

Arbitraje seguido entre

**CENTRO DE RIESGOS COMERCIALES - PUCP - COSAPI DATA**

(Demandante)

y

**OFICINA DE NORMALIZACIÓN PREVISIONAL - ONP**

(Demandada)

---

**LAUDO**

---

*Tribunal Arbitral*

Dr. Jorge Santistevan de Noriega

Dr. Carlos Ruska Maguiña

Dr. Aníbal Quiroga León

*Secretaría Arbitral*

Verónica de Noriega Madalengoitia - ARBITRE

*Representantes del demandante*

Sr. Franjo Thomas Kurtovic Diaz

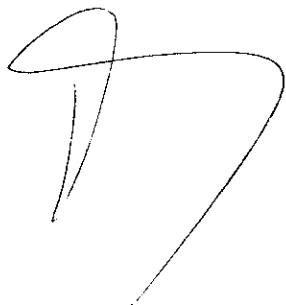
Sr. Alfredo Eduardo Orellana Batillana

Dra. Tatiana Grace Meza Loarte

*Representantes de la demandada*

Dra. Paola Lisseth Cartolin Romero

Dr. Roberto Sánchez Grecco



## ÍNDICE

<b>I.</b>	CONVENIO ARBITRAL .....	3
<b>II.</b>	DESIGNACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL .....	4
<b>III.</b>	INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL.....	4
<b>IV.</b>	ANTECEDENTES .....	5
<b>V.</b>	DEMANDA PRESENTADA POR EL CONSORCIO .....	13
<b>VI.</b>	CONTESTACIÓN DE DEMANDA POR LA ONP.....	27
<b>VII.</b>	AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN Y FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS.....	31
<b>VIII.</b>	CIERRE DE ETAPA PROBATORIA Y ALEGATOS ESCRITOS .....	33
<b>IX.</b>	AUDIENCIA DE INFORMES ORALES Y PLAZO PARA LAUDAR .....	34
<b>X.</b>	ANÁLISIS DE LA MATERIA CONTROVERTIDA .....	34
<b>XI.</b>	LAUDO .....	51

## **Resolución N° 27**

En Lima, a los 30 días del mes de marzo del año dos mil doce, el Tribunal Arbitral, luego de haber realizado las actuaciones arbitrales de conformidad con la ley y las normas establecidas por las partes, escuchado los argumentos esgrimidos y deliberado en torno a las pretensiones planteadas en la demanda y en la contestación de demanda, dicta por unanimidad el laudo siguiente para poner fin, por decisión de las partes, a la controversia planteada.

### **I. CONVENIO ARBITRAL**

1. Con fecha 24 de noviembre de 2008, el Consorcio Centro de Riesgos Comerciales – PUCP – COSAPI DATA (en adelante **el Consorcio**) y la Oficina de Normalización Previsional (en adelante **la ONP**) suscribieron el Contrato de Servicio de Orientación y Recepción al Cliente correspondiente al Decreto Ley N° 19990, al Decreto Ley N° 18846 y Otros Regímenes encargados a la ONP y que se le encarguen (en adelante **el Contrato**), el cual en su cláusula décimo novena refleja el siguiente convenio arbitral:

#### ***“DÉCIMO NOVENA.- ARBITRAJE***

*Todos los conflictos que se deriven de la ejecución e interpretación del presente contrato, incluidos los que se refieren 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 y adquisiciones del Estado.*

*El arbitraje será resuelto por tres árbitros, conforme a las disposiciones de la Ley y su Reglamento. El laudo arbitral emitido es vinculante para las partes y pondrá fin al procedimiento de manera definitiva, siendo el laudo*

ARBITRAJE DE DERECHO  
CONSORCIO CENTRO DE RIESGOS COMERCIALES PUCP COSAPI DATA / OFICINA DE  
NORMALIZACIÓN PREVISIONAL - ONP

*inapelable ante el Poder Judicial o ante cualquier instancia administrativa.”*

2. En tal sentido, las partes convinieron resolver todas las controversias derivadas de la ejecución o interpretación del Contrato mediante arbitraje ad-hoc y de derecho, el cual sería resuelto por un Tribunal Arbitral compuesto por tres (3) árbitros.

## **II. DESIGNACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL**

3. Los árbitros Carlos Ruska Maguiña y Anibal Quiroga León fueron designados por cada una de las partes en la solicitud de arbitraje y su respuesta, respectivamente; y, éstos, luego de manifestar oportunamente su aceptación, designaron a su vez al doctor Jorge Santistevan de Noriega como Presidente del Tribunal, quien también manifestó oportunamente su aceptación al cargo, cumpliendo con ello con el procedimiento contenido en el artículo 222° del Reglamento de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF.

## **III. INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL.**

4. Con fecha 6 de julio de 2011, se llevó a cabo la Audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral, con la presencia de los representantes de ambas partes. En esta Audiencia, el Tribunal Arbitral ratificó haber sido designado conforme a ley y al convenio arbitral celebrado por las partes, reiterando no tener ninguna incompatibilidad para el cumplimiento del cargo, ni vínculo alguno con éstas, obligándose a desempeñar sus funciones con imparcialidad, independencia y probidad.
5. En el mismo acto, quedó establecido que el arbitraje sería ad-hoc, nacional y de derecho, se designó como secretaria arbitral a ARBITRE S.R.L., señalando como lugar del arbitraje la ciudad de Lima, siendo la

sede del Tribunal Arbitral las oficinas ubicadas en Avenida José Pardo N° 1540, Miraflores.

6. De igual manera, se establecieron las reglas aplicables al presente arbitraje, las cuales serían **(a)** las reglas de dicha acta; **(b)** el Texto Único Ordenado de la Ley N° 26850, aprobado por Decreto Supremo N° 083-2004-PCM (en adelante la **LCAE**) y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 084-2004-PCM (en adelante **el RLCAE**); y **(c)** el Decreto Legislativo N° 1071 - Decreto Legislativo que Norma el Arbitraje (en adelante la **Ley de Arbitraje**).

#### IV. ANTECEDENTES

7. El Tribunal, de los hechos expuestos en la demanda y contestación de demanda, ha podido identificar los siguientes antecedentes:

##### Respecto a las penalidades

7.1 El Consorcio participó y obtuvo la buena pro del Concurso Público N° 015-2007-ONP "Servicio de Orientación y Recepción al cliente en las Plataformas de Atención al Público correspondientes al Decreto Ley 19990, Decreto Ley 18846, otros regímenes encargados y que se le encarguen a la Oficina de Normalización Previsional", de acuerdo a las Bases Integradas, por un monto de S/. 38'182.721, por un periodo de 36 meses, con una fase operativa desde el 25 de enero 2009 al 24 de enero de 2012, celebrándose el Contrato con fecha 24 de noviembre de 2008.

7.2 Dentro de las obligaciones pactadas, el Consorcio debía cumplir con proporcionar determinado personal y mobiliario para las distintas Plataformas de Atención al Público, de acuerdo a los

Términos de Referencia y Anexos N°01-M.02, N°01-M.03, N°01-M.04, N°01-T.1 de las Bases.

- 7.3** Mediante Carta N° 055-2009-DSO-SD/ONP de fecha 18 de febrero de 2009, la ONP comunicó al Consorcio la identificación de diversas prestaciones no ejecutadas y como consecuencia de ello informó la aplicación de la penalidad estipulada en la cláusula decimo sexta del Contrato.
- 7.4** Las prestaciones no ejecutadas estaban referidas al Alquiler de la Oficina Sede del Proveedor (anexo N° 1), Ausencia de la totalidad de Personal de acuerdo a las Bases Integradas y Propuesta Técnica (Anexo N° 2) y, Mobiliario no sustentado o presentado para el servicio (Anexo N° 3); determinando como monto de penalidad la suma de S/. 37,676.36.
- 7.5** El Consorcio mediante Carta 09/0195/CRYO de 11 de marzo de 2009, presentó sus descargos en los términos expuestos.
- 7.6** La ONP mediante Carta N° 082-2009-DSO-SD/ONP de 12 de mayo de 2009, comunicó haber evaluado los descargos aceptando el que correspondía al alquiler de la Oficina Sede del Proveedor y, con respecto al mobiliario y personal, determinó que la penalidad aplicable ascendía a la suma de S/. 43,228.23.
- 7.7** El Consorcio aceptó la referida penalidad, descontándose el importe respectivo de la factura correspondiente al mes de mayo 2009 con la Nota de Débito N° 001-0001319, teniendo como importe la suma de S/. 43,228.23, lo que fue notificado mediante Carta N° 345-2009-OAD-ONP recibida el 14 de mayo de 2009 por el Consorcio.
- 7.8** Posteriormente y por Carta N° 187-2009-DSO-SO/ONP de 30 de julio de 2009, la ONP impuso una nueva penalidad al Consorcio por la no ejecución de puesta a disposición de determinado

personal en el periodo del 08 de abril al 30 de junio de 2009, determinando el monto de la misma en la suma de S/. 20,936.63.

- 7.9** La ONP mediante Carta N° 237-2009-DSO-SD/ONP de 31 de agosto de 2009, comunicó al Consorcio *"que se ha efectuado un recálculo de penalidades respecto al mobiliario faltante..."* aduciendo haber realizado la consulta al Área de Asesoría Legal de la Dirección de Servicios Operativos basada en la interpretación de la Opinión de OSCE N° 008-2007-GNP, determinando como nuevo monto de dicha penalidad la suma de S/. 51,808.77 por el mobiliario de Lima y, S/. 21, 422.83 por el mobiliario de provincias, solicitando descargos sobre el particular.
- 7.10** La ONP igualmente, mediante Carta N° 238-2009-DSO-SD/ONP de 31 de agosto de 2009, comunicó al Consorcio *"que se ha efectuado un recálculo de penalidades respecto al personal faltante..."* aduciendo haber realizado consulta al Área de Asesoría Legal de la Dirección de Servicios Operativos, basada en la interpretación de la Opinión de OSCE N° 008-2007-GNP, determinando como nuevo monto de dicha penalidad la suma de S/. 168,391.48, solicitando descargos sobre el particular.
- 7.11** El Consorcio mediante Cartas N° 09/0707/CRYO y N° 09/0706/CRYO de 5 de octubre de 2009, presentó los descargos correspondiente a las Cartas N° 237-2009-DSO-SD/ONP y N° 238-2009-DSO-SD/ONP, referente al concepto mobiliario y personal, respectivamente, en los términos consignados.
- 7.12** La ONP mediante Carta N° 189-2010-DSO-SD/ONP de 16 de junio de 2010, comunicó al Consorcio su determinación de aplicar la penalidad con carácter definitivo de acuerdo al nuevo criterio, por retraso injustificado en la puesta a disposición de personal al 7 de abril de 2009 y, mobiliario al 14 de abril de 2009, por la suma de S/. 69,157.81.

