

*Lauto Arbitral de Derecho*

*Arbitraje seguido por Verificación y Control de Datos SAC - VECODATA vs. Autoridad Portuaria Nacional - APN.*

*Árbitro Único*

*Mg. Jimmy Pisfil Chafloque*

Arbitraje de Derecho seguido entre

**VERIFICACIÓN Y CONTROL DE DATOS SAC - VECODATA  
(DEMANDANTE)**

Y

**AUTORIDAD PORTUARIA NACIONAL - APN  
(DEMANDADO)**

---

**LAUDO**

---

**Árbitro Único**  
**Mag. Jimmy Pisfil Chafloque**

**Secretario Arbitral**  
**Javier Rojas Muñoz**

Fecha de emisión: 20 de diciembre de 2013

*En representación del Demandante*  
Dr. Juan Carlos Valvidia Zevallos  
Dr. Alexander Ponce Machuca

*En representación del Demandado*  
Dr. Ernesto Jesús La Puente Ronceros  
Dr. Hubert Hard Gastelo Santa María

## **RESOLUCIÓN N° 05**

Lima, 18 de diciembre de dos mil trece.-

### **VISTOS:**

#### **I. ANTECEDENTES**

Con fecha de 26 de julio de 2012, la Autoridad Portuaria Nacional - APN (en adelante “la DEMANDADA” o “La Entidad”) y Verificación y Control de Datos SAC - VECODATA (en adelante “el DEMANDANTE” o “El Contratista”) suscribieron el Contrato No. 031-2012-APN, de Servicios de Consultoría –ADS Nº 016-2011-GR.CAJ-GSRC, Servicio de Consultoría del Estudio Definitivo del Proyecto de Inversión Pública: “Rehabilitación de la Carretera Malleta – Choros – Chamaya, Provincia de Cutervo – región de Cajamarca” (en adelante, el CONTRATO).

Contrato que deviene del Concurso Público No. 001-2012-APN convocado por la Autoridad Portuaria Nacional – APN.

En la ejecución del CONTRATO surgieron controversias entre las partes que son materia del presente arbitraje.

#### **II. EL PROCESO ARBITRAL**

##### **II.1. INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL Y PROCEDIMIENTO ARBITRAL APLICABLE**

**Inicio del Proceso Arbitral, designación del Árbitro e instalación del Tribunal Unipersonal Arbitral**

**Laudo Arbitral de Derecho**

Arbitraje seguido por Verificación y Control de Datos SAC - VECODATA vs. Autoridad Portuaria Nacional - APN.

**Árbitro Único**

Mg. Jimmy Pisfil Chafloque

Surgidas las controversias entre las partes, ambas convinieron de común acuerdo designar como Árbitro Único al Magíster Jimmy Roddy Pisfil Chafloque.

Con fecha 30 de septiembre de 2013 se llevó a cabo la instalación de Árbitro Único en las instalaciones de la Dirección de Arbitraje Administrativo del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE, con la presencia de los abogados de ambas partes, debidamente acreditados. En este acto se señalaron las reglas del proceso arbitral y se fijaron los anticipos de honorarios del Árbitro Único y del Secretario Arbitral.

### **El Convenio Arbitral y la Competencia del Tribunal Arbitral**

En la Cláusula Décimo Sexta del CONTRATO referida a la solución de controversias, las partes acordaron que cualquiera de las partes tiene el derecho a iniciar el arbitraje administrativo a fin de resolver las controversias que se presenten durante la etapa de ejecución contractual dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 144º, 170º, 175º, y 177º del Reglamento o en su defecto en el artículo 52º de la Ley.

Facultativamente, cualquiera de las partes podrá someter a conciliación la referida controversia, sin perjuicio de recurrir al arbitraje en caso no se llegue a un acuerdo entre ambas, según lo señalado en el artículo 214º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

El laudo arbitral emitido es definitivo e inapelable, tiene el valor de cosa juzgada y se ejecuta como una sentencia

En el numeral 6) del Acta de Instalación del Tribunal Arbitral Ad Hoc se dispuso que conforme al convenio arbitral contenido en la Cláusula Décimo Sexta del CONTRATO, resultarán de aplicación de manera obligatoria el siguiente orden de

prelación para resolver el fondo de la controversia: 1) La Ley de Contrataciones del Estado - Decreto Legislativo N° 1017, 2) El Reglamento, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 184-2008-EF, 3) Las normas de derecho público, 4) Las normas de derecho privado y 5) El Decreto Legislativo N° 1071- Ley de Arbitraje, siempre y cuando no se oponga a lo establecido en la Ley y Reglamento de Contrataciones del Estado. Todo esto en aplicación estricta del artículo 5° de la LCE<sup>1</sup>.

### **Procedimiento arbitral aplicable**

Según lo establecido en el punto 7) del Acta de Instalación de Árbitro Único Ad Hoc, el arbitraje se regirá de acuerdo a las reglas establecidas en la presente Acta; a lo dispuesto por la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Legislativo N° 1017, (en adelante la LCE), su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF (en adelante, RLCE) y por el Decreto Legislativo N° 1071 que norma el Arbitraje (en adelante el Decreto Legislativo).

Igualmente en el punto 8) del Acta de Instalación de Árbitro Único establece que en caso de insuficiencia de las reglas que anteceden, el Árbitro Único queda facultado para establecer reglas adicionales, respetando el principio de legalidad y resguardando el derecho constitucional al debido proceso y al derecho de defensa.

### **II.2. CONSIDERACIONES PRELIMINARES**

El presente laudo se expide de conformidad con lo dispuesto en el artículo 43° de la LEY DE ARBITRAJE. Estando a lo dispuesto en el mencionado artículo, el Árbitro

<sup>1</sup> Art. 5.- Especialidad de la norma y delegación.- El presente Decreto Legislativo y su Reglamento prevalecen sobre normas de derecho público y sobre aquellas de derecho privado que le sean aplicables.  
(...)

Único advierte a las partes que la valoración de las pruebas en que se sustenta la decisión y los fundamentos de hecho y de derecho para admitir o rechazar las respectivas pretensiones y defensas de las partes, se van a desarrollar en forma conjunta en los considerandos del presente laudo.

### **II.3. LA DEMANDA**

El DEMANDANTE interpuso demanda a través del escrito presentado con fecha 10 de OCTUBRE de 2013.

