudadano y Gestión Documental (...)”.

⁵⁵ La oficina de Atención al Ciudadano y Gestión Documental de LA ENTIDAD.

(24) Concluimos “fuera de todo plazo razonables”, pues el informe que debió, en todo caso, emitirse en mayo y junio de 2014, para los que se tenía, por ley, 10 días, se emitió diciembre de 2016.

(25) Informe en que se concluye que, “(...) existirían facturas que no habrían sido pagadas por el Ministerio, por tanto, en caso la procuraduría Pública del Ministerio determine que el pago de las mismas, deberá deducirse los montos correspondientes a la penalidad por mora y otras penalidades que, en su oportunidad, fueron aplicadas al servicio efectuado por la Contratista correspondientes a las facturas materia de controversia, hasta por un monto máximo de diez por ciento (10%) por cada una de ellas (...)”.

Penalidades

CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO. - Determinar si corresponde o no que se determine los retrasos de EL CONTRATISTA en la prestación de los servicios objeto de EL CONTRATO.

QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO. - Determinar si corresponde o no que se deduzca del pago de las facturas que no habrían sido pagadas por LA ENTIDAD los montos correspondientes a la penalidad por mora y otras penalidades.

(26) En todas las pruebas proporcionadas por LA ENTIDAD, no encontramos documento alguno que demuestre en qué consistía el incumplimiento que pudiera originar la penalidad. Más bien, por incongruente, nos confundía la afirmación de LA ENTIDAD, dada en la contestación de la demanda dice textualmente “(...) tal como se advierte, en el siguiente detalle⁽⁵⁶⁾, que las fechas en las que se ejecutan los servicios distan de forma relevante de las fechas de emisión de las facturas, por lo que se advierte el suceso de

56

Periodo de servicio	Factura Serie 179	Fecha de emisión
Feb-Dic 2012	47652	30/05/2013
jun-Jul 2013	49099	23/01/2014
Nov-Dic 2013	49809	16/06/2014
Ene-Feb 2014	49808	10/06/2014

penalidades por día de atraso desde los períodos de servicios efectivamente ejecutados (...)."

(27) La mora en el cumplimiento del servicio, se encontraba, para LA ENTIDAD, entre "(...) las fechas en las que se ejecutan los servicios (...)" y "(...) las fechas de emisión de las facturas (...)" pues "(...) distan de forma relevante (...)", "(...) por lo que se advierte el suceso de penalidades por día de atraso desde los períodos de servicios efectivamente ejecutados (...)."

(28) Observación del servicio implica cuestionamiento a la calidad, cantidad y condiciones contractuales del objeto de contratación, que este caso es un "SERVICIO DE MENSAJERIA".

4° CONCLUSIÓN. – La observación por mora, respecto a un Servicio de Mensajería, tiene que estar en la calidad, cantidad y condiciones contractuales y no en considerar que "distan de forma relevante" la fecha en que "se ejecutan los servicios" y la fecha "de emisión de las facturas".

(29) LA ENTIDAD no ha demostrado, en todo caso, que los servicios prestados por LA CONTRATISTA en el marco de EL CONTRATO "(...) son incompatibles con los Requerimientos Técnicos Mínimos que constituyen las características técnicas, normas reglamentarias y cualquier otro requisito establecido como tal en las Bases y en las disposiciones legales que regulan el objeto materia de la contratación (...)(⁵⁷)".

5° CONCLUSIÓN. – No han quedado demostrado los incumplimientos que justifiquen se declara fundado el pago de penalidades.