- 7.13** Asimismo, la ONP mediante Carta N° 188-2010-DSO-SD/ONP de 16 de junio de 2010, comunicó al Consorcio su determinación de aplicar la penalidad con carácter definitivo de acuerdo al nuevo criterio, por retraso injustificado en la puesta a disposición de personal en el periodo 8 de abril de 2009 al 30 de junio de 2009, por la suma de S/. 118,305.90.
- 7.14** El Consorcio mediante Carta 10/0372/CRYO de 18 de junio de 2010, solicitó a la ONP la información de detalle respecto de las penalidades determinadas.
- 7.15** La ONP mediante Carta N° 896-2010-OAD/ONP de 24 de junio de 2010, hizo de conocimiento del Consorcio que se procedería a emitir la Nota de Débito N° 001548 por **S/. 187,463.71** (sumatoria de los montos indicados en los puntos 7.12 y 7.13 que anteceden).
- 7.16** La ONP mediante Carta N° 225-2010-DSO-SD/ONP de 27 de julio de 2010, precisó los criterios utilizados para la aplicación de las penalidades en base a lo que calificaba como “interpretación sistemática”.
- 7.17** El Consorcio mediante Carta 10/0453/CRYO de 2 de agosto de 2010, fijó ante la ONP su posición respecto a las precisiones recibidas, rechazando el nuevo criterio al considerarlo una interpretación unilateral.
- 7.18** La ONP mediante Carta N° 230-2010-DSO-SD/ONP de 3 de agosto de 2010, amplió los fundamentos que tuvieron en consideración para aplicar el recálculo de las penalidades.
- 7.19** El Consorcio, finalmente, mediante Carta 10/0484/CRYO de 6 de agosto de 2010, se dirigió a la Jefatura de la ONP solicitando se revierta la penalidad aplicada.



- 7.20** La ONP mediante Carta N° 119-2010-DSO-SD/ONP de 12 de agosto de 2010, respondió al Consorcio la Carta que antecede, reiterando los criterios que fundamentaban la penalidad aplicada.
- 7.21** El Consorcio con fecha 19 de julio de 2010 hace entrega a la ONP de su Factura N° 001-000161 correspondiente al mes de junio de 2010 por el importe de S/. 1'025,077.41. Al momento de su pago, se realiza un descuento ascendente a S/. 195,302.71 constituido por: **i)** S/. 187,463.71 que es materia de la presente controversia y **ii)** la diferencia por otras penalidades del servicio aceptadas por el Consorcio y que fueron comunicadas con Cartas N° 898-2010-OAD/ONP y 891-2010-OAD/ONP.
- 7.22** Finalmente, la ONP mediante Carta N° 326-2010-DSO.SD/ONP de 22 de septiembre de 2010, procedió a penalizar al Consorcio por la no disposición de un determinado grupo de mobiliario en el periodo del 15 de abril al 30 de junio de 2009, por un monto de **S/. 58,944.62**, aplicando la misma metodología utilizada para el recálculo y que constituye el objeto del cuestionamiento del Consorcio.

### **Respecto a la reducción de la prestación**

- 7.23** El Consorcio participó y obtuvo la buena pro del Concurso Público N° 015-2007-ONP "Servicio de Orientación y Recepción al cliente en las Plataformas de Atención al Público correspondientes al Decreto Ley 19990, Decreto Ley 18846, otros regímenes encargados y que se le encarguen a la Oficina de Normalización Previsional", de acuerdo a las Bases, por un monto de S/. 38'182,721.00, por un periodo de 36 meses, con una fase operativa desde el 25 de enero 2009 al 24 de enero de 2012, celebrándose el Contrato el 24 de noviembre de 2008.

ARBITRAJE DE DERECHO  
CONSORCIO CENTRO DE RIESGOS COMERCIALES PUCP COSAPI DATA / OFICINA DE  
NORMALIZACIÓN PREVISIONAL - ONP

- 7.24** Dentro de las obligaciones pactadas, el Consorcio debía cumplir con proporcionar, de acuerdo a lo fijado en las Bases integradas (página 334), a 17 personas, más dos recursos adicionales según ofrecimiento de propuesta técnica que otorgaban puntaje adicional, más 2 personas de Limpieza.
- 7.25** Mediante correo electrónico de fecha 24 de marzo de 2009, esto es, 20 días antes de la fecha prevista de inicio del servicio, el Consorcio comunicó a la ONP en la persona del señor Javier Velásquez, quien se desempeñaba en dicha fecha como Sub Director de Oficinas Departamentales, la nómina del personal asignado a la Plataforma de Atención al Público (en adelante **PLAP**) Lima Este.
- 7.26** La PLAP Lima Este recién fue inaugurada el día 14 de abril de 2009.
- 7.27** El 30 de abril de 2009, la ONP mediante Carta N° 077-2009-DSO/ONP, comunicó al Consorcio que en razón del Informe N° 004-2009-DSO-SD/ONP *“existe la necesidad de una reducción de prestación por el personal de la PLAP Lima Este que no brindó el servicio en el periodo comprendido entre el 25 de enero al 14 de abril de 2009.”* En el citado Informe se recomienda efectuar una reducción por la suma de S/. 94,207.53, partiendo de la premisa que el personal solicitado para la PLAP Lima Este *“no fue presentado a la ONP al inicio de la fase operativa (25 de enero) por parte del proveedor y por lo tanto no fue redistribuido entre otras oficinas”*.
- 7.28** El 3 de junio de 2009, la ONP, mediante Carta N° 092-2009-DSO/ONP, comunicó al Consorcio haber *“reconsiderado los montos”* de acuerdo a la estructura de costos a la firma del Contrato, estableciendo en consecuencia la reducción en la suma de S/. 84,527.62.

- 7.29** La ONP mediante Carta N° 103-2009-DSO/ONP de 26 de junio de 2009, comunicó que había solicitado a la Oficina de Administración de la ONP el inicio de las gestiones correspondientes para la reducción de prestaciones por el personal de la PLAP Lima Este, al no haberse brindado el servicio en el periodo comprendido entre el 25 de enero de 2009 al 14 de abril de 2009.
- 7.30** El 3 de diciembre de 2009, la ONP, mediante Carta N° 206-2009-DSO/ONP, comunicó al Consorcio la existencia de un error en el monto y *"solicitó remita a la ONP, el monto que su representada habría estimado para la presente reducción"*.
- 7.31** El 8 de enero de 2010, el Consorcio, mediante Carta N° 10/0035/CRYO, dio respuesta a la pretendida reducción de prestación, estableciendo los argumentos de hecho y derecho por los que, a su parecer, se sustenta la carencia de viabilidad técnica y jurídica para ser efectuada, señalando entre los argumentos, las condiciones que deben cumplirse para que sea procedente una reducción, la carencia de implementación de la PLAP Lima Este en fecha distinta de la prevista por causas imputables a la Entidad, la redistribución del personal entre las otras Plataformas implementadas, la naturaleza de suma alzada del contrato, inaplicación del criterio de oportunidad, y de la formalidad de que la reducción debe ser aprobada por el Titular de la entidad.
- 7.32** La ONP mediante Carta N° 007-2010-DSO/ONP de 21 de enero de 2010, solicitó al Consorcio la remisión de *"las evidencias o sustentos que demuestren que el personal de la PLAP Lima Este laboró durante el periodo del 25.01.09 al 14.04.09 en otras Plataformas de Atención al Público de la ONP..."*, precisando que *"de la revisión efectuada al 07.04.09 la cantidad del personal del servicio era inferior al requerido en el ámbito nacional"*.

- 7.33** Mediante Carta N° 10/0076/C.RYO de 1 de febrero de 2010, el Consorcio expresó a la ONP que la pretendida reducción de prestación “*adolece de defectos de fondo y forma*”, efectuando precisiones en torno a la asignación de personal, así como que el “*cómputo de personal realizado... a una fecha específica, incurre en omisiones debido a ausencias por enfermedad, reasignación de posiciones, bajas de personal en vías de reposición y personal en entrenamiento,...*”. Sobre este alcance, el Consorcio señaló que el personal asignado estuvo laborando en otras PLAP hasta la oportunidad en que la ONP determinó el inicio del funcionamiento de la PLAP Lima Este, precisándose que las limitadas inconsistencias se derivan de renunciadas, ausencias por enfermedad u otras causas, que en nada desvirtúan, para su parte, la veracidad de las aseveraciones efectuadas.
- 7.34** La ONP mediante Carta N° 117-2010-DSO.SD/ONP de 21 de abril de 2010, comunicó al Consorcio que en el documento enviado (10/0076/CRYO), no se especificó claramente las evidencias y sustentos que demostrasen que el personal sí laboró durante el periodo 25 de enero de 2009 al 14 de abril de 2009.
- 7.35** El Consorcio mediante Carta 10/0312/CRYO de 31 de mayo de 2010, envió copia de los contratos de trabajo de las personas asignadas a la PLAP de Lima Este durante el periodo 25 de enero de 2009 al 14 de abril de 2009.
- 7.36** El 22 de setiembre de 2010, la ONP en una reunión de Operaciones conjuntamente con el Consorcio, comunicó que en la Orden de Servicio N° 897 del mes de agosto de 2010 se ejecutaría el descuento de S/.96,060.42 proveniente de la reducción de prestación.
- 7.37** Mediante Carta N° 10/0576/CRYO de 23 de setiembre de 2010, el Consorcio expresó a la ONP su discrepancia por el eventual

descuento por S/ 96,060.42 bajo el argumento de reducción de prestación de personal, reiterando los argumentos que habían sido expuestos en las diversas comunicaciones precedentes.

**7.38** En la Factura N° 001-168 del servicio del mes de agosto de 2010, la ONP descontó el monto de S/.96,060.42.

## V. DEMANDA ARBITRAL PRESENTADA POR EL CONSORCIO

8. Mediante escrito de 18 de agosto de 2011, el Consorcio interpuso demanda arbitral contra la ONP señalando como pretensiones que:
- (i) Se deje sin efecto la indebida penalidad ascendente a la suma de S/.187,463.71 que la ONP ha impuesto al Consorcio, bajo el concepto de recálculo de penalidad, mediante Carta N° 896-2010-DSO.SD/ONP de 24 de junio de 2010 y que se ha hecho efectiva al momento de abonar la Factura N° 001-000161, correspondiente al mes de junio de 2010 y, se ordene la devolución de dicha suma.
  - (ii) Se deje sin efecto la penalidad aún no descontada que ha sido impuesta al Consorcio por la ONP mediante Carta N° 326-2010-DSO.SD/ONP, por el monto de S/. 58,944.62.
  - (iii) Se disponga que se reconozca y abone al Consorcio los intereses generados desde la fecha en que se produjo el indebido descuento correspondiente a la primera pretensión y, hasta la fecha en que se produzca la devolución de ese importe.
  - (iv) Se deje sin efecto la indebida reducción de prestación ascendente a la suma de S/. 96,060.42 que la ONP ha descontado de la Factura N° 001-168 del Consorcio, derivada de la Orden de Servicios N° 897 del mes de agosto de 2009.

- (v) Se disponga que se reconozca y abone al Consorcio los intereses generados desde la fecha en que se produjo el indebido descuento, correspondiente a la pretensión anterior y, hasta la fecha en que se produzca la devolución de ese importe.
- (vi) Se disponga que se reconozca y abone al Consorcio las costas y costos del arbitraje.