#### **PETITORIO**

##### **Pretensión N° 1**

Solicita que la ENTIDAD pague al CONTRATISTA el monto ascendente a S/. 45,000.00 (Cuarenta y cinco mil con 00/100 Nuevos Soles) suma que corresponde al monto de la penalidad injusta e ilegalmente aplicada al CONTRATISTA al momento de realizar el pago por el Informe Parcial No. 2 o tercer entregable del Contrato No. 031-2012-APN, más los respectivos intereses legales correspondientes por el retraso en el pago de dicho monto, así como los costos incurridos por el CONTRATISTA para el presente proceso arbitral.

El CONTRATISTA señala que sus pretensiones se sustentan en los fundamentos de hecho y de derecho que exponen a continuación:

#### **FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO**

##### **De los antecedentes**

1. Con fecha de 26 de julio de 2012, la ENTIDAD y el CONTRATISTA celebraron el Contrato No. 031-2012-APN, cuyo objeto es la contratación de servicios de optimización y desarrollo de funcionalidades para el Sistema de Recepción y Despacho de Naves (Sistema de Redenaves Electrónico). Este contrato se celebró por el plazo de ciento cincuenta (150) días calendario y por el monto de S/. 795,000.00 (Setecientos noventa y cinco mil con 00/100 Nuevos Soles).

Este contrato se suscribió, luego de que el CONTRATISTA resultara adjudicatario de la Buena Pro del Concurso Público No. 001-2012-APN convocado por la ENTIDAD.

2. Asimismo, refiere que el artículo 142 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo No. 184-2008-EF, el contrato está integrado por el documento que lo contiene, las Bases Integradas (lo que incluye los Términos de Referencia), 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. Este artículo establece expresamente además que *el contrato es obligatorio para las partes*.
3. Manifiesta también que los Términos de Referencia del Contrato No. 031-2012-APN establecen que la forma de pago por los servicios prestados por el contratista es la siguiente:

#### **"IX. CALENDARIO DE PAGOS**

*Considerando que la duración del estudio es de CIENTO CINCUENTA (150) días calendario, los pagos se efectuarán de acuerdo al cronograma siguiente:*

- a. *A la aprobación del Plan de Trabajo: 10% del monto total del contrato.*
- b. *A la aprobación del Informe Parcial Nº 1: 20% del monto total del contrato.*
- c. *A la aprobación del Informe Parcial Nº 2: 20% del monto total del contrato.*
- d. *A la aprobación del Informe Parcial Nº 3: 30% del monto total del contrato.*
- e. *A la aprobación del Informe Final: 20% del monto total del contrato.*

*Los pagos se realizarán previa aprobación y conformidad de los informes por parte de la Autoridad Portuaria Nacional (APN).*

*En caso que hubiese observaciones, estas serán levantadas en un plazo máximo de 10 días calendario, y el pago se realizará después que se haya entregado y verificado el levantamiento de las observaciones para conformidad y aprobación de la APN".*

4. Con fecha 10 de septiembre de 2012, la ENTIDAD y el CONTRATISTA celebraron la Adenda No. 01 al Contrato No. 031-2012-APN, con el objeto de ampliar el plazo del contrato hasta por un máximo de 70 días calendario, lo que generará que el nuevo plazo total del contrato sea de 220 días calendario, conforme a la voluntad de las partes, esta ampliación de plazo no genera el pago de mayores gastos generales.
5. Del mismo modo, con fecha 09 de agosto de 2013, la ENTIDAD y el CONTRATISTA celebraron la Adenda No. 02 al Contrato No. 031-2012-APN, con el objeto de ampliar el plazo del contrato por un máximo de 81 días calendario, el cual vencerá el 31 de octubre de 2013. Igualmente, conforme a la voluntad de las partes, esta ampliación de plazo no genera el pago de mayores gastos generales.
6. La Cláusula Cuarta: Forma de Pago del Contrato No. 031-2012-APN establece claramente lo siguiente:

*"La ENTIDAD se obliga a pagar la contraprestación al CONTRATISTA en Nuevos Soles, de la forma prevista en las Bases Administrativas del proceso de selección, luego de la recepción formal y completa de la documentación correspondiente, según lo establecido en el artículo 181 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, para tal efecto, el responsable de dar la conformidad de la prestación deberá hacerlo en un plazo que no excederá de los diez (10) días de ser estos recibidos.*

*Laudo Arbitral de Derecho*

*Arbitraje seguido por Verificación y Control de Datos SAC - VECODATA vs. Autoridad Portuaria Nacional - APN.*

*Arbitro Único*

*Mg. Jimmy Pisfil Chafloque*

*En caso de retraso en el pago, el CONTRATISTA tendrá derecho al pago de intereses conforme a lo establecido en el artículo 48 de la Ley, contado desde la oportunidad en el que el pago debió efectuarse".*

En ese sentido, debe entenderse la forma de pago del Contrato No. 031-2012-APN conforme a lo detallado en el Calendario de Pagos establecido en los Términos de Referencia de las Bases del proceso de selección, es decir, como se ha detallado en el Punto 3 de los presentes Fundamentos de Hecho.

7. La Cláusula Décimo Sexta: Solución de Controversias del Contrato No. 031-2012-APN establece a su vez lo siguiente:

*"Cualquiera de las partes tiene el derecho a iniciar el arbitraje administrativo a fin de resolver las controversias que se presenten durante la etapa de ejecución contractual dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 144, 170, 175 y 177 del Reglamento o, en su defecto, en el artículo 52 de la Ley.*

*Facultativamente, cualquiera de las partes podrá someter a conciliación la referida controversia, sin perjuicio de recurrir al arbitraje en caso no se llegue a un acuerdo entre ambas, según lo señalado en el artículo 214 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.*

*El Laudo arbitral emitido es definitivo e inapelable, tiene el valor de cosa juzgada y se ejecuta como una sentencia".*

8. Mediante Carta No. VD-REDENAVES –CAR-12-07 recibida por la ENTIDAD el 06 de diciembre de 2012, el CONTRATISTA presentó a la ENTIDAD el Informe Parcial No. 2 o tercer entregable materia del Contrato No. 031-2012-APN.

9. Mediante Carta No. 0025-2012-APN/OTI de fecha 17 de diciembre de 2012, la ENTIDAD remitió al CONTRATISTA las observaciones encontradas al Informe Parcial No. 2.
10. Mediante Carta No. VD-REDENAVES-CAR-12-08 recibida por la ENTIDAD el 27 de diciembre de 2012, el CONTRATISTA presentó el levantamiento de observaciones al Informe Parcial No. 2.
11. Mediante Carta No. 0001-2013-APN/OTI de fecha 31 de enero de 2013, la ENTIDAD remitió al CONTRATISTA las observaciones encontradas a la segunda versión del Informe Parcial No. 2.