(30) A título de comentario sobre la naturaleza de la penalidad y el servicio, objeto de EL CONTRATO, cuyo incumpliendo o demora puede originar dicha indemnización, la LCE y al RLCE, que han tenido desde los años noventa –del siglo pasado-, varias versiones, tiene en común, todas ellas, la originalidad de ir creando una doctrina, formando un núcleo duro alrededor de algunas instituciones. Así lo hace respecto a las penalidades por incumpliendo contractual. Y es importante esta institución, pues la LCE y el RLCE, la

⁵⁷ Artículo 61 del RLCE.

regulan como obligatoria, cuando esa misma institución, bajo la figura de la cláusula penal, es regulada por el Código Civil como “acuerdo entre las partes”. Lo que si recoge la LCE de la práctica privada es el tope indemnizatorio del 10% del valor contractual.

(31) Dicho tope no es un número cabalístico, no obedece al azar. En la práctica privada, el contratista o comitente, ante la posibilidad o alternativa de convenir una cláusula penal, debe hacer una serie de evaluaciones entre la penalidad y sus obligaciones – sinalagmáticas y económicas-, dentro del contrato, así como qué significa económicamente para la otra parte el incumplimiento parcial o total del contrato. Evaluar si es conveniente, dadas las circunstancias, convenir penalidades como monto indemnizatorio previamente establecido para el caso de incumplimiento contractual, que se convierte en una obligación causal, o sea, producido el incumpliendo se hace efectiva la penalidad, sin necesidad de demostrar daño alguno.

(32) No todo incumpliendo por parte del contratista o comitente es objeto de penalidad. La penalidad es solo una indemnización, previamente convenida, respecto a las obligaciones sinalagmáticas⁽⁵⁸⁾ (denominada “esenciales”), características que sólo reúne el bien o servicio objeto del contrato y el pago de su precio. El supuesto de cualquier otra obligación, particularmente la “accesorias”, el incumpliendo puede originar daños y perjuicios, pero ese caso hay que demostrarlo y la indemnización la debe establecer el árbitro o el juez.

(33) La penalidad en los contratos, desempeña (1) una función coercitiva o de garantía respecto al cumplimiento exacto de la prestación, y (2) una función punitiva en caso de que se incumpla o no se cumpla exactamente la prestación debida. Se trata de pacto accesorio cuyo contenido establece en forma antelada la existencia y cuantía de la eventual indemnización que la no verificación de la prestación puede originar al interés de la otra parte.

(34) La penalidad pretende, igualmente, cortar discusiones posteriores y por ello las partes convienen la pena para el caso de inejecución y/o mora, presumiendo, a favor del afectado, que será perjudicial. Ocurrido cualquiera de los hechos de incumplimiento previsto –de las prestaciones sinalagmáticas-, la pena se aplica. La inejecución y/o la

⁵⁸ Prestaciones bilaterales.

mora –de la prestación objeto del contrato, equivalen a condiciones suspensivas a que se subordina la prestación a la penalidad. Para la aplicación de la penalidad no es necesario que el afectado pruebe los daños y perjuicios sufridos, sólo puede exigirse cuando el incumpliendo obedece a causas imputables al obligado.

Pago del Servicio

(35) LA CONTRATISTA requiere, por parte de LA ENTIDAD, pago del servicio⁽⁵⁹⁾ en las comunicaciones en que adjunta las siguientes facturas:

- Serie 179-47652 emitida 30/05/2013, por la suma de S/. 1,727.85
- Serie 179-49099 emitida 23/01/2014, por la suma de S/. 1,410.00
- Serie 179-49808 emitida 16/06/2014, por la suma de S/. 1,792.75
- Serie 179-49809 emitida 16/06/2014, por la suma de S/. 8,226.35

(36) Por todo lo anteriormente desarrollado al analizar lo relacionado la “Falta de conformidad” se ha llegado a la convicción de (1) El plazo de caducidad de 10 días para la conformidad caducó. (2) caducado el plazo, bajo responsabilidad de los funcionarios de LA ENTIDAD, -por omisión-, se dio conformidad del servicio por consentimiento. (3) no se ha probado que el servicio de mensajería haya sido incompatible con los Requerimientos Técnicos Mínimos.