### **Fundamentos de las pretensiones relacionadas a las penalidades impuestas**

#### **Respecto a la naturaleza de las prestaciones del Contrato**

9. El Consorcio manifiesta que el Contrato celebrado para la prestación del servicio de orientación y recepción al cliente en las PLAP, ostenta la naturaleza jurídica de ser un contrato de locación de servicios, de ejecución periódica, por el cual el Consorcio está obligado a ejecutar el objeto principal y sus prestaciones parciales en forma mensual. Es decir, debe prestar el servicio de orientación al público durante un determinado horario diario, bajo determinadas condiciones técnicas y cumpliendo con determinados procedimientos, lo que constituye el objeto principal del contrato.
10. Sin embargo, el Consorcio señala que como se trata de un contrato de naturaleza compleja, coexisten dentro de sus alcances otro tipo de prestaciones que no constituyen el objeto contractual principal ni sus prestaciones parciales y, que se refieren a las relacionadas a los términos de referencia o condiciones contractuales de ejecución de la prestación principal que constituye el objeto del contrato. Una de ellas está referida a la entrega de determinado mobiliario y la otra está referida a la colocación de determinado personal para la puesta en marcha del servicio principal,

es decir, para la ejecución del objeto principal del contrato y sus prestaciones parciales relacionadas a la orientación y recepción al cliente en las PLAP.

11. Al respecto, el Consorcio sostiene que dichas prestaciones no son de ejecución periódica y tampoco son prestaciones parciales que en forma continua se ejecutan durante el plazo de ejecución del Contrato y que se relacionan directamente con su pago y objeto.
12. Ello, señala el Consorcio, porque la entrega de determinado mobiliario, así como la colocación de personal no constituyen la prestación principal ni las prestaciones parciales que forman parte del Contrato, ya que ni siquiera están relacionadas directamente al monto total del Contrato. Es decir, el Consorcio sostiene que, sin perjuicio de supervisar la correcta e integral ejecución del Contrato, la falta de un personal o de un mobiliario, como las prestaciones parciales que lo conforman se hayan ejecutado, cumpliendo con los términos de referencia pactados, esto es, la cantidad de atenciones al público.
13. Por las razones señaladas, el Consorcio considera que la entrega de mobiliario o la colocación de personal, constituyen prestaciones de naturaleza accesoria, de ejecución continuada y autónoma, que forman parte de las condiciones en las que el servicio contratado debe prestarse, pero que pueden y deben ser absolutamente identificables para efectos de su cumplimiento tardío o defectuoso o incumplimiento.
14. Por tal motivo, el Consorcio indica que se trata de prestaciones secundarias, accesorias pero divisibles e identificables, cuyo supuesto incumplimiento no ha alterado el cumplimiento del objeto principal del Contrato ni el de sus prestaciones parciales, lo que se demuestra para el Consorcio con el pago de las facturas mensuales por el servicio prestado hasta el mes de junio de 2011.

15. En relación a ello, el Consorcio se remite a la Opinión de OSCE N° 069-2009/DTN de fecha 31 de junio de 2009, en donde se absuelve una consulta formulada precisamente por la ONP respecto a si en un contrato de ejecución periódica, cuyas prestaciones se pagan de manera mensual, resulta viable aplicar las penalidades por mora establecidas en la normativa de contrataciones del Estado sobre las prestaciones principales ejecutadas en su integridad, cuando el contratista no habría cumplido con efectuar parte de las prestaciones accesorias, ante lo cual el Órgano rector respondió que *“deberá aplicarse sólo sobre dicha prestación la penalidad por mora establecida en la normativa de contrataciones del Estado, sin que ello afecte la cancelación de la prestación principal que fue ejecutada en su integridad”*.
16. De igual manera, el Consorcio menciona la Opinión N° 124-2009/DTN de OSCE de fecha 30 de noviembre de 2009, ante una nueva consulta de la ONP *“sobre qué base se determinará la prestación parcial en un contrato con una pluralidad de prestaciones, algunas principales, otras accesorias, algunas de ejecución continuada y otras de ejecución periódica, así como la entrega de una serie de bienes en oportunidades claramente definidas.”*, ante lo cual el OSCE opinó que *“corresponderá a la Entidad determinar la naturaleza de las prestaciones que conforman el contrato que suscriba, y por tanto, las penalidades que sobre estas devenguen, debiendo considerarse que sólo en tanto se trate de un contrato donde exista una prestación de ejecución periódica (ya sea la prestación principal y/o la accesorio), tendrá que tomarse como referencia para la aplicación de la penalidad por mora, las prestaciones parciales que la conforman y sobre las que devenga el incumplimiento. En cuanto a otras prestaciones que por su naturaleza sean por ejemplo, de ejecución inmediata, a fin de aplicar la penalidad por mora, se tendrá que tomar como referencia el monto total de dicha prestación”*.



17. Respecto a las Opiniones citadas, el Consorcio manifiesta que OSCE interpreta y distingue entre las prestaciones parciales del objeto principal del contrato y las demás prestaciones de naturaleza accesoria, cuyo incumplimiento parcial, tardío o defectuoso podría ser pasible de penalidades, precisando inclusive que para el caso de prestaciones de ejecución inmediata, se tendría como referencia el monto total de la prestación. Asimismo, señala que el OSCE adiciona a su interpretación que *“un contrato de ejecución periódica será aquel que se ejecute durante un tiempo determinado y que contenga prestaciones parciales que se ejecutarán de manera continuada durante el plazo del citado contrato. En ese sentido, el elemento esencial para considerar un contrato como de ejecución periódica será su tiempo de duración”*.
18. De acuerdo a ello, el Consorcio afirma que las obligaciones principales conformadas por sucesivas prestaciones parciales que conforman el objeto principal del contrato, corresponden a un contrato de ejecución periódica, el mismo que se ejecuta en forma mensual y dentro de un plazo de duración determinado.
19. Sin embargo, sostiene el Consorcio, OSCE termina afirmando en la última Opinión citada que para el caso de las demás prestaciones, que no encajen en el supuesto jurídico antes descrito y analizado, será la propia Entidad la que deberá determinar su naturaleza jurídica y por tanto la forma en la que se aplicarán las penalidades. Con ello, dejó en la discrecionalidad de la Entidad la determinación de la naturaleza de las demás prestaciones accesorias del contrato, que no sean prestaciones parciales, y por lo tanto, la determinación de la metodología de aplicación de penalidades, sobre la base de la inexistencia o inaplicabilidad del artículo 222° del RLCAE<sup>1</sup> para esos casos.

<sup>1</sup> RLCAE

**“Artículo 222.- 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 cien (10%) del monto contractual o, de ser el caso, del ítem, tramo, etapa o lote*

20. Dentro de este marco legal, el Consorcio señala que la ONP definió en la presente controversia la naturaleza de la prestación incumplida y aplicó la penalidad en concordancia a esa definición que ella misma efectuó, por tanto, aplicó un criterio que consideró legalmente válido y sobre el cual si bien el Consorcio al principio objetó luego aceptó, no siendo en consecuencia posible para dicha parte su modificación posterior de manera unilateral.

**Respecto al alcance de la metodología a seguir para el cálculo de las penalidades**

21. A fin de analizar los criterios de aplicación de las penalidades sobre la base de lo dispuesto en el Contrato y en las Bases integradas, el Consorcio sostiene que tanto las Bases como el Contrato estipulan la aplicación de penalidades por mora (retraso en el cumplimiento de prestaciones) o incumplimiento (inejecución de obligaciones o ejecución

que debió ejecutarse o de la prestación parcial en el caso de ejecución periódica. 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 adicional por el monto diferencial de la propuesta.

En todos los casos, la penalidad se aplicará automáticamente y se calculará de acuerdo con la siguiente fórmula:

$$\text{Penalidad diaria} = \frac{0.10 \times \text{Monto}}{F \times \text{Plazo en días}}$$

Donde F tendrá los siguientes valores:

- Para plazos menores o iguales a sesenta (60) días, para bienes, servicios y ejecución de obras:

$$F = 0.40$$

- Para plazos mayores a sesenta (60) días:

\* Para bienes y servicios:  $F = 0.25$

\* Para obras:  $F = 0.15$

Tanto el monto como el plazo se refieren, según corresponda, al contrato, ítem, tramo, etapa o lote que debió ejecutarse o de la prestación parcial en el caso de contratos de ejecución periódica.

Cuando se llegue a cubrir el monto máximo de la penalidad, la Entidad podrá resolver el contrato por incumplimiento.

En el caso de ejecución de obras el monto está referido al monto del contrato vigente."

inadecuada o defectuosa de las mismas), utilizando la fórmula general regulada en el artículo 222° del RLCAE.

22. Al respecto, el Consorcio afirma que las penalidades no constituyen sólo un mecanismo sancionador que puede ejercer la Entidad contra el contratista, ni tampoco constituye la forma con la que la Entidad se haga cobro del valor de los servicios o bienes que no se ejecutan o no se entregan; sino que, las penalidades constituyen sobretudo un mecanismo coercitivo y conminador con el principal propósito de que las prestaciones (de todo tipo) que conforman el contrato se cumplan y así se satisfaga la necesidad que originó a aquél, conforme a lo señalado en el artículo 1333° del Código Civil<sup>2</sup> y el artículo 222° del RLCAE.
23. Siguiendo dicha línea, el Consorcio manifiesta que llevando el razonamiento de OSCE en la Opinión N° 008-2007/GTN (relativa a la aplicación del artículo 222° del RLCAE cuando habla de prestaciones parciales para el caso de contratos de ejecución periódica), a la naturaleza jurídica del Contrato y sobre todo a la naturaleza de las prestaciones accesorias en cuestión, se puede advertir que la provisión de determinado mobiliario y determinado personal, como prestaciones autónomas, se cumplen al inicio del Contrato para Lima y no se tiene que volver a cumplir en forma mensual o periódica, sino que se mantiene vigente hasta la terminación del Contrato, por lo que el cálculo de las penalidades debería recaer en forma individual por cada personal no provisto o mobiliario no entregado.

<sup>2</sup> Código Civil

**“Artículo 1333°.- Constitución en mora**

*Incurrir en mora el obligado desde que el acreedor le exija, judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de su obligación.*

*No es necesaria la intimación para que la mora exista:*

- 1.- Cuando la ley o el pacto lo declaren expresamente.
- 2.- Cuando de la naturaleza y circunstancias de la obligación resultare que la designación del tiempo en que había de entregarse el bien, o practicarse el servicio, hubiese sido motivo determinante para contraerla.
- 3.- Cuando el deudor manifieste por escrito su negativa a cumplir la obligación.
- 4.- Cuando la intimación no fuese posible por causa imputable al deudor.”