Manifiesta que la ENTIDAD se tomó el excesivo plazo de 39 días para la evaluación, revisión y conformidad al Informe Parcial Nº 02: Desde el 27 de diciembre de 2012 hasta el 04 de febrero de 2013, fecha en que el CONTRATISTA recibió formalmente dicha carta.

12. Mediante Carta No. VD-REDENAVES-CAR-13-06 recibida por la ENTIDAD el 14 de febrero de 2013, el CONTRATISTA presentó a la ENTIDAD por tercera vez el Informe Parcial No. 2.
13. Mediante Carta No. 0006-2013-APN/OTI de fecha 18 de marzo de 2013, la ENTIDAD comunicó al CONTRATISTA que el Informe Parcial No. 2 fue aprobado.
14. Igualmente, manifiesta que la Entidad se excedió el plazo (34 días) que se ha tomado la ENTIDAD para la revisión y aprobación del Informe Parcial Nº 2: Desde el 15 de febrero de 2013 hasta el 20 de marzo de 2013, fecha en que el CONTRATISTA recibió formalmente esta carta.

15. Mediante Carta No. 0007-2013-APN/OTI de fecha 21 de marzo de 2013, la ENTIDAD comunicó al CONTRATISTA que el pago por el Informe Parcial No. 2 será posible de aplicación de una penalidad, por retraso injustificado de 50 días en su presentación.
16. Mediante Carta s/n de fecha 22 de marzo de 2013, el CONTRATISTA manifestó su disconformidad respecto a la aplicación de la penalidad, solicitando que ello se someta a una conciliación, a fin de llegar a un acuerdo entre las partes.
17. Con la finalidad de solucionar la controversia surgida entre las partes, el CONTRATISTA presentó una solicitud de conciliación ante el Centro de Conciliación "Acuerdo Final", a la cual la ENTIDAD no se presentó, dando por finalizado el procedimiento de conciliación sin arribar a ningún acuerdo que permitiera superar dicha controversia.
18. Dado el fracaso de la conciliación, el CONTRATISTA interpone solicitud arbitral ante la ENTIDAD, al amparo de lo establecido en los artículos 52 de la Ley de Contrataciones del Estado y 215 de su Reglamento, dado que la controversia ha surgido dentro de la etapa de ejecución contractual, etapa que a la fecha continúa ya que el contrato suscrito por ambas partes aún continúa vigente.

El DEMANDANTE fundamentó su Demanda Arbitral en lo dispuesto en los siguientes preceptos legales:

1. El artículo 22 del Acta de Instalación de Árbitro Único Ad Hoc de fecha 30 de setiembre de 2013 declara abierto el presente arbitraje y otorga el plazo de 10 días hábiles al demandante para la presentación de la demanda, debiendo ofrecer los medios probatorios que respalden las pretensiones planteadas.

2. En el artículo 180º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado “*Todos los pagos que la Entidad deba realizar a favor del contratista por concepto de los bienes o servicios objeto del contrato, se efectuarán después de ejecutada la respectiva prestación (...)*”.
3. Sobre el particular, el artículo 181º del mismo Reglamento dispone que la Entidad deberá pagar las contraprestaciones pactadas a favor del contratista en la oportunidad establecida en las Bases o en el Contrato.
4. En esa línea, el artículo 177º del mencionado Reglamento establece que surge el derecho del contratista de recibir el pago por parte de la Entidad, una vez que aquella ejecute la totalidad de las prestaciones a su cargo y la Entidad otorgue la conformidad de ello<sup>2</sup>.
5. Pues bien, en cuanto al plazo para los pagos después de otorgada la conformidad, el artículo 181 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, establece lo siguiente:

***"Artículo 181.- Plazos para los pagos***

*La Entidad deberá pagar las contraprestaciones pactadas a favor del contratista en la oportunidad establecida en las Bases o en el contrato. Para tal efecto, el responsable de otorgar la conformidad de recepción de los bienes o servicios, deberá hacerlo en un plazo que no excederá de los diez (10) días calendario de ser éstos recibidos, a fin que la Entidad cumpla con la obligación de efectuar el pago dentro de los quince (15) días calendario siguientes, siempre que se verifiquen las demás condiciones establecidas en el contrato.*

<sup>2</sup> De acuerdo a lo establecido en el artículo 177 del Reglamento: “Luego de haberse dado la conformidad a la prestación se genera el derecho al pago del contratista. Efectuado el pago culmina el contrato y se cierra el expediente de contratación respectivo. (...)"

*En caso de retraso en el pago, el contratista tendrá derecho al pago de intereses conforme a lo establecido en el artículo 48 de la Ley, contado desde la oportunidad en que el pago debió efectuarse.*

*Las controversias en relación a los pagos que la Entidad debe efectuar al contratista podrán ser sometidas a conciliación y/o arbitraje dentro del plazo de quince (15) días hábiles siguientes de vencido el plazo para hacer efectivo el pago."*

6. De acuerdo a la norma citada, la ENTIDAD únicamente tiene el plazo máximo de DIEZ (10) días calendario para OTORGAR CONFORMIDAD A LOS SERVICIOS PRESTADOS por el CONTRATISTA, computados desde que estos servicios fueron recibidos. Es decir, se encuentra claramente establecido que la ENTIDAD cuenta con el plazo legal de DIEZ (10) DÍAS para revisar los servicios prestados por el CONTRATISTA y, en base a dicho análisis, decidir si otorga la conformidad o si realiza observaciones a los servicios prestados, otorgando el CONTRATISTA el plazo entre 2 y 10 días para subsanar las mencionadas observaciones.
  
7. Luego de otorgada dicha conformidad, la ENTIDAD tiene el plazo máximo de QUINCE (15) días para efectuar el pago al CONTRATISTA por los servicios prestados.
  
8. En el presente caso, la ENTIDAD formuló una primera vez observaciones al Informe Parcial Nº 2 del CONTRATISTA, otorgando el plazo para ello, el mismo habría cumplido a cabalidad.
  
9. Luego de ello, la ENTIDAD nuevamente formuló observaciones al Informe Parcial Nº 2 (segunda versión) del CONTRATISTA, otorgando un plazo para su levantamiento, el mismo que también habría cumplido.