(37) La Entidad deberá pagar las contraprestaciones pactadas a favor del contratista en la oportunidad establecida en el Contrato. Para efecto del pago, el responsable de dar la conformidad de recepción de los bienes y servicios, deberá hacerlo en un plazo que no excederá de los diez días) calendario de ser estos recibidos⁽⁶⁰⁾.

⁵⁹ Bajo la sumilla “Solicitud de conformidad y pago por servicios de mensajería ofrecido”.

⁶⁰ Artículo 181 de RLCE.

Clausula Cuarta: Forma de Pago.- EL MINISTERIO se obliga a pagar al EL CONTRATISTA en nuevos soles, en forma mensual, en el plazo máximo de diez (10) días computados desde la conformidad del servicio, previa presentación de la factura adjuntando un listado de envíos diarios de la documentación del MTC clasificados por dependencia, cantidad y condiciones de envío (normal-urgente), tipo de servicio, puntos de destino, fechas de envío, costo unitario, parcial y total (según propuesta económica), incluido todos los impuestos de Ley, según lo establecido en el artículo 181° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, para tal efecto, la Oficina de Atención al Ciudadano y Gestión Documental y de las dependencias que tenga individualizado el servicio son responsables de dar la conformidad de la prestación y deberán hacerlo en un plazo que no excederá de los diez (10) días de ser estos recibidos”.

(38) LA CONTRATISTA requiere el pago de la suma S/. 13,157.45., más los intereses legales. Está demostrado, por documentos presentados como pruebas, que LA CONTRATISTA ha cumplido con los requisitos de pago acordados en la Cláusula de EL CONTRATO.

6° CONCLUSIÓN. – Habiéndose otorgado la conformidad en forma tácita, por consentimiento, el pago de lo adeudado ha quedado habilitado 10 días calendario después de requerida la conformidad.

7° CONCLUSIÓN. – Debe declararse fundada la pretensión de pago de LA ENTIDAD a LA CONTRATISTA de la suma S/. 13,157.45.

Intereses Legales

SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO. - Determinar si corresponde o no declarar se pague los intereses legales que se hayan devengado de cada una de las facturas hasta la fecha de pago.

(39) En caso de retraso en el pago, EL CONTRATISTA tendrá derecho al pago de intereses conforme a lo establecido en el artículo 48° de la LCE, contado desde la oportunidad en que el pago debió efectuarse⁽⁶¹⁾.

(40) Existe la equivocada costumbre de relacionar como punto controvertido a los intereses legales –igual, por ejemplo, las costas-. Los puntos controvertidos son los temas en los que se desdobra la “controversia”; sobre los que árbitro, ante lo hechos y pruebas, tiene facultad para otorgar y/o negar, declarando fundada o infundada la pretensión que encierra el punto controvertido; son temas propios de su competencia y decisión. El pago del precio –obligación esencial-, del contrato, es parte de la controversia; el árbitro puede ordenar –o negar- el pago; pero en el momento que se dispone el pago, este recibe el trato y beneficios que la ley le otorga.

⁶¹ Artículo 181 de RLCE.

(41) Los intereses legales en la LCE tienen carácter de derecho subjetivo consagrado por el derecho objetivo que es la Ley, que no requiere de ningún reconocimiento. El árbitro, respecto a los intereses, no otorga, sino dispone que se cumpla con la ley.

(42) “...En caso de atraso en el pago por parte de la entidad..., ésta reconocerá al contratista ..” los intereses legales “...correspondientes...”⁽⁶²⁾. “...La tasa de interés legal es fijada por el Banco Central de Reserva del Perú...”⁽⁶³⁾.

(43) En el ámbito de la contratación regulada por la LCE, el pago de intereses es obligatorio en “...caso de atraso en el pago...” por encontrarse privado el acreedor de la cosa debida, de la que generalmente goza el deudor, pero la ley acotada no distingue en intereses moratorios⁽⁶⁴⁾. o compensatorios⁽⁶⁵⁾.