24. Por ello, el Consorcio considera importante señalar que, dentro de los alcances del artículo 222° y, tal como lo analiza y aplica OSCE, la ejecución de una prestación accesoria, autónoma y divisible, como la entrega de mobiliario o la colocación de personal, que constituyen en lo fundamental condiciones del servicio, no están contempladas por las normas aplicables ni por las Bases o el Contrato como un ítem, tramo, lote o etapa, ni tampoco constituyen una prestación parcial, por lo que la aplicación de la fórmula general no puede ser interpretada y aplicada en forma unilateral por la entidad contratante, sin que medie un acuerdo entre las partes. A parecer del Consorcio, se trata de un presupuesto que las normas aplicables no cubren y que sólo puede ser superado por voluntad de las partes.
25. En relación a ello, el Consorcio reitera que se trata de prestaciones accesorias que constituyen condiciones o especificaciones técnicas en virtud de las cuales se cumpliría el objeto principal del Contrato, pero que de ninguna manera constituyen, en su integridad, la base del cálculo de la penalidad, no siendo posible por ende utilizar el monto total del contrato o el monto total del mobiliario o personal exigido para la aplicación de la fórmula de penalidad, ya que la prestación accesoria resulta ser la entrega del bien (mobiliario) individualizable o la provisión del personal individualizable y, su incumplimiento no ha afectado la ejecución eficiente y satisfactoria del servicio contratado (prueba de ello para el Consorcio es que la ONP le ha cancelado las facturas en su totalidad).
26. Para el Consorcio, aplicar la penalidad sobre el monto total del Contrato o el monto total del mobiliario o personal exigido, constituiría una infracción a la forma y concepción establecida en el artículo 222° del RLCAE, ya que señala que se está frente a un contrato de ejecución periódica pero de naturaleza compleja, en el cual coexisten prestaciones parciales que pueden ser periódicas e interdependientes, así como prestaciones que no son parciales, puesto que no forman parte del objeto

principal que se ejecuta periódicamente, sino que ostentan una naturaleza autónoma e individualizable, siendo la entrega del mobiliario o la provisión de personal, una prestación autónoma, accesoria, divisible e independiente, que puede ser identificada, de tal forma que no se genere un perjuicio con la aplicación de las penalidades, sino que cumpla con su rol coercitivo y resarcitorio.

**Respecto a la omisión o inexistencia de metodología en la cláusula de penalidades del Contrato por incumplimiento de otras prestaciones**

27. El Consorcio señala que dicha omisión fue subsanada por acuerdo de partes, ya que dicha parte abonó la primera penalidad (S/. 43,228.23), aceptando por ende, los criterios y metodología aplicada por la ONP para su cálculo. Es decir, sostiene el Consorcio, para ambas partes quedaron determinados los conceptos y procedimientos de dicha penalidad de manera definitiva.
28. Y, en consecuencia el Consorcio alega que, tal como establece la doctrina y con independencia de la clase de los sujetos de la relación, un contrato es siempre el acuerdo de voluntades, esto es, la expresión inequívoca de las partes de crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica de carácter patrimonial, tal como dispone el artículo 1351° del Código Civil<sup>3</sup>, aplicable en calidad de norma supletoria ante la ausencia de definición específica en la LCAE y el RLCAE y, tal como explícitamente lo regula el artículo 201° del RLCAE<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> Código Civil

**Artículo 1351°.- Noción de contrato**

*"El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial."*

<sup>4</sup> RLCAE

**"Artículo 201.- Contenido del contrato**

*El contrato está conformado por el documento que lo contiene, las Bases integradas y la oferta ganadora, así como los documentos derivados del proceso de selección que establezcan obligaciones para las partes y que hayan sido expresamente señalados en el contrato.*

29. Al respecto, el Consorcio sostiene que la cláusula décimo sexta del Contrato constituye el aspecto medular de la controversia, por cuanto permite advertir que de su texto no emerge una metodología específica de aplicación cuando se trata de un supuesto como el que es materia de controversia, extremo que requería ser necesariamente complementado por el acuerdo, explícito o implícito, de las partes.
30. Para el Consorcio, tal acuerdo de voluntades se ve reflejado en la interposición de la primera penalidad por la ONP y la aceptación de ésta por parte del Consorcio al pagarla ya que, consideró que el monto calculado respondía a un criterio conforme a los términos del Contrato y a la legislación aplicable, más allá de la objeción del Consorcio por considerar que no se trataba de un incumplimiento de obligación parcial tal como lo señaló la ONP al momento de aplicar la penalidad.
31. Así, alega que la manifestación de la ONP y el Consorcio explícitas y objetivas para aplicar la penalidad establecida en la cláusula décimo sexta del Contrato, constituyeron una regulación de dicha cláusula y, en consecuencia, una determinación de los criterios que se aplicarían en cada oportunidad en que ello fuere necesario.
32. Asimismo, alega que en la metodología aplicada por la ONP y aceptada por el Consorcio, no se ha producido afectación a la legislación ni modificación a los términos del Contrato, sino mas bien su fiel cumplimiento, razón por la cual no se puede argumentar que el interés público ha sido afectado, toda vez que el sentido de la actuación de las partes es exactamente el contrario, el interés público ha sido tutelado ante una circunstancia no definida que ha sido superada mediante la aplicación de criterios jurídicos en las que ambas partes convinieron, no

*El contrato es obligatorio para las partes y se regula por las normas de este Título. Los contratos de obras se regulan, además, por el Capítulo III de este Título. En todo caso, son de aplicación supletoria las normas del Código Civil."*

cabiendo modificación unilateral, puesto que ello constituiría un acto contrario a la voluntad previamente expresada.

33. Por tanto, el Consorcio sostiene que la ONP luego de haber calculado y determinado ella misma con anterioridad el monto de la penalidad bajo criterios que a su vez ella misma determinó y que cobró a satisfacción, los modifica en función de un informe de su propia asesoría, quebrando la seguridad jurídica, afectando la buena fe contractual.
34. Adicionalmente, el Consorcio concluye que la actuación de la ONP al aplicar en un inicio de la penalidad debe vincularse a la teoría de actos propios no pudiendo desvincularse luego de su actuación y, al principio *non bis in idem*, previsto en el numeral 10 del artículo 230° de la Ley del Procedimiento Administrativo General – Ley N° 2744<sup>5</sup> y, que impide a la Administración volver a sancionar por una conducta respecto de la cual se le ha impuesto con anterioridad otra penalidad.
35. Finalmente, el Consorcio resume su posición en los siguientes argumentos:
- a) El contrato suscrito entre el Consorcio y la ONP es uno de prestación de servicios de naturaleza compleja que comprende tanto prestación principal, como prestaciones parciales y prestaciones accesorias.
  - b) La provisión de personal y mobiliario son prestaciones accesorias al constituir elementos necesarios para la ejecución de la prestación principal.

<sup>5</sup> LPAG

**“Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa**

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

(...)

10. *Non bis in idem*.- No se podrá imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento.”

- c) La ONP, calculó una penalidad por no provisión de personal y de mobiliario, considerando la misma como incumplimiento de prestación parcial.
- d) El Consorcio, pese a las observaciones realizadas a la calificación de la prestación y a la metodología de cálculo, aceptó finalmente la penalidad y la canceló.
- e) La ONP de manera unilateral efectuó un recálculo de la penalidad impuesta aduciendo haber consultado a su Área Legal institucional.
- f) El Consorcio objetó ese comportamiento, mas la ONP insistió en su determinación, procediendo a descontar el monto de la penalidad recalculada de facturas giradas por el Consorcio para el pago del servicio brindado.
- g) El Consorcio considera que efectuado el cálculo de la penalidad por la ONP y producido el pago de la misma, no existe factibilidad de dicho recálculo, por cuanto el pago tiene efecto cancelatorio y la cifra establecida como penalidad finalmente constituye la expresión explícita de la voluntad de las partes, la cual no puede ser modificada por una de ellas.
- h) El Consorcio finalmente deja expresa mención que aún en el caso que el incumplimiento de personal y mobiliario se estimara como incumplimiento de prestación parcial, el monto calculado es el que corresponde de acuerdo a la normativa y a las Opiniones que OSCE ha emitido en la absolución de consultas que la propia ONP le ha formulado.

### **Fundamentos de las pretensiones relacionadas a la reducción de la prestación**

36. El Consorcio manifiesta que el Contrato, tal como se advierte en la cuarta cláusula, es uno "a todo costo"; esto es, a suma alzada, en el cual "el *postor formula su propuesta por un monto fijo integral y por un determinado plazo de ejecución*", tal como lo detalla el artículo 56° del RLCAE.



37. Asimismo, señala que el Contrato, en su cláusula sexta, establecía que el servicio debería iniciarse a partir del 25 de enero de 2009, con lo cual sostiene que se acredita, de conformidad a lo prescrito en el artículo 201° del RLCAE, que aquello era una obligación para ambas partes, la misma que sin embargo requería que la ONP entregara al Consorcio el ambiente en que se efectuaría el servicio.
38. Al respecto, el Consorcio indica que la ONP le entregó las llaves del local de la PLAP Lima Este, recién el 15 de abril de 2009, tal como señala se acredita con el acta de entrega que adjunta como medio probatorio de su demanda.
39. Para el Consorcio, el señalado accionar de la Entidad conlleva a que el cumplimiento de la prestación en lo que corresponde a personal de esa PLAP no fuera factible de ser cumplida por causas única y exclusivamente atribuibles a la ONP, quien impidió el cumplimiento de la prestación en los términos pactados.
40. Por otro lado, el Consorcio manifiesta que, tal como se establece en el artículo 56° de la LCAE *"En el sistema de suma alzada, el postor formula su propuesta por un monto fijo integral y por un determinado plazo de ejecución"*. Esto es, que en atención a ello, la obligación que en su momento asume el ganador de la buena pro es cumplir con la obligación de atender la totalidad de los requerimientos efectuados en la oportunidad prevista, recibiendo a cambio la cantidad por él ofertada. Simultáneamente, agrega el Consorcio, constituye obligación de la entidad efectuar el pago del monto integral y total pactado en compensación de los servicios que aquella recibe.
41. Ahora bien, el Consorcio alega que está acreditado con la documentación que adjunta como prueba, que la ONP no cumplió, por causas imputables a su parte, con entregar la PLAP Lima Este en la oportunidad en la que debía producirse el inicio del servicio (25 de enero de 2009), evento que

realizó recién el 15 de abril de 2009, sin que esa circunstancia afectara la obligación del Consorcio de tener a disposición el mencionado personal, en razón de que dicha parte señala que el referido retraso no le fue comunicado con anticipación ni se le advirtió que por ello se le efectuaría una reducción del monto de pago de la prestación por esa demora en la entrega de la PLAP Lima Este.

**42.** Mas aún, el Consorcio señala que el personal que debió laborar en la mencionada PLAP fue reubicado ante la imposibilidad de brindar servicios de manera inmediata en otras Plataformas a partir del 25 de enero de 2009, con lo cual (incluso sin estar obligado a ello) el señalado personal estuvo prestando servicios para la ONP.

**43.** En función de lo expuesto, el Consorcio concluye que:

- a) La totalidad del personal requerido de acuerdo al Contrato estuvo a disposición de la ONP en la fecha contractualmente prevista para el inicio del servicio.
- b) La ONP no notificó al Consorcio con antelación alguna respecto a la demora que tendría en poner a disposición la PLAP Lima Este.
- c) Ante la imposibilidad de atención en la PLAP Lima Este, el personal previsto para la misma fue reasignado en otras Plataformas de Atención.
- d) La imposibilidad de la puesta en funcionamiento de la PLAP Lima Este no ha sido por causa imputable al Consorcio sino de exclusiva responsabilidad de ONP.
- e) El Consorcio por tanto, sí brindó el servicio ofrecido, al haber contado con el personal necesario y que acredita fehacientemente que laboró en otras Plataformas ante la imposibilidad de hacerlo en la sede de

Lima Este.

**VI. CONTESTACIÓN DE DEMANDA PRESENTADA POR LA ONP**

55. Mediante escrito N° 4 presentado con fecha 14 de setiembre de 2011, la ONP contestó la demanda arbitral interpuesta por el Consorcio, solicitando declararla infundada en todos sus extremos.