10. Posteriormente y luego de una excesiva cantidad de días transcurridos (34 días calendario) recién la ENTIDAD aprobó el Informe Parcial N° 2: Desde el 14 de febrero de 2013 hasta el 20 de marzo de 2013, fecha en que el CONTRATISTA recibió formalmente la Carta N° 0006-2013-APN/OTI.
11. Como debe advertirse, ni la Ley de Contrataciones del Estado ni su Reglamento prevén la posibilidad de que la ENTIDAD pueda formular varias veces observaciones a los informes o servicios prestados por el CONTRATISTA.
12. Siendo ello así, resulta claro que la ENTIDAD está ampliando el plazo nuevamente para subsanar presuntas observaciones al Informe Parcial N° 2. Asimismo, la ENTIDAD se ha tomado un plazo excesivo para revisar y otorgar conformidad a esta tercera versión del Informe Parcial N° 2, no respetando el plazo de 10 días calendario que tiene la ENTIDAD para otorgar conformidad ni el plazo de 15 días que tiene para pagar por el Informe Parcial N° 2 al CONTRATISTA.
13. En ese sentido, no existe justificación para que la ENTIDAD realice el pago por el Informe Parcial N° 2 tras un tiempo tan excesivo para revisar y otorgar la conformidad correspondiente, sin respetar los plazos establecidos por el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
14. Debido a que la ENTIDAD no ha cumplido con el pago al CONTRATISTA dentro de los plazos legales para ello, el artículo 48 del Decreto Legislativo No. 1017, Ley de Contrataciones del Estado, ampara al CONTRATISTA y establece un modo de resarcimiento por la demora de la que ha sido víctima, disponiendo que ante dicha eventualidad, le corresponderá a la ENTIDAD el pago de intereses legales. En efecto, el artículo 48 de la Ley de Contrataciones establece lo siguiente:

#### ***"Artículo 48.- Intereses y penalidades***

*En caso de atraso en el pago por parte de la Entidad, salvo que se deba a caso fortuito o fuerza mayor, ésta reconocerá al contratista los intereses legales correspondientes. Igual derecho corresponde a la Entidad en caso sea la acreedora.*

*El contrato establecerá las penalidades que deberán aplicarse al contratista ante el incumplimiento injustificado de sus obligaciones contractuales, de acuerdo a lo dispuesto en el Reglamento".*

15. Siendo así, es claro que la ENTIDAD tenía la obligación y un plazo legal para evaluar el Informe Parcial N° 2 del CONTRATISTA, otorgar la conformidad y efectuar el pago. Ello, toda vez que el CONTRATISTA cumplió con presentar oportunamente el Informe Parcial N° 2, las veces que fue requerida para ello, en cambio, la ENTIDAD se tardó 39 días (en una primera oportunidad) para revisar y formular observaciones, y luego se tardó 34 días (en la segunda y última oportunidad) para revisar y otorgar la conformidad a este Informe. Ante el retraso injustificado en el pago, el CONTRATISTA tiene derecho a interponer la presente demanda arbitral y al cobro del monto no pagado, así como de los intereses legales que corresponden y por supuesto, el pago de las costas y costos del presente proceso arbitral.

16. Los intereses legales antes mencionados deberán calcularse y empezar a computarse desde la fecha en que la ENTIDAD debió realizar el pago.

#### **IV. CUANTÍA**

Se estima que el importe controvertido en el presente arbitraje es de S/. 45,000.00 (Cuarenta y cinco mil con 00/100 Nuevos Soles), verificando del contenido del memorando N° 0603-2013-APN/OGA de fecha 20 de marzo de 2012 que el monto por 50 días de penalidad correcto es de S/. 44,166.67 (Cuarenta y Cuatro mil Ciento

Sesenta y Seis con 67/100 Nuevos Soles), suma que corresponde al monto de la penalidad supuestamente injusta e ilegalmente aplicada al CONTRATISTA al momento de realizar el pago por el Informe Parcial No. 2 o tercer entregable del servicio materia del Contrato No. 031-2012-APN.

A ello deberá sumarse los intereses legales correspondientes por el retraso en el pago de dicho monto, así como los costos incurridos por el CONTRATISTA para el presente proceso arbitral.

## **V. RESPECTO AL PAGO DE LOS COSTOS Y COSTAS ARBITRALES**

Se deberá tener en cuenta la expresa condena de costas y costos que deberá disponer en contra de la ENTIDAD, lo que comprende los honorarios y gastos del Árbitro Único que se han determinado, los gastos administrativos que correspondan, los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje, el costo del asesoramiento pericial o de cualquier otra asistencia requerida por el Árbitro Único y los demás gastos originados en las actuaciones arbitrales.

### **II.4. LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

Mediante escrito presentado el 11 de noviembre de 2013, LA DEMANDADA contesta la demanda, negando y contradiciéndola en todos sus extremos; amparando su posición en los fundamentos de hecho y de derecho que a continuación se identifican:

#### **FUNDAMENTOS DE CONTESTACIÓN DE DEMANDA.-**

La Autoridad Portuaria Nacional - APN presenta su contestación de demanda que resumiremos a continuación

Con fecha 11 de noviembre del 2013, la Autoridad Portuaria Nacional - APN contestó la demanda presentada por Verificación y Control de Datos SAC - VECODATA, solicitando se declare íntegramente desestimada con expresa condena de costos y costas procesales, conforme a los fundamentos que se exponen a continuación.

1. VECODATA S.A.C. pretende, a través del presente arbitraje, que la APN le pague el importe de S/ 45,000.00 (Cuarenta y Cinco Mil y 00/100 Nuevos Soles) más los intereses legales por el retraso en el pago de dicho monto, correspondiente al monto de la penalidad que le fuera aplicada indebidamente por la APN al momento de realizar el pago correspondiente al Informe Parcial Nº 02 o Tercer Entregable del Contrato Nº 031-2012-APN; asimismo, solicita el pago de los costos incurridos en el presente proceso arbitral.
  
2. VECODATA S.A.C., fundamentalmente, sustenta su pretensión alegando que la APN se tardó 39 días, en una primera oportunidad, para revisar el Informe Parcial Nº 02 y formular observaciones (desde el 27 de diciembre de 2012 hasta el 04 de febrero de 2013, fecha en que VECODATA SAC recibió la Carta Nº 001-2013-APN/OTI mediante la cual la APN le remitió las observaciones encontradas a la segunda versión del Informe Parcial Nº 02) y luego, en una segunda y última oportunidad, tardó 34 días para revisar y otorgar la conformidad a la tercera versión del Informe Parcial No. 2 (desde el 15 de febrero de 2013 hasta el 20 de marzo de 2013, fecha en que VECODATA SAC recibió la Carta Nº 006-2013-APN/OTI mediante la cual la APN le comunicó que el Informe Parcial Nº 02 fue aprobado).