(44) Según la doctrina, el concepto del que parte la ley al establecer la obligación de abonar los intereses de mora, independientemente de la prueba del daño al acreedor, es que, si entrega el dinero oportunamente al acreedor, es siempre apto para producir frutos, y los intereses son precisamente una de las figuras de los frutos civiles. De ahí la consecuencia de que el deudor debe en cada caso los intereses moratorios como resarcimiento del daño (frutos que faltan), que se presumen iure et de iure sufridos por el acreedor, por el sólo hecho del retardo del deudor en la entrega de suma capital.

(45) Estando a lo expuesto en los párrafos precedentes, es correcto señalar que el “interés” “...es la compensación por el dinero no percibido en su oportunidad y que por causa económica este debe generar una legítima ganancia en el tiempo...”.

8° CONCLUSIÓN. - Todo atraso en los pagos genera interés legal.

9° CONCLUSIÓN: En los contratos sujetos a las normas de la LCE el atraso en el pago dará lugar al pago de intereses legales correspondientes, a la tasa fijada por el Banco Central de Reserva del Perú.

⁶² Primer párrafo del artículo 48 de la LCE y artículo 181 del RLCE.

⁶³ Artículo 1244 del Código Civil. La Tasa de interés legal es fijada por el BCRP (artículos 1242, 1243 y 1244 del Código Civil y artículos 51 y 52 de la Ley Orgánica de BCRP) y se aplica cuando exista la obligación de pagar intereses y no se hubiera pactado la tasa (artículo 1245 del Código Civil).

⁶⁴ Como resarcimiento por el retardo en la satisfacción de la deuda.

⁶⁵ Como retribución o rendimiento.

IV. FIANZA

(46) En la audiencia de Informes Orales, se preguntó por la fianza establecidas en la cláusula séptima de EL CONTRATO y se recibo como respuesta que no se sabía que había pasado con ella. Lo que nos llamó a atención, pues la garantía se establecen en EL CONTRATO para, bajo la figura de fianza para que en forma solidaria, irrevocable, incondicional y de realización automática, para asegurar la buena ejecución del mismo⁽⁶⁶⁾.

(47) En cumplimiento de lo convenido en la cláusula séptima de EL CONTRATO, LA CONTRATISTA entregó a LA ANTIDAD una Carta Fianza N° D000-1610898, emitida por el Banco Crédito del Perú, por un monto de S/. 169,498.02, equivalente al 10% del monto de EL CONTRATO. Dice EL CONTRATO que la Carta Fianza "(...) permanecerá vigente hasta la conformidad de la recepción de la prestación a cargo (...)” de LA CONTRATISTA⁽⁶⁷⁾, lo que es exacto para servicios.

(48) La garantía de fiel cumplimiento tiene como finalidad esencial: (1) Asegurar la buen ejecución y cumplimiento del objeto del contrato⁽⁶⁸⁾; (2) de ella podrá deducirse las penalidades aplicadas a el contratista por retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato⁽⁶⁹⁾; (3) en caso de resolución contractual por algunas de las causales de ley –responsabilidad del contratista-, se ejecutará la totalidad a favor de la entidad⁽⁷⁰⁾ o será devuelta al contratista, si la resolución del contrato se produce por acto de la entidad.

V. COSTAS

(49) Tomando en consideración que no se ha acreditado la existencia de algún acuerdo previo entre las partes⁷¹ que se pronuncie sobre el pago de costas y costos, en el presente arbitraje, corresponde al Árbitro Único decidir al respecto.

⁶⁶ Inciso a) del artículo 40 de la LCE.

⁶⁷ Artículo 42 de la LCE y artículo 158 del RLCE.

⁶⁸ Inciso a) del artículo 40 de la LCE

⁶⁹ Artículo 165 del RLCE

⁷⁰ Artículo 168 del RLCE

⁷¹ En concordancia con el artículo 69 de la Ley de Arbitraje aprobada por Decreto Legislativo N° 1071.