**Respecto a las pretensiones relacionadas a las penalidades impuestas**

56. La ONP precisa que, a efectos de determinar la configuración o no de las penalidades por mora al Consorcio, ha solicitado y sometido a evaluación sus descargos; situación que a su parecer en modo alguno puede llevar a pensar que necesariamente tiene que producirse un acuerdo entre la ONP y el Consorcio.

57. Al respecto, la ONP resalta que el Consorcio incurre en una falacia al sostener que la postura de la ONP, respecto al cálculo de la penalidad por mora materia de controversia, debe ser aceptada por el Consorcio para su configuración, pues la imposición de penalidades es una facultad propia y exclusiva de las Entidades Públicas y, que además se genera a partir del incumplimiento en que incurre el contratista y que constituye meramente la sujeción de la Entidad a la normativa de contrataciones.

58. Con relación al cálculo de las penalidades, la ONP manifiesta que el OSCE ha interpretado que en caso de incumplimiento en la ejecución de prestaciones parciales, la imposición de la sanción económica (monto de la penalidad) debe efectuarse respecto de cada prestación parcial que no haya sido ejecutada correctamente, correspondiendo a la Entidad determinar la naturaleza de las prestaciones que conforman el contrato que suscriba. Así, señala que mediante la Opinión N° 124-2009/DTN, OSCE estableció que "(...) sólo en tanto nos encontremos en un escenario

*contractual donde exista una prestación de ejecución periódica (ya sea la prestación principal y/o la accesoria), tendrá que tomarse como referencia para la aplicación de la penalidad por mora, las prestaciones parciales que la conforman y sobre las que devenga el incumplimiento. En cuanto a otras prestaciones que por su naturaleza sean, por ejemplo, de ejecución inmediata, a fin de aplicar la penalidad por mora, se tendrá que tomar como referencia el monto total de dicha prestación".*

- 59.** En consecuencia, la ONP sostiene que, en consideración a la opinión del órgano rector de contrataciones del Estado, dicha parte definió puntualmente cuales serían las prestaciones parciales que integran el Contrato; estando éstas compuestas -para el caso que nos ocupa- por las remuneraciones mensuales de los trabajadores de la PLAP materia de incumplimiento (para el caso de la mora en el personal) y por el monto del mobiliario de la PLAP donde se produjo el incumplimiento (en el caso de muebles).
- 60.** En relación a cllo, la ONP alega que el criterio aplicado no resulta un criterio unilateral y espontáneamente impuesto por la Entidad -como pretende argüir el demandante-, sino que por el contrario, obedece a la opinión formulada por OSCE, a través de la cual se precisó y aclaró los alcances de la regulación de la penalidad por mora contenida en el artículo 222° del RLCAE, el cual es de obligatorio cumplimiento para la Entidad y también para el Contratista, al ser una norma de orden público.
- 61.** En consecuencia, la ONP señala que su actuación ha sido pues la de rectificar su actuación con sujeción a la regulación establecida en la normativa de contratación estatal (artículo 222° del RLCAE) a partir de la aclaración formulada por el órgano rector señalado y, tal situación no requiere una aceptación o consenso por parte del Consorcio como equivocadamente señala el demandante; por el contrario, para la ONP, tal situación ha sido generada por su incumplimiento y, por ende, le

corresponde asumir las penalidades económicas por su inconducta contractual, debiendo aceptar sus efectos.

62. Por consiguiente, queda demostrado para la ONP que ha procedido conforme a la normativa de contrataciones del Estado y el marco contractual, sin incurrir en arbitrariedad alguna ya que en todo momento ha observado los procedimientos legales pertinentes con el consiguiente obrar diligente en resguardo de los recursos del Estado, el equilibrio económico financiero del Contrato y la salvaguarda del interés público.
63. Además, solicita tener presente que las penalidades impuestas obedecen a criterios que guardan ponderación, razonabilidad y persuaden el cumplimiento de la obligación contractual sin llegar a ser exorbitantes, ello al amparo de los principios que rigen las compras públicas.

**Respecto a las pretensiones relacionadas a la reducción de la prestación**

64. La ONP cita la cláusula tercera del Contrato:

**"TERCERA.- FINALIDAD DEL CONTRATO**

*Por este documento, LA ONP contrata a EL CONTRATISTA para que desarrolle el Servicio de de Orientación y Recepción al Cliente en las Plataformas de Atención al Público, correspondiente al Decreto Ley N° 19990, Decreto Ley N° 18846, otros Regímenes Encargados y que se le encarguen a la Oficina de Normalización Provisional, que durante la elocución del contrato sean requeridos por la ONP". (El subrayado es agregado)*

65. Al respecto, la ONP señala que la razón de ser del Contrato radica en la ejecución del servicio de orientación y recepción al cliente, de conformidad con la necesidad de la ONP.

66. Así, la ONP sostiene que la "reducción de prestaciones" ha sido prescrita por la LCAE y el RLCAE como aquella herramienta a ser empleada por la Entidad para el cumplimiento de la finalidad del contrato suscrito con un particular.
67. En relación a ello, señala que OSCE ha establecido que la reducción de prestaciones posibilita a la Entidad a modificar los términos inicialmente contenidos en el Contrato, de manera tal que se ajuste la conducta del contratista a las necesidades reales de la institución.
68. Asimismo, la ONP manifiesta que en todo momento ha cumplido a cabalidad con lo dispuesto por la normativa de la materia puesto que ante la modificación de sus necesidades en el marco del Contrato, dispuso formalmente la reducción de prestaciones autorizándola a través de la Resolución Jefatural N° 027-2010-JEFATURA/ONP.
69. Para la ONP Se desprende de los hechos que, la necesidad de contar con el servicio de atención y orientación al cliente en la PLAP Lima Este al inicio de la ejecución del contrato (25 de enero de 2009) y hasta el 14 de abril de 2009, por situaciones ajenas a las partes, había desaparecido; razón por la cual, devino en necesaria la reducción de prestaciones a efectos de cumplir con la finalidad del Contrato.
70. De igual manera, la ONP alega que la reducción de prestaciones es una prerrogativa de la Entidad, una facultad, que para su materialización no requiere el consentimiento del Consorcio; únicamente requiere, conforme lo precisa el artículo 231° del RLCAE<sup>6</sup>, la necesidad de la Entidad

<sup>6</sup> RLCAE

**"Artículo 231.- Adicionales y reducciones**

*Para alcanzar la finalidad del contrato y mediante resolución previa, el Titular o la máxima autoridad administrativa de la Entidad, según corresponda, podrá disponer la ejecución de prestaciones adicionales, para lo cual deberán contar con la asignación presupuestal necesaria.*

(considerando la finalidad del contrato) y la autorización del Titular de la Entidad a través de una resolución, lo cual señala ha sido cumplido por la ONP y ello no puede ser materia de cuestionamiento.

71. No obstante lo señalado, la ONP sostiene que, de manera facultativa, en numerosas oportunidades solicitó al demandante emitir opinión respecto de la decisión de reducir las prestaciones referidas a la PLAP Lima Este; sin embargo, para la ONP, el Consorcio no alcanzó respuesta satisfactoria alguna, limitándose a señalar que el personal de la mencionada plataforma fue distribuido en otras, afirmación que la ONP señala hasta la fecha no ha sido probada ya que, el hecho que el Consorcio adjunte los contratos de trabajo del personal de la PLAP Lima Este, no es elemento suficiente que acredite que su personal haya prestado el servicio al cual estaba obligado en alguna de las otras Plataformas, ni existe comunicación alguna del demandante informando la derivación de dicho personal.
72. Por tanto, la ONP señala que se evidencia que en todo momento actuó dentro del marco jurídico de la materia, el cual implicaba necesariamente el uso eficiente de recursos, no siendo justificable el pago por un servicio (atención en la PLAP Lima Este) que a su entender no fue ejecutado.

## VII. AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN Y DETERMINACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS

73. Conforme a la citación efectuada mediante Resolución N° 12 de fecha 19 de octubre de 2011, la Audiencia de Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos se llevó a cabo el día 2 de noviembre de 2011, ocasión en

*El costo de los adicionales se determinará sobre la base de las especificaciones técnicas del bien o servicio y de las condiciones y precio pactados en el contrato; en defecto de éstos, se determinará por acuerdo entre las partes.*

*Igualmente, podrá disponerse la reducción de las prestaciones hasta el quince por cien (15%) del monto del contrato. En este caso, el contratista reducirá proporcionalmente las garantías que hubiere otorgado.*

ARBITRAJE DE DERECHO  
CONSORCIO CENTRO DE RIESGOS COMERCIALES PUCP COSAPI DATA / OFICINA DE  
NORMALIZACIÓN PREVISIONAL - ONP

la que el Tribunal Arbitral invocó a las partes a la posibilidad de una conciliación, no obstante ello, los representantes de éstas expresaron que no resultaba posible arribar a una.

74. Seguidamente, el Tribunal Arbitral, contando con la anuencia de las partes, estableció como puntos controvertidos del presente arbitraje los siguientes:

**Primer Punto Controvertido:** Determinar si corresponde o no que se deje sin efecto la penalidad ascendente a la suma de S/.187,463.71 (Ciento Ochenta y Siete Mil Cuatrocientos Sesenta y Tres y 71/00 Nuevos Soles), impuesta por la ONP mediante Carta N° 896-2010-DSO.SD/ONP al Consorcio, por concepto de recálculo de penalidad, la cual se hizo efectiva al momento del pago de la Factura N° 001-000161 de junio de 2010.

**Segundo Punto Controvertido:** Determinar si corresponde o no ordenar la devolución de la penalidad señalada en el primer punto controvertido a favor del Consorcio, más el reconocimiento y abono de los intereses generados desde la fecha en que se produjo el descuento referido, hasta la fecha en que se produzca la devolución de dicho importe.

**Tercero Punto Controvertido:** Determinar si corresponde o no que se deje sin efecto la penalidad aún no descontada, impuesta por la ONP mediante Carta N° 326-2010-DSO.SD/ONP al Consorcio por el monto de S/. 58,944.62 (Cincuenta y Ocho Mil Novecientos Cuarenta y Cuatro y 62/100 Nuevos Soles).

**Cuarto Punto Controvertido:** Determinar si corresponde o no que se deje sin efecto la reducción de prestación ascendente a la suma de S/.96,060.42 (Noventa y Seis Mil Sesenta y 42/100 Nuevos Soles) descontada por la ONP de la Factura N° 001-168, derivada de la Orden de Servicios N° 897 de agosto de 2009.



**Quinto Punto Controvertido:** Determinar si corresponde o no ordenar la devolución del descuento señalado en el cuarto punto controvertido a favor del Consorcio, más el reconocimiento y abono de los intereses generados desde la fecha en que se produjo la reducción referida, hasta la fecha en que se produzca la devolución de dicho importe.

**Sexto Punto Controvertido:** Determinar en qué proporción se asumirán las costas y costos del presente arbitraje.

75. Atendiendo a ello, se establecieron las reglas para el pronunciamiento del Tribunal Arbitral sobre los puntos controvertidos.
76. Finalmente, el Tribunal Arbitral admitió los medios probatorios ofrecidos por ambas parte y dejó constancia que se encuentra facultado en todo momento para ordenar las pruebas adicionales que considere pertinente para mejor resolver.