3. Asimismo, VECODATA S.A.C. manifiesta que la APN formuló por primera vez observaciones al Informe Parcial N° 02 (dadas a conocer por la APN a VECODATA S.A.C. mediante Carta N° 0025-2012-APN/OTI, recepcionada con fecha 19 de diciembre de 2012) y que éstas fueron subsanadas, dentro del plazo otorgado por la APN para su levantamiento, mediante Carta N° VD-REDENAVES-CAR-12-08, recepcionada por la APN el 27 de diciembre de 2012 (segunda versión del Informe Parcial N° 02 de VECODATA S.A.).
4. Señala además que luego de ello la APN nuevamente formuló observaciones a la segunda versión del Informe Parcial N° 02 de VECODATA S.A. (observaciones contenidas en la Carta N° 0001-2013-APN/OTI de fecha 31 de enero de 2013 remitida por la APN a VECODATA S.A.C. y recibida por ésta con fecha 04 de febrero de 2013) y que éstas fueron levantadas por VECODATA S.A.C. dentro del plazo legal, mediante Carta N° VD-REDENAVES-CAR-13-06, recepcionada por la APN el 14 de febrero de 2013 (Tercera versión del Informe Parcial N° 02).
5. Por otro lado, VECODATA S.A.C. señala que la APN sólo tenía el plazo máximo de diez días calendario para otorgar su conformidad a los servicios que fueran prestados por esta empresa en su calidad de contratista, computados desde que estos servicios fueron recibidos; es decir, que la APN, en su calidad de Entidad, contaba con un plazo legal de diez días para revisar los servicios prestados por VECODATA S.A.C. y, en base a dicho análisis decidir si otorga la conformidad o si

realiza observaciones a los servicios prestados, concediendo al contratista el plazo entre 2 y 10 días para subsanar las referidas observaciones.

6. VECODATA S.A.C señala además que ni la Ley de Contrataciones del Estado ni su Reglamento prevén la posibilidad de que la Entidad pueda formular varias veces observaciones a los informes o servicios prestados por el contratista, y que siendo ello así, resulta claro que la APN estaba ampliando el plazo nuevamente para subsanar presuntas observaciones al Informe Parcial Nº 02.
7. Finalmente, VECODATA S.A.C manifiesta que la APN se ha tomado un plazo excesivo para revisar y otorgar la conformidad a la Tercera versión del Informe Parcial Nº 02), no respetando el plazo de diez días calendario que tiene la Entidad para otorgar su conformidad con relación al entregable, ni el plazo de quince días que tiene para pagar por el Informe Parcial Nº 02 al contratista; por lo que se justifica el pago de intereses legales desde la fecha en que la Entidad debió realizar el pago.
8. Con relación a lo expuesto por la demandante VECODATA S.A.C., cabe señalar que, efectivamente, mediante Carta No. 0025-2012-APN/OTI de fecha 17 de diciembre de 2012, recepcionada por esta empresa el 19 de diciembre de 2012, la

APN realizó unas primeras observaciones al Informe Parcial No. 2 de la consultoría contratada, cuyo plazo para ser subsanadas venció el 29 de diciembre de 2012<sup>3</sup>.

Como respuesta a ello, VECODATA S.A.C remitió a la APN, dentro del plazo para subsanar las observaciones, la Comunicación Nº VD-REDENAVES-CAR-12-08 (receptionada por la APN con fecha 27 de diciembre de 2012), a través de la cual buscó levantar las observaciones formuladas.

9. Sin embargo, debido a que dichas observaciones no fueron debidamente levantadas o subsanadas por VECODATA S.A.C., mediante Carta No. 0001-2013-APN/OTI de fecha 31 de enero de 2013 la APN remitió a ésta las observaciones encontradas a la segunda versión del Informe Parcial No. 2. (Repcionada por VECODATA S.A.C con fecha 04 de febrero de 2013).
10. Con motivo de estas observaciones, VECODATA S.A.C. remitió a la APN, a través de la Comunicación Nº VD-REDENAVES-CAR-13-06, de fecha 14 de febrero de 2013 (receptionada por la APN el mismo 14 de febrero de 2013), la tercera versión del Informe Parcial No. 2, con lo cual levantó las observaciones formuladas.

Por tal motivo, la APN finalmente aprobó esta última versión del Informe Parcial No. 2, mediante Carta No. 0006-2013-APN/OTI de fecha 18 de marzo de 2013.

<sup>3</sup> De conformidad con lo establecido en el Artículo 176 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, el plazo para subsanar las observaciones no puede ser menor de dos ni mayor de diez días calendario.

11. De lo expuesto, se observa claramente que las observaciones hechas por la APN al Informe Nº 02 y dadas a conocer a VECODATA S.A.C., en una primera oportunidad mediante Carta Nº 25-2012-APN/OTI, debieron haber sido levantadas con el informe presentado por VECODATA S.A.C. mediante la Comunicación Nº VD-REDENAVES-CAR-12-08; sin embargo, este informe no subsanó las observaciones existentes, pues éstas no se dieron por levantadas, habiendo por ello dado lugar a la remisión por parte de la APN de la Carta Nº 001-2013-APN/OTI.
  
12. Al respecto, se debe tener presente que las observaciones dadas a conocer por la APN a VECODATA S.A.C. mediante la Carta Nº 001-2013-APN/OTI de fecha 31 de enero de 2013 no son distintas o nuevas observaciones a las dadas a conocer mediante Comunicación Nº VD-REDENAVES-CAR-12-08, como alega VECODATA S.A.C.

En efecto, la principal observación realizada al Informe Parcial Nº 02 o Tercer entregable mediante la Carta Nº 0025-2012-APN/OTI fue que el modelamiento de procesos no sólo abarcaba la situación actual o como mencionaba VECODATA S.A.C., sino que debía presentar el modelo mejorado u optimizado (TO BE) y todo este último análisis no había sido contemplado.

Cuando VECODATA S.A.C. presentó el informe de levantamiento de observaciones, la APN mediante la Carta Nº 001-2013-APN/OTI realizó

observaciones a la sección (TO BE) recién agregada, por lo que no se puede considerar este aspecto como nuevas observaciones. Asimismo, se realizaron observaciones a aspectos que persistían no obstante fueran observados en la Carta Nº 025-2012-APN/OTI, además de observaciones a raíz de los cambios realizados en respuesta al levantamiento correspondiente.

13. En ese sentido, es VECODATA S.A.C el que ha incumplido dentro del plazo otorgado por la APN con presentar el Informe Parcial No. 2 en forma adecuada o de manera que satisfaga las necesidades institucionales de la APN, referido al proceso de selección de Concurso Público No. 001-2012-APN.
14. Por otro lado, VECODATA S.A.C. ha alegado que no se encuentra regulado en la Ley ni en el Reglamento de Contrataciones del Estado la posibilidad que la APN pueda formular varias veces observaciones a los informes o servicios prestados por el Contratista.