(50) El Arbitro Único considera que la asunción de los gastos y costos del presente arbitraje deben ser asumidos íntegramente por LA ENTIDAD, en la medida que ha quedado demostrado que, al propiciar el presente arbitraje, ha afectado a LA CONTRATISTA, al verse obligada a este acto contractual –al amparo de la cláusula arbitral-, a incurrir en mayores gastos.

(51) Los honorarios del Árbitro Único y de la Secretaria Arbitral son parte de los costos y ascienden a la suma total de ONCE MIL DOSCIENTOS VEINTE Y TRES y 80/100 Nuevos Soles (S/. 11,223.80).

10° CONCLUSIÓN. – LA ENTIDAD debe asumir las costas y costos del presente proceso, conceptos que deben ser liquidados en la ejecución de este Laudo.

Epílogo

(52) Se precisa que los demás actuados que no han sido glosados, no modifican las consideraciones anteriormente expuestas, por lo que estando a los considerandos y conclusiones precedentes y habiéndose cumplido con todas las formalidades de ley y siendo el estado del mismo el de resolver la controversia planteada en autos, el Arbitro Único pasa a pronunciarse sobre la misma según lo siguiente:

LAUDA:

SE DISPONE

PRIMERO: Declarar **IMPROCEDENTE** la pretensión de la **EMPRESA SERVICIOS POSTALES DEL PERU S.A. – SERPOST S.A.**, en el extremo que se extienda la conformidad del servicio objeto de **EL CONTRATO**.

SEGUNDO: Declarar **FUNDADA** la pretensión de la **EMPRESA SERVICIOS POSTALES DEL PERU S.A. – SERPOST S.A.**, en el extremo que **MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES**, le pague la suma de **TRECE MIL CIENTO CINCUENTA Y SIETE y 35/100/100 Nuevos Soles (S/. 13,157.45)**, como saldo del precio de **EL CONTRATO**.

TERCERO: DISPONER que, por mandato de la Ley, el **MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES**, pague a la **EMPRESA SERVICIOS POSTALES DEL PERU S.A. – SERPOST S.A.**, el interés legal sobre la suma de **TRECE MIL CIENTO CINCUENTA Y SIETE y 35/100/100 Nuevos Soles (S/. 13,157.45)**, por el tiempo corrido desde el mes de junio de 2014 hasta la fecha efectiva el pago.

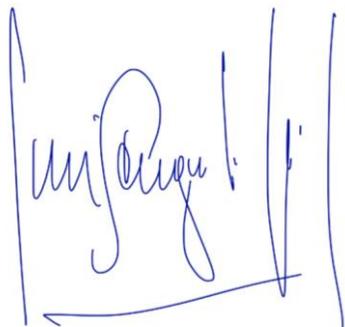
SE RATIFICA

CUARTO: Declarar INFUNDADA la pretensión del **MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES**, en el extremo que se determine los retrasos por parte de la **EMPRESA SERVICIOS POSTALES DEL PERU S.A. – SERPOST S.A.**, en la prestación del servicio objeto de **EL CONTRATO**.

QUINTO: Declarar INFUNDADA la pretensión del **MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES**, en el extremo que se deduzca penalidad por mora y otras penalidades.

SEXTO: Disponer que **MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES**, asuma las costas y costos del presente arbitraje, conceptos que deberán ser liquidados en la ejecución del Laudo; para tal efecto se **SEÑALA** que los honorarios del **Árbitro Único** y de **Secretaria Arbitral** son parte de los costos y asciende a la suma total de **ONCE MIL DOSCIENTOS VEINTE Y TRES y 80/100 Nuevos Soles (S/. 11,223.80)**.

Notifíquese a las partes.



LUIS ALBERTO ANGULO BUDGE
Árbitro Único