#### VIII. CIERRE DE ETAPA PROBATORIA Y ALEGATOS ESCRITOS

77. Luego de que mediante Resolución N° 16 de fecha 9 de enero de 2012, el Tribunal admitiera los medios probatorios exhibidos por la ONP, en cumplimiento de lo dispuesto en la Audiencia de Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos, mediante Resolución N° 17 declaró el cierre de la etapa probatoria y otorgó a ambas partes un plazo de cinco (5) días hábiles a fin de presenten sus alegatos escritos.
78. Mediante Resolución N° 18 de fecha 26 de enero de 2012, se tuvo por presentados los alegatos escritos de ambas partes, con conocimiento de cada una respectivamente; y, el Tribunal las citó a Audiencia de Informes Orales.

**IX. AUDIENCIA DE INFORMES ORALES Y PLAZO PARA LAUDAR**

79. Con fecha 6 de febrero de 2012, se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales donde ambas partes manifestaron lo conveniente a su derecho y respondieron las preguntas que el Tribunal consideró pertinentes.
80. En dicha Audiencia, mediante Resolución N° 20, el Tribunal dictó autos con citación para laudar, fijándose el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles, prorrogables por una sola vez, conforme a lo dispuesto en el numeral 64 del Acta de Instalación.
81. Mediante Resolución N° 26 de fecha 20 de enero de 2012, el Tribunal prorrogó el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles adicionales.

**X. ANÁLISIS DE LA MATERIA CONTROVERTIDA****Normativa Aplicable**

82. Antes de dar inicio al análisis de cada uno de los puntos controvertidos, el Tribunal Arbitral considera importante señalar que el Contrato materia de la presente controversia constituye una de las modalidades en que las entidades públicas y los privados establecen relaciones jurídico-patrimoniales, la cual está sometida a lo regulado por la LCAE y el RLCAE.
83. Es así que, el efecto que se genera cuando el Estado contrata con un privado en el marco de la LCAE y el RLCAE, consiste en la prevalencia de éstas normas sobre aquellas generales de procedimientos administrativos y sobre aquellas de derecho común que sean aplicables, inclusive al

momento de resolver las controversias surgidas del contrato, tal como lo prevé el artículo 4° de la LCAE<sup>7</sup>.

84. Esta prevalencia, no significa la exclusión total a las normas que existen en el ordenamiento jurídico, pues el artículo 201° del RLCAE señala que *“el contrato es obligatorio para las partes y se regula por las normas de este Título (...) En todo caso, son de aplicación supletoria las normas del Código Civil.”*
85. En concordancia con ello, el artículo IX del Título Preliminar del Código Civil advierte que *“las disposiciones del Código Civil se aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza”*.
86. En ese sentido, para resolver las controversias surgidas entre el Consorcio y la ONP, serán de aplicación las normas convenidas en el Contrato, lo dispuesto en la LCAE, el RLCAE y las normas del Código Civil, en lo que fuere aplicable de manera supletoria.

#### **La naturaleza de los actos de la administración en el marco de los contratos con el Estado**

87. El Tribunal considera pertinente señalar que la actual Ley de Contrataciones del Estado, así como su predecesora y la que es aplicable al presente arbitraje, no han recogido un concepto especial de contrato administrativo que distinga claramente los contratos administrativos y los contratos estatales de derecho privado; como ocurre en la legislación española<sup>8</sup>.

<sup>7</sup> LCAE

**“Artículo 4°.- Especialidad de la Norma y Delegación.-**

**4.1. Especialidad de la Norma:** *La presente Ley y su Reglamento prevalecen sobre las normas generales de procedimientos administrativos y sobre aquellas de derecho común que le sean aplicables.*  
(...)”

<sup>8</sup> BUSTILLO BOLADO, Roberto. *Convenios y Contratos Administrativos: Transacción, Arbitraje y Terminación Convencional del Procedimiento*. Thomson Arazandi, Navarra, 2004, p. 194.

88. Siendo ello así, a criterio del Tribunal no está definido de manera clara en la normativa de contrataciones del Estado la naturaleza de los actos de la administración en el marco de los contratos regulados por esta ley. Sin embargo, podría afirmarse que en la intervención de las entidades con los particulares en este tipo de contratos existe una interrelación de actos con naturaleza administrativa y de connotación civil. Para estos efectos, podemos mencionar la adjudicación de la buena pro, como un acto administrativo; y la suscripción del contrato, como un acto de naturaleza civil, por ejemplo.
89. En ese sentido, la administración pública manifiesta su voluntad a través de actos administrativos que no son exclusivos del ejercicio del *ius imperium* sino que también son manifestaciones que pueden emitirse en el marco de la relación con particulares producto de negocios jurídicos de carácter privado, como ocurre en los contratos regulados por la LCAE.
90. Por lo tanto, las actuaciones de las entidades estatales no deben circunscribirse a competencia exclusiva del derecho administrativo y a facultades exorbitantes del Estado, sino a características mixtas (derecho público y privado) que por su naturaleza, no dejan de ser actos contractuales y que deben ser aplicables para la solución de controversias teniendo en cuenta los principios del Derecho Administrativo y del Derecho Civil sin desvirtuar la naturaleza de cada uno de sus actos.

#### Objeto de la contratación pública

91. Debe tenerse en cuenta que el análisis que se efectúe en el presente laudo no debe soslayar que estamos ante un contrato suscrito en el marco del régimen de contratación pública y sujeto a sus reglas privativas, siendo al respecto pertinente lo expresado por el Tribunal Constitucional en el acápite 12 de los Fundamentos de la sentencia recaída en el Expediente

N° 020-2003-AI/TC<sup>9</sup>, que al referirse al objeto del artículo 76° de la Constitución Política, relativo a la constitucionalidad de dicho régimen, sostiene que:

*La función constitucional de esta disposición es determinar y, a su vez, garantizar que las contrataciones estatales se efectúen necesariamente mediante un procedimiento peculiar que asegure que los bienes, servicios u obras se obtengan de manera oportuna, con la mejor oferta económica y técnica, y respetando principios tales como la transparencia en las operaciones, la imparcialidad, la libre competencia y el trato justo e igualitario a los potenciales proveedores. En conclusión, su objeto es lograr el mayor grado de eficiencia en las adquisiciones o enajenaciones efectuadas por el Estado, sustentado en el activo rol de principios antes señalados (...).*  
(El subrayado es nuestro).

92. De este modo, el nivel de exigencias formales y sustanciales contempladas en el contrato, así como la interpretación adoptada, no pueden ser vistas de modo aislado, sino conforme a los objetivos descritos en los párrafos anteriores, teniéndose en cuenta las disposiciones aplicables al régimen de contratación estatal y, conforme a ello, los principios y reglas que la sostienen, dentro de los cuales debe tenerse en cuenta el necesario equilibrio entre las partes que intervienen.
93. Habiendo establecido como cuestión previa el marco normativo aplicable, la naturaleza de los actos contractuales de la Administración Pública y el objeto en la contratación pública, corresponde dar inicio al análisis de cada uno de los puntos controvertidos.

<sup>9</sup> Colegio Químico Farmacéutico Departamental de Lima contra la Tercera Disposición Final de la Ley N° 27635 en cuanto establece la adquisición de medicamentos destinados a establecimientos hospitalarios del Ministerio de Salud, ESSALUD y las Sociedades de Beneficencia Pública mediante el mecanismo de la Bolsa de Productos.

**Primer Punto Controvertido: Determinar si corresponde o no que se deje sin efecto la penalidad ascendente a la suma de S/.187,463.71 (Ciento Ochenta y Siete Mil Cuatrocientos Sesenta y Tres y 71/00 Nuevos Soles), impuesta por la ONP mediante Carta N° 896-2010-DSO.SD/ONP al Consorcio, por concepto de recálculo de penalidad, la cual se hizo efectiva al momento del pago de la Factura N° 001-000161 de junio de 2010.**

94. El Tribunal advierte que el Contrato materia de controversia es uno de naturaleza compleja, pues contiene una pluralidad de prestaciones a ejecutarse en el tiempo, dentro de las cuales se encuentra la provisión de determinado personal y mobiliario por parte del Consorcio a la ONP para el servicio de orientación y recepción al cliente, prestación principal del Contrato. Es decir, estamos frente a un contrato de ejecución periódica, en el cual, tal como lo señala Messineo, *“existen varias prestaciones (por regla general, de hacer), que se presentan en fechas establecidas de antemano (...)”*<sup>10</sup>
95. En el marco de la ejecución del Contrato, el Tribunal constata que, tal como lo señalan ambas partes, existió un incumplimiento respecto a las prestaciones referidas en el acápite anterior, que generó que la ONP aplique una penalidad por mora, no siendo ello materia controvertida en el presente arbitraje.
96. Lo que es parte de la materia controvertida es el monto de la penalidad aplicada y descontada por la ONP al Consorcio, respecto a la mora en el cumplimiento de las prestaciones a su cargo en la ejecución del Contrato, en relación al mobiliario y personal faltantes o no sustentados.
97. Respecto a las penalidades que pueden imponer las entidades estatales por mora en la ejecución de la prestación, el Pronunciamiento N° 234-

<sup>10</sup> MESSINEO, Francesco. Doctrina General del Contrato. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952, p. 431.

2005/GTN de OSCE señala que resulta razonable y necesario que para la aplicación de penalidades "la Entidad prevea un procedimiento transparente que no desequilibre la relación contractual entre ambas partes (...) para la cual resulta relevante que las penalidades previstas sean **congruentes, objetivas y proporcionales** con el objeto de contratación; de lo contrario, se estaría vulnerando la normativa vigente en contratación pública"<sup>11</sup>

98. Por tanto, es en el sentido expresado en el párrafo anterior que el artículo 222° del RLCAE regula las penalidades a ser impuestas por las entidades estatales en caso de mora o retraso injustificado de los contratistas.
99. En base a dicha regulación, las partes pactaron en la cláusula décimo sexta:

**"DECIMOSEXTA. - PENALIDADES POR RETRASO INJUSTIFICADO**

Si EL CONTRATISTA incurre en retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, LA ONP le aplicará en todos los casos, una penalidad por cada día calendario de atraso, hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto de la prestación parcial, en concordancia con Artículo 222° del Reglamento de la Ley. La penalidad se aplicará automáticamente y se calculará de acuerdo a la siguiente fórmula:

$$\text{Penalidad Diaria} = \frac{0.10 \times \text{Monto de la prestación parcial}}{0.40 \times \text{Plazo en días}}$$

Cuando se llegue a cubrir el monto máximo de la penalidad, LA ONP podrá resolver el contrato parcial o totalmente por incumplimiento mediante carta notarial sin perjuicio de la indemnización por los daños y perjuicios ulteriores que pueda exigir; asimismo, procederá a comunicar este hecho al Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. Esta penalidad será deducida de cualquiera de sus pagos pendientes.

<sup>11</sup> Citado en: **RETAMOZO LINARES**, Alberto. Contrataciones y Adquisiciones del Estado y Normas de Control. Lima: Jurista Editores, 2009, p. 525.