Cabe reiterar lo manifestado en el numeral duodécimo del presente documento, en el sentido que las observaciones dadas a conocer por la APN a VECODATA S.A.C. mediante la Carta Nº 001-2013-APN/OTI de fecha 31 de enero de 2013 no son distintas o nuevas observaciones a las dadas a conocer mediante Comunicación Nº VD-REDENAVES-CAR-12-08, como alega VECODATA S.A.C.

Asimismo, se debe tener en cuenta que es potestad de la Entidad volver a otorgar un plazo para subsanar las observaciones que no fueron subsanadas y que fueran formuladas al Informe Parcial No. 2., con lo cual la Entidad no ejerce su derecho a resolver el contrato, sin perjuicio de aplicar las penalidades que correspondan.

Cabe señalar que el artículo 176 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado establece que “*(...) Si pese al plazo otorgado, el contratista no cumpliese a cabalidad con la subsanación, la Entidad podrá resolver el contrato, sin perjuicio de aplicar las penalidades que correspondan.*”

15. Asimismo, VECODATA S.A.C. no ha tomado en cuenta que el plazo que se pudo haber tomado la APN para revisar y otorgar conformidad al Informe Parcial No. 2 obedece a la alta complejidad y especial naturaleza del servicio contratado.

Por tal motivo, la APN considera que en su debido momento, se decidió otorgar nuevamente un plazo para subsanar las observaciones al Informe Parcial No.2, con lo cual no ejercimos nuestro derecho a resolver el contrato. Sin perjuicio de la renuncia de parte de la APN a resolver el contrato, lo que corresponde es que la APN continúe aplicando las penalidades respectivas, ya que el producto no se entregó a satisfacción de la APN.

En ese sentido, cuando la Entidad no encuentra conforme un entregable presentado, en caso el producto contratado le resulte de absoluta necesidad y relevancia, puede volver a otorgar un plazo para levantar las observaciones hechas, sin perjuicio de la aplicación de las penalidades que corresponde aplicar.

16. Cabe señalar que el monto cobrado por la APN a VECODATA S.A.C., como penalidad por mora, asciende al importe de S/ 44,166.67 (Cuarenta y Cuatro Mil Ciento Sesenta y Seis y 67/100 Nuevos Soles) como se detalla en la Carta Nº 007-2013-APN/OTI de fecha 21 de marzo de 2013, recepcionada por VECODATA S.A.C. el 23 de marzo de 2013 y en el Memorando Nº 0603-2013-APN/OGA de fecha 20 de marzo de 2013. VECODATA S.A.C. manifiesta erróneamente que el monto de la penalidad cobrada por la APN asciende a S/ 45,000.00 (Cuarenta y Cinco Mil y 00/100 Nuevos Soles).
17. Por lo expuesto, queda meridianamente claro que la penalidad impuesta por la APN se encuentran bien aplicadas, por cuanto se le ha formulado al contratista las mismas observaciones en 2 oportunidades y ello merece la aplicación de las penalidades correspondientes.

## **II.5. LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS**

El 06 de diciembre de 2013 se llevó adelante con la presencia de los representantes de ambas partes la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos.

Los Puntos Controvertidos fueron determinados por ambas partes mediante sus escritos de presentación de propuestas de puntos controvertidos de fecha 05 de diciembre de 2013.

Asimismo, se dejó claramente establecido que el Árbitro Único se reservaba el derecho de disponer oportunamente la actuación de oficio de cualquier otro medio probatorio que considere conveniente; asimismo, se reservaba la posibilidad de prescindir de las pruebas no actuadas en caso que, el Árbitro Único las considere prescindibles o innecesarias. Aclarando que dichas facultades se encontraban previstas en el artículo 43º del Decreto Legislativo N° 1017.

Ambas partes manifestaron su conformidad con los puntos en controversia fijados por el Árbitro Único, en los términos siguientes:

De la demanda presentada:

- Determinar si corresponde o no se reconozca y ordene que la Demandada pague la suma de S/. 44,166.67 (Cuarenta y cuatro mil ciento sesenta y seis y 67/100 Nuevos Soles) a favor de la empresa Verificación y Control de Datos S.A.C. por concepto del pago de penalidad aplicada al pago por el informe parcial N° 2 o tercer entregable, mas sus respectivos intereses legales.

Costos y costas del proceso

- Determinar si corresponde o no quien de las partes debe asumir los costos y costas del Proceso Arbitral.

A continuación, se admitieron todos los medios probatorios documentales ofrecidos por las partes.

Mediante Resolución Nº 01 de fecha 25 de octubre de 2013 el Árbitro Único resolvió correr traslado de los documentos probatorios presentado por EL DEMANDANTE en su escrito de fecha 10 de octubre de 2013 respectivamente. Asimismo, mediante escrito de fecha 22 de noviembre, el Secretario Arbitral corrió traslado de los documentos probatorios presentado por EL DEMANDADO en su escrito de contestación de fecha 11 de noviembre de 2013.

Mediante Resolución Nº 04 de fecha 17 de diciembre de 2013 y habiéndose presentado los alegatos escritos en tiempo acordado por intermedio de las partes, el Árbitro Único señala plazo para laudar en el término de veinte (20) días hábiles plazo que podrá ser prorrogado a discreción por treinta (30) días adicionales.

## **II.6. ALEGATOS**

Con fecha 13 de diciembre de 2013, ambas partes cumplen con presentar sus alegatos escritos.

## **Y CONSIDERANDO:**

## **III. CUESTIONES PRELIMINARES**

Antes de entrar a analizar las materias controvertidas, corresponde confirmar lo siguiente:

- Que el Árbitro Único se constituyó de conformidad con el convenio arbitral contenido en el CONTRATO.

- Que el CONTRATISTA presentó su demanda dentro de los plazos dispuestos.
- Que la demandada fue debidamente emplazada con la demanda, la contestó y ejercitó plenamente su derecho de defensa.
- Que las partes han tenido plena oportunidad para ofrecer y actuar las pruebas ofrecidas, habiendo sido el Árbitro Único totalmente permisivo al otorgar los plazos correspondientes para presentar sus pruebas y en realizar todas las Audiencias necesarias para que las partes sustenten con profundidad sus posiciones.
- Que las partes han tenido la facultad de presentar alegatos e, inclusive, de informar oralmente.
- Que el Árbitro Único procede a laudar dentro de los plazos dispuestos en el presente proceso arbitral.