*La justificación por el retraso se sujeta a lo dispuesto por el Código Civil y demás normas concordantes.*

*Adicionalmente, se aplicarán las penalidades contempladas en el numeral VI del Capítulo IV de las bases integradas.”*

- 100.** No obstante el pacto citado, ambas partes han reconocido expresamente que cuando surgió el incumplimiento en la prestación del mobiliario y el personal por parte del Consorcio, la ONP no pudo aplicar clara y directamente la metodología en la penalidad pactada y por ello tuvo que posteriormente recurrir inclusive a OSCE para que emita opiniones respecto a cómo se aplicaban las penalidades en prestaciones no principales en caso de incumplimiento.
- 101.** Sin embargo, el caso es que la ONP sí emitió un pronunciamiento inicial y que fue comunicado al Consorcio mediante Carta N° 082-2009-DSO-SD/ONP de 12 de mayo de 2009, en donde se determinó que la penalidad aplicable ascendía a la suma de S/. 43,228.23, la cual además fue aplicada descontándose de la factura correspondiente al mes de mayo 2009 con la Nota de Débito N° 001-0001319.
- 102.** Es decir, la ONP dentro de las facultades que ostenta normativamente de aplicar penalidades frente al incumplimiento de su contraparte, comunicó y aplicó al Consorcio la penalidad por el monto referido en el párrafo anterior, sin prever la complejidad de su cálculo al tratarse de un contrato con distintas prestaciones y, respecto del cual, tal como lo han afirmado ambas partes, no era clara la aplicación de la penalidad para el caso de la prestación de mobiliario y personal.
- 103.** En consecuencia, no resulta relevante para el presente análisis la discusión en torno a la calificación de las prestaciones para la aplicación de la penalidad, su metodología o el efecto disuasivo que la ONP quiere alcanzar a través ellas ya que, tal como se ha señalado, dicha parte comunicó oficialmente un criterio de aplicación -luego de haberlo definido






en defecto de pacto o norma que lo prevea-, el cual fue acatado por el Consorcio, tal como lo prevé la normativa de contratación pública aplicable.

**104.** Por tanto, la ONP -como entidad estatal- no puede contradecir sus actos aplicando una penalidad distinta a la impuesta inicialmente, pues no puede ser legítima tal violación a la predictibilidad de sus decisiones frente al Consorcio -como contratista-, pues estaría incurriendo en un exceso dentro de sus facultades discrecionales, lo cual contraviene la naturaleza de sus actos como parte contratante, tal como se señaló en la sección previa del presente laudo.

**105.** Ahora bien, el Tribunal debe referir respecto a los posteriores criterios comunicados por la ONP para el cálculo de la penalidad a aplicarse que, tal como se verifica de los documentos que obran en autos, el Consorcio manifestó su disconformidad frente a estos a través de distintas comunicaciones en las actuaciones previas al inicio del presente arbitraje, reflejando así una coherencia en sus actos contractuales, tal como se le exige a la ONP en el presente análisis.

**106.** Por las razones señaladas, este Tribunal considera que sí corresponde dejar sin efecto la penalidad ascendente a la suma de S/.187,463.71 (Ciento Ochenta y Siete Mil Cuatrocientos Sesenta y Tres y 71/00 Nuevos Soles), impuesta por la ONP mediante Carta N° 896-2010-DSO.SD/ONP al Consorcio, por concepto de recálculo de penalidad, la cual se hizo efectiva al momento del pago de la Factura N° 001-000161 de junio de 2010.



ARBITRAJE DE DERECHO  
CONSORCIO CENTRO DE RIESGOS COMERCIALES PUCP COSAPI DATA / OFICINA DE  
NORMALIZACIÓN PREVISIONAL - ONP

**Segundo Punto Controvertido: Determinar si corresponde o no ordenar la devolución de la penalidad señalada en el primer punto controvertido a favor del Consorcio, más el reconocimiento y abono de los intereses generados desde la fecha en que se produjo el descuento referido, hasta la fecha en que se produzca la devolución de dicho importe.**

107. Habiendo el Tribunal determinado en el análisis anterior que corresponde dejar sin efecto la penalidad impuesta y recalculada por la ONP por el monto de S/. 187,463.71 (Ciento Ochenta y Siete Mil Cuatrocientos Sesenta y Tres y 71/00 Nuevos Soles), corresponde ordenar su devolución, teniendo en cuenta lo solicitado por el Consorcio en la pretensión que refleja el presente punto controvertido.

108. Respecto a los intereses demandados, el Tribunal considera pertinente referirse al artículo 238° del RLCAE:

*“La Entidad deberá pagar las contraprestaciones pactadas a favor del contratista en la oportunidad establecida en las Bases o en el contrato. (...)*

**En caso de retraso en el pago, el contratista tendrá derecho al pago de intereses conforme a lo establecido en las Bases o en el Contrato, contado desde la oportunidad en que el pago debió efectuarse. En su defecto, se aplicará el interés legal, conforme a las disposiciones del Código Civil.”** (El resaltado es agregado).

109. Teniendo en cuenta que la ONP descontó la penalidad materia del presente análisis al momento de efectuar al Consorcio el pago del mes correspondiente pactado en el Contrato, no cumplió por tanto con pagar íntegramente la contraprestación a su cargo, pese a las objeciones remitidas por escrito por el Consorcio al respecto.

110. En consecuencia, el Consorcio tiene derecho al pago de intereses debido a que la ONP no canceló íntegramente el monto total de la Factura N° 001-000161 de junio de 2010. Al no haber pactado las partes el pago de intereses en el Contrato, corresponde la aplicación del interés legal estipulado en el Código Civil, el cual será aplicable desde la oportunidad en que el pago debió realizarse hasta la fecha efectiva de pago.

111. Por lo tanto, corresponde ordenar la devolución de la penalidad señalada en el primer punto controvertido a favor del Consorcio, más el reconocimiento y abono de los intereses generados desde la fecha en que se produjo el descuento referido, hasta la fecha en que se produzca la devolución de dicho importe.

**Tercer Punto Controvertido: Determinar si corresponde o no que se deje sin efecto la penalidad aún no descontada, impuesta por la ONP mediante Carta N° 326-2010-DSO.SD/ONP al Consorcio por el monto de S/. 58,944.62 (Cincuenta y Ocho Mil Novecientos Cuarenta y Cuatro y 62/100 Nuevos Soles).**

112. Tal como lo han señalado ambas partes, la ONP impuso la penalidad referida en el presente punto controvertido, aplicando la misma metodología utilizada para el recálculo señalado en los puntos controvertidos precedentes.

113. En consecuencia, por los fundamentos referidos en el análisis del primer punto controvertido, corresponde dejar sin efecto la penalidad aún no descontada impuesta por la ONP mediante Carta N° 326-2010-DSO.SD/ONP al Consorcio por el monto de S/. 58,944.62.

**Cuarto Punto Controvertido: Determinar si corresponde o no que se deje sin efecto la reducción de prestación ascendente a la suma de S/. 96,060.42 (Noventa y Seis Mil Sesenta y 42/100 Nuevos Soles), descontada por la ONP de la Factura N° 001-168, derivada de la Orden de Servicios N° 897 de agosto de 2009.**

114. En primer lugar, el Tribunal debe dejar en claro que la ONP como entidad estatal tiene facultades de ordenar reducción de prestaciones, las cuales se encuentran previstas en el artículo 42° de la LCAE, el cual dispone que:

***“Artículo 42°.- Adicionales, reducciones y ampliaciones.-***

*La Entidad podrá ordenar y pagar directamente la ejecución de prestaciones adicionales hasta por el quince por ciento de su monto, siempre que sean indispensables para alcanzar la finalidad del contrato.*

***Asimismo, podrá reducir servicios u obras*** hasta por el mismo porcentaje.

(...)” (El resaltado es agregado).

115. En concordancia con ello, el artículo 231° del RLCAE, expone que:

***“Artículo 231°.- Adicionales y reducciones***

***Para alcanzar la finalidad del contrato y mediante resolución previa, el Titular o la máxima autoridad administrativa de la Entidad,*** según corresponda, podrá disponer la ejecución de prestaciones adicionales, para lo cual deberán contar con la asignación presupuestal necesaria.

(...)

*Igualmente, **podrá disponerse la reducción de las prestaciones** hasta el quince por ciento (15%) del monto del contrato. En este caso, el contratista reducirá proporcionalmente las garantías que hubiere otorgado.”*

(El resaltado es agregado).

- 116.** A fin de analizar el presente punto controvertido, es menester de este Tribunal recalcar que el sistema de contratación que rige el Contrato materia de controversia es de suma alzada, de acuerdo a lo señalado en el numeral 1.6 del Capítulo 1 de las Bases Integradas del Concurso Público que originó el Contrato.
- 117.** Siguiendo dicha línea, la cláusula cuarta del Contrato estipula que el monto contractual es *“a todo costo, incluido el Impuesto General a las Ventas. Este monto comprende el costo del servicio así como todo aquello que sea necesario para la correcta ejecución de la prestación materia del contrato”*.
- 118.** Respecto al sistema de contratación a suma alzada, el artículo 56° de la LCAE señala que *“En el sistema de suma alzada, el postor formula su propuesta por un monto fijo integral y por un determinado plazo de ejecución. Este sistema sólo será aplicable cuando las magnitudes y calidades de la prestación estén totalmente definidas en las especificaciones técnicas y en los términos de referencia (...); calificación que corresponde realizar al área usuaria”*.
- 119.** Del artículo citado, se desprende que la ONP, como entidad estatal, tiene la responsabilidad de determinar las magnitudes, precio y calidades de la prestación, definiendo las características de las prestaciones a ejecutar.
- 120.** Sin perjuicio de ello, la normativa citada al inicio del presente análisis prevé la posibilidad que las entidades estatales puedan ordenar la reducción de prestaciones y no hace distinción respecto al sistema de contratación pactado: suma alzada, como el presente caso o, precios unitarios, por otro lado.
- 121.** La Opinión N° 064-2009/DTN de OSCE nos ilustra que *“Como vemos, la potestad de la Entidad de ordenar la ejecución de prestaciones adicionales o la reducción de prestaciones responde al propósito de alcanzar la finalidad de la contratación y con ello satisfacer el interés público que*

*subyace a esta; en esa medida, resulta posible que la Entidad ordene al contratista la ejecución de prestaciones adicionales o la reducción de prestaciones aun cuando la contratación se lleve a cabo bajo el sistema de suma alzada.”*

122. Pues bien, queda esclarecido que las entidades del Estado pueden ordenar reducción de prestaciones, por mandato de lo establecido en el artículo 42° de la LCAE y 231° del RLCAE, aún si se encuentran bajo el sistema de contratación de suma alzada.
123. No obstante ello, debe resaltarse que dicha decisión de reducir las prestaciones por parte de la entidad a través de su máxima autoridad, debe ser necesaria para el cumplimiento de la finalidad de la contratación, resguardando con ello el interés público y, además, no debe superar el quince por ciento (15%) del monto contractual.
124. En consecuencia, corresponde en primer lugar analizar si la reducción efectuada por la ONP mediante Resolución Jefatural N° 027-2010-JEFATURA/ONP de fecha 17 de diciembre de 2010 (expedida por el Jefe de la ONP, máxima autoridad de la entidad, tal como lo requiere la normativa citada anteriormente), era necesaria para la alcanzar la finalidad del Contrato. A tal efecto, la cláusula tercera estipula dicho concepto:

*“TERCERA.- FINALIDAD DEL CONTRATO*

*Por este documento, LA ONP contrata a EL CONTRATISTA para que desarrolle el **Servicio de Orientación y Recepción al Cliente en las Plataformas de Atención al Público**, correspondiente al Decreto Ley N° 19990, Decreto Ley N° 18846, otros Regímenes Encargados y que se le encarguen a la Oficina de Normalización Previsional, **que durante la ejecución del contrato sean requeridos por LA ONP.**” (El resaltado es agregado).*

125. En tal sentido, se comprueba que la finalidad pactada por ambas partes del Contrato, era la prestación del servicio de orientación y recepción al cliente por parte del Consorcio dentro del margen de lo requerido por la ONP.
126. De los documentos admitidos como medios probatorios en el presente arbitraje, se desprende que por problemas de habilitación y acondicionamiento de las instalaciones de la PLAP Lima Este, la fecha de inicio de atención de dicha plataforma se prorrogó del 25 de enero de 2009 al 15 de abril de 2009 y, por tanto, la ONP procedió a la reducción de prestaciones del 25 de enero al 14 de abril de 2009.
127. En consecuencia, atendiendo a que la ONP no tenía habilitada la oficina donde se iba a ejecutar la PLAP Lima Este desde el 25 de enero al 14 de abril de 2009, no **requería** el servicio del Consorcio respecto a dicha plataforma y, por tanto, devino en necesaria la reducción de prestación para cumplir con la finalidad del Contrato, descrita en su cláusula tercera.
128. Al respecto, se verifica que, por una parte, el Consorcio se opone a la reducción porque el personal destinado a la PLAP Lima Este fue reubicado del 25 de enero al 14 de abril de 2009 en otras plataformas; y por otro, la ONP señala que el Consorcio no ha podido acreditar que su personal trabajó durante ese periodo, no siendo prueba suficiente los contratos de trabajo del personal que alega haber tenido habilitado desde el 25 de enero de 2009 (en función a lo dispuesto en las Bases).
129. Sin embargo, el Tribunal considera que el hecho de que el personal del Consorcio haya sido o no reasignado a otras plataformas de atención en el marco del Contrato, no resulta relevante para efectos de que la ONP reduzca o no las prestaciones. Ello, porque como ya se ha señalado, el Contrato celebrado por las partes es uno a suma alzada, en donde el Consorcio, como contratista, se encuentra obligado a ejecutar todos los

trabajos que sean necesarios para la ejecución del servicio por el precio ofertado en su propuesta, el cual se ve reflejado en el Contrato<sup>12</sup>.

- 130.** Por tanto, el hecho que otras plataformas hayan requerido mayor personal por la alta demanda en el servicio, era responsabilidad del Consorcio cubrir dicha contingencia, atendiendo al sistema de contratación pactado en el Contrato, en donde por el precio acordado, el Consorcio debía cumplir con efectuar las prestaciones necesarias para cumplir con el objeto del Contrato.
- 131.** Teniendo en cuenta ello, el Tribunal reitera que la ONP redujo las prestaciones para cumplir con la finalidad del Contrato al no requerir los servicios del Consorcio en la PLAP Lima Este del 25 de enero al 14 de abril de 2009, dentro de las facultades que la LCAE y el RLCAE le otorgan.
- 132.** Finalmente, teniendo en cuenta que, de acuerdo a la cláusula cuarta del Contrato, el monto contractual es de S/. 38'182,721.00 (Treinta y Ocho Millones Ciento Ochenta y Dos Mil Setecientos Veintiuno y 00/100 Nuevos Soles), se deja constancia que la reducción de prestaciones por S/. 96,060.42 (Noventa y Seis Mil Sesenta y 42/100 Nuevos Soles) no supera el quince por ciento (15%) del monto del Contrato, tal como lo requiere el artículo 231° del RLCAE para su procedencia.
- 133.** Antes de concluir con el presente análisis, el Tribunal considera pertinente referirse al argumento de la ONP respecto a que las reducciones de prestación no son materia arbitrable por ser cláusulas exorbitantes de la contratación estatal. Al respecto, el Tribunal reconoce, tal como lo señala la ONP, que la facultad de reducir prestaciones de las entidades estatales forman parte de sus facultades exorbitantes como Administración Pública. No obstante ello, mientras que la LCAE no excluya expresa e inequívocamente su sometimiento a arbitraje, tal como

<sup>12</sup> Ver Opinión N° 021-2011/DTN de fecha 17 de febrero de 2011.



lo hecho en otras materias, corresponde que las controversias en torno a las decisiones de reducción de prestaciones se sometan a arbitraje, de acuerdo a la regulación del artículo 41° de la LCAE<sup>13</sup> respecto a las cláusulas obligatorias de sometimiento a arbitraje para solucionar controversias en los contratos con el Estado.

- 134.** Por los fundamentos señalados precedentemente, no corresponde dejar sin efecto la reducción de prestación ascendente a la suma de S/. 96,060.42 (Noventa y Seis Mil Sesenta y 42/100 Nuevos Soles), descontada por la ONP de la Factura N° 001-168, derivada de la Orden de Servicios N° 897 de agosto de 2009.

**Quinto Punto Controvertido: Determinar si corresponde o no ordenar la devolución del descuento señalado en el cuarto punto controvertido a favor del Consorcio, más el reconocimiento y abono de los intereses generados desde la fecha en que se produjo la reducción referida, hasta la fecha en que se produzca la devolución de dicho importe.**

- 135.** Habiendo el Tribunal determinado en el análisis del punto controvertido anterior que no corresponde dejar sin efecto la reducción de prestaciones efectuada por la ONP, la devolución solicitada en la pretensión reflejada en el presente punto controvertido, deviene en infundada por los fundamentos expuestos anteriormente.

<sup>13</sup> LCAE

**"Artículo 41°.- Cláusulas obligatorias en los contratos.-**

Los contratos regulados por la presente Ley incluirán necesariamente y bajo responsabilidad cláusulas referidas a:

(...)

**b) Solución de Controversias:** Toda controversia surgida durante la etapa de ejecución del contrato deberá, resolverse mediante conciliación o arbitraje. En caso que no se incluya la cláusula correspondiente, se entenderá incorporada de pleno derecho la cláusula modelo que establezca el Reglamento.

(...)"

**Sexto Punto Controvertido: Determinar en qué proporción se asumirán las costas y costos del presente arbitraje.**

**136.** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 73° de la Ley de Arbitraje<sup>14</sup>, al no existir estipulación alguna de las partes sobre la asunción o distribución de los costos y costas del arbitraje, corresponde al Tribunal decidir sobre su condena o exoneración, teniendo en consideración el resultado o sentido del fallo y las circunstancias del caso.

**137.** A lo largo del desarrollo del presente arbitraje, el Tribunal ha podido apreciar que ambas partes han contribuido con sus actuaciones a la necesidad de someter la controversia a esta vía y han actuado basadas en la existencia de razones para litigar que a su criterio resultaban atendibles, actuando por ello convencidas de sus posiciones ante la controversia.

**138.** En consecuencia, el Tribunal -en cumplimiento de lo ordenado en el artículo 70° de la Ley de Arbitraje<sup>15</sup>- señala que cada parte debe asumir los costos efectuados en su defensa; y los costos comunes del arbitraje, deberán ser asumidos por ambas en partes iguales, entendiéndose por comunes los honorarios del Tribunal y los honorarios de la Secretaría Arbitral, siendo dichos conceptos los costos definitivos del arbitraje.

<sup>14</sup> **Ley de Arbitraje**

**Artículo 73°.- Asunción o distribución de costos**

*"1. El tribunal arbitral tendrá en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes. A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso. (...)"*

<sup>15</sup> **Ley de Arbitraje**

**Artículo 70°.- Costos**

*"El tribunal arbitral fijará en el laudo los costos del arbitraje. Los costos del arbitraje comprenden:*

- a. Los honorarios y gastos del tribunal arbitral.*
- b. Los honorarios y gastos del secretario.*
- c. Los gastos administrativos de la institución arbitral.*
- d. Los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral.*
- e. Los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje.*
- f. Los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales."*

**XI. LAUDO**

**El Tribunal Arbitral, en función del análisis efectuado, por UNANIMIDAD y en DERECHO, procede a laudar en los términos siguientes:**

**PRIMERO: FUNDADA** la primera pretensión de la demanda; y en consecuencia, se deja sin efecto la indebida penalidad ascendente a la suma de S/ .187,463.71 (Ciento Ochenta y Siete Mil Cuatrocientos Sesenta y Tres y 71/00 Nuevos Soles) que la ONP impuso al Consorcio, bajo el concepto de recálculo de penalidad, mediante Carta N° 896-2010-DSO.SD/ONP de 24 de junio de 2010 y que se hizo efectiva al momento de abonar la Factura N° 001-000161 correspondiente al mes de junio de 2010, ordenando la devolución de dicha suma.

**SEGUNDO: FUNDADA** la segunda pretensión de la demanda; y en consecuencia, se deja sin efecto la penalidad aún no descontada impuesta al Consorcio por la ONP mediante Carta N° 326-2010-DSO.SD/ONP, por el monto de S/ . 58,944.62 (Cincuenta y Ocho Mil Novecientos Cuarenta y Cuatro y 62/100 Nuevos Soles).

**TERCERO: FUNDADA** la tercera pretensión de la demanda; y en consecuencia, se dispone que se reconozca y abone al Consorcio los intereses generados desde la fecha en que se produjo el indebido descuento correspondiente a la primera pretensión, hasta la fecha en que se produzca la devolución de ese importe.

**CUARTO: INFUNDADA** la primera pretensión acumulada de la demanda; y en consecuencia no corresponde que se deje sin efecto la reducción de prestación ascendente a la suma de S/ . 96,060.42 (Noventa y Seis Mil Sesenta y 42/100 Nuevos Soles) que la ONP descontó de la Factura N° 001-168 del Consorcio, derivada de la Orden de Servicios N° 897 del mes de

ARBITRAJE DE DERECHO  
CONSORCIO CENTRO DE RIESGOS COMERCIALES PUCP COSAPI DATA / OFICINA DE  
NORMALIZACIÓN PREVISIONAL - ONP

agosto de 2009.

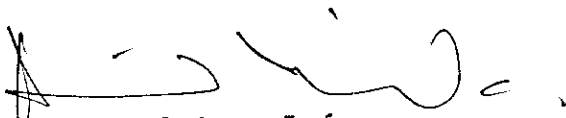
**QUINTO: INFUNDADA** la segunda pretensión acumulada de la demanda; y en consecuencia, no corresponde que se reconozca y abone al Consorcio los intereses generados desde la fecha en que se produjo el descuento correspondiente a la pretensión referida en el resolutivo anterior.

**SEXTO: ORDENAR** que los costos que cada parte ha efectuado en su defensa sean asumidos por cada una de ellas; y que ambas asuman en partes iguales los costos comunes al arbitraje, siendo dichos montos los costos definitivos del arbitraje.


**SÉPTIMO: DISPÓNGASE** que la Secretaría Arbitral proceda a remitir copia del presente laudo a OSCE para los fines que corresponda.



**Jorge Santistevan de Noriega**  
Presidente del Tribunal Arbitral



**Anibal Quiroga León**  
Árbitro



**Carlos Ruska Maguiña**  
Árbitro



**Verónica de Noriega Madalengoitia**  
ARBITRE - Secretaría Arbitral Ad-hoc

ARBITRAJE DE DERECHO  
CONSORCIO CENTRO DE RIESGOS COMERCIALES PUCP COSAPI DATA / OFICINA DE  
NORMALIZACIÓN PREVISIONAL - ONP