#### **IV. PRETENSIONES Y PUNTOS CONTROVERTIDOS SOBRE LOS QUE SE PRONUNCIARÁ EL ÁRBITRO ÚNICO:**

##### **Pretensiones del proceso:**

Los puntos controvertidos sobre los cuales se pronunciará el Árbitro Único, son los siguientes:

1. Determinar si corresponde o no se reconozca y ordene que la Demandada pague la suma de S/. 44,166.67 (Cuarenta y cuatro mil ciento sesenta y seis y 67/100 Nuevos Soles) a favor de la empresa Verificación y Control de Datos

S.A.C. por concepto del pago de penalidad aplicada al pago por el informe parcial N° 2 o tercer entregable, mas sus respectivos intereses legales.

2. Determinar si corresponde o no quien de las partes debe asumir los costos y costas del Proceso Arbitral.

De acuerdo con lo establecido en la Audiencia de Conciliación, Determinación de Puntos Controvertidos de fecha 06 de diciembre de 2013, en el presente caso corresponde al Árbitro Único determinar lo siguiente en base a los puntos controvertidos fijados en el presente arbitraje.

Siendo que el presente arbitraje es de Derecho, corresponde al Árbitro Único pronunciarse respecto de cada uno de los puntos controvertidos teniendo en cuenta el mérito de la prueba aportada al proceso para determinar, en base a la valoración conjunta de ellas, las consecuencias jurídicas que, de acuerdo a derecho, se derivan para las partes en función de lo que haya sido probado o no en el marco del proceso.

Debe destacarse que la carga de la prueba corresponde a quien alega un determinado hecho para sustentar o justificar una determinada posición, de modo que logre crear certeza en el árbitro respecto de tales hechos.

Asimismo, debe tenerse en cuenta, en relación a las pruebas aportadas al arbitraje que en aplicación del Principio de "Comunidad o Adquisición de la Prueba", las pruebas ofrecidas por las partes, desde el momento que fueron presentadas y admitidas como medios probatorios, pasaron a pertenecer al presente arbitraje y, por consiguiente, pueden ser utilizadas para acreditar hechos que incluso vayan en contra de los intereses de la parte que la ofreció. Ello concuerda con la definición de dicho principio que establece que:

*“... la actividad probatoria no pertenece a quien la realiza, sino, por el contrario, se considera propia del proceso, por lo que debe tenerse en cuenta para determinar la existencia o inexistencia del hecho a que se refiere, independientemente de que beneficie o perjudique los intereses de la parte que suministró los medios de prueba o aún de la parte contraria. La prueba pertenece al proceso y no a la parte que lo propuso o lo proporcionó”<sup>4</sup>*

## **V. ANÁLISIS CONJUNTO DE LAS PRETENSIONES DEL PROCESO:**

### **PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO**

*Determinar si corresponde o no se reconozca y ordene que la Demandada pague la suma de S/. 44,166.67 (Cuarenta y cuatro mil ciento sesenta y seis y 67/100 Nuevos Soles) a favor de la empresa Verificación y Control de Datos S.A.C. por concepto del pago de penalidad aplicada al pago por el informe parcial Nº 2 o tercer entregable, mas sus respectivos intereses legales.*

Teniendo en cuenta las posiciones de las partes, y previamente al pronunciamiento del Árbitro Único, es necesario llevar a cabo un análisis de este punto controvertido, sobre ello, es preciso hacer un recuento de los hechos relacionados de forma directa con las controversias señaladas por cada una de las partes.

Esta controversia se genera del Contrato No. 031-2012-APN., “Contratación de los Servicios de Optimización y Desarrollo de Funcionalidades para el Sistema de Recepción y Despacho de Naves (Sistemas de Redenaves Electrónico)”, celebrado entre Verificación y Control de Datos SAC - VECODATA y la Autoridad Portuaria Nacional - APN.

<sup>4</sup> TARAMONA HERNÁNDEZ., José Rubén. *“Medios Probatorios en el Proceso Civil”*. Ed.: Rodhas, 1994, p. 35.

De lo establecido en la Cláusula Segunda del Contrato, se puede apreciar que las condiciones, requisitos y obligaciones de las partes, se encuentran enmarcadas dentro de la Normatividad de Contrataciones del Estado aplicable, de acuerdo a los Términos de Referencia del proceso de selección, esto es: i) La Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por el Decreto Legislativo N° 1017; ii) El Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado – D.S. N° 184-2008-EF; iii) Así, como el Código Civil.

Luego de haber establecido el marco legal mediante el cual se procederá a analizar las controversias surgidas, el Árbitro Único toma en cuenta que el Contrato celebrado ha sido suscrito por ambas partes, razón por la cual se entiende que las cláusulas contenidas en el mismo son de conocimiento de ambas, no pudiendo actuar éstas, de forma contraria o no respetando los lineamientos que se han establecido de antemano en el Contrato.

Con relación al punto controvertido bajo análisis, es necesario realizar un recuento de los hechos:

- Con fecha 26 de julio de 2012, las partes suscriben el Contrato No. 031-2012-APN., “Contratación de los Servicios de Optimización y Desarrollo de Funcionalidades para el Sistema de Recepción y Despacho de Naves (Sistemas de Redenaves Electrónico)”.
- Con fecha 13 de octubre de 2012, las partes acordaron incorporar la ADDENDA N° 01 al Contrato No. 031-2012-APN con el objeto de ampliar el plazo del contrato hasta por un máximo de 70 días calendario, lo que generará que el nuevo plazo total del contrato sea de 220 días calendario. Conforme a la voluntad de las partes, esta ampliación de plazo no genera el pago de mayores gastos generales.

- Con fecha 09 de agosto de 2012, las partes acordaron incorporar la ADDENDA N° 02 al Contrato No. 031-2012-APN, con el objeto de ampliar el plazo del contrato por un máximo de 81 días calendario, el cual vencerá el 31 de octubre de 2013. Igualmente, conforme a la voluntad de las partes, esta ampliación de plazo no genera el pago de mayores gastos generales.
- Mediante Carta No. VD-REDENAVES –CAR-12-07 recibida por la ENTIDAD el 06 de diciembre de 2012, el CONTRATISTA presentó a la ENTIDAD el Informe Parcial No. 2 o tercer entregable materia del Contrato No. 031-2012-APN. (Informe materia de controversia)
- Mediante Carta No. 0025-2012-APN/OTI de fecha 17 de diciembre de 2012, la ENTIDAD remitió al CONTRATISTA las observaciones encontradas al Informe Parcial No. 2.
- Mediante Carta No. VD-REDENAVES-CAR-12-08 recibida por la ENTIDAD el 27 de diciembre de 2012, el CONTRATISTA presentó el levantamiento de observaciones al Informe Parcial No. 2.
- Mediante Carta No. 0001-2013-APN/OTI de fecha 31 de enero de 2013, la ENTIDAD remitió al CONTRATISTA las observaciones encontradas a la segunda versión del Informe Parcial No. 2. (*Plazo que utilizó LA ENTIDAD para la evaluación, revisión y conformidad al Informe Parcial N° 02 fue 39 días desde el 27 de diciembre de 2012 hasta el 04 de febrero de 2013*).
- Mediante Carta No. VD-REDENAVES-CAR-13-06 recibida por la ENTIDAD el 14 de febrero de 2013, el CONTRATISTA presentó el levantamiento de observaciones por segunda vez al Informe Parcial No. 2.

- Mediante Carta No. 0006-2013-APN/OTI de fecha 18 de marzo de 2013, la ENTIDAD comunicó al CONTRATISTA que el Informe Parcial No. 2 fue aprobado. (*Plazo que utilizó LA ENTIDAD para la evaluación, revisión y conformidad al Informe Parcial Nº 02 fue 34 días desde el 15 de febrero de 2013 hasta el 20 de marzo de 2013*).
- Mediante Carta No. 0007-2013-APN/OTI de fecha 21 de marzo de 2013, la ENTIDAD comunicó al CONTRATISTA que el pago por el Informe Parcial No. 2 será pasible de aplicación de una penalidad, por retraso injustificado de 50 días en su presentación.
- Mediante Carta s/n de fecha 22 de marzo de 2013, el CONTRATISTA manifestó su disconformidad respecto a la aplicación de la penalidad, solicitando que ello se someta a una conciliación, a fin de llegar a un acuerdo entre las partes.
- Con la finalidad de solucionar la controversia surgida entre las partes, el CONTRATISTA presentó una solicitud de conciliación ante el Centro de Conciliación “Acuerdo Final”, a la cual la ENTIDAD no se presentó, dando por finalizado el procedimiento de conciliación sin arribar a ningún acuerdo que permitiera superar dicha controversia.
- Dado el fracaso de la conciliación, el CONTRATISTA interpone solicitud arbitral ante la ENTIDAD, al amparo de lo establecido en los artículos 52 de la Ley de Contrataciones del Estado y 215 de su Reglamento, dado que la controversia ha surgido dentro de la etapa de ejecución contractual, etapa que a la fecha continúa ya que el contrato suscrito por ambas partes aún continúa vigente.

Luego del recuento de los hechos y teniendo en cuenta que la presente pretensión versa sobre el pago respecto al monto de la penalidad aplicada al CONTRATISTA al

momento de realizar el pago por el Informe Parcial No. 2 o tercer entregable del Contrato No. 031-2012-APN suscrito por las partes y no sobre los efectos y/o consecuencias de la resolución del contrato, controversia que no ha sido sometida a la competencia del presente Arbitraje, el Árbitro Único considera necesario analizar qué establece el Contrato, la Ley y el Reglamento de Contrataciones del Estado aplicables a la controversia, y previamente a observar la pretensión solicitada por EL CONTRATISTA se debe verificar si el pago solicitado por Verificación y Control de Datos SAC - VECODATA es amparable.

En primer lugar, debemos indicar que el presente Contrato de Servicios tiene como objeto la “Optimización y Desarrollo de Funcionalidades para el Sistema de Recepción y Despacho de Naves (Sistemas de Redenaves Electrónico).

En segundo lugar, debemos indicar que el proceso arbitral seguido entre las partes derivan respecto al pago que el CONTRATISTA aduce le aplicaron injusta e ilegalmente como penalidad al momento de realizar el pago por el Informe Parcial No. 2 o tercer entregable del Contrato No. 031-2012-APN.

Teniendo en cuenta ello, y conforme a lo expresado en el recuento de los hechos, el Árbitro Único conviene en observar lo que señala el punto X de los términos de referencia de las Bases Integradas del Concurso Público N° 001-2012-APN sobre “Contratación de los Servicios de Optimización y Desarrollo de Funcionalidades para el Sistema de Recepción y Despacho de Naves” en donde señala el calendario de pagos expresando lo siguiente:

**IX: CALENDARIO DE PAGOS:**

- a. *A la aprobación del Plan de Trabajo: 10% del monto total del contrato.*

- b. *A la aprobación del Informe Parcial N° 1: 20% del monto total del contrato.*
- c. *A la aprobación del Informe Parcial N° 2: 20% del monto total del contrato.*
- d. *A la aprobación del Informe Parcial N° 3: 30% del monto total del contrato.*
- e. *A la aprobación del Informe Final: 20% del monto total del contrato.*

*Los pagos se realizarán previa aprobación y conformidad de los informes por parte de la Autoridad Portuaria Nacional (APN).*

*En caso que hubiese observaciones, estas serán levantadas en un plazo máximo de 10 días calendario, y el pago se realizará después que se haya entregado y verificado el levantamiento de las observaciones para conformidad y aprobación de la APN.*

De lo examinado en las condiciones de las bases integradas del contrato, se advierte que los pagos establecidos en el contrato materia de controversia se encuentran supeditados al cumplimiento de lo indicado en los términos de referencia señalados para el contrato materia de controversia, el mismo que indica lo siguiente:

***"Artículo 176º.- Recepción y conformidad***

*La recepción y conformidad es responsabilidad del órgano de administración o, en su caso, del órgano establecido en las Bases, sin perjuicio de lo que se disponga en las normas de organización interna de la Entidad.*

*La conformidad requiere del informe del funcionario responsable del área usuaria, quién deberá verificar, dependiendo de la naturaleza de la prestación, la calidad, cantidad y cumplimiento de las condiciones contractuales, debiendo realizar las pruebas que fueran necesarias.*

(...)

*De existir observaciones se consignarán en el acta respectiva indicándose claramente el sentido de éstas, dándose al contratista un plazo prudencial para su subsanación, en función a la complejidad del bien o servicio. Dicho plazo no podrá ser menor de dos (2) ni mayor de diez (10) días calendario. Si pese al plazo otorgado, el contratista no cumpliese a cabalidad con la subsanación, la Entidad podrá resolver el contrato, sin perjuicio a aplicar las penalidades que corresponden."*

Esto es, luego de la recepción del servicio realizado por el Contratista debe efectuarse la conformidad y/o aceptación del servicio por parte de la Entidad Contratante para que proceda y/o se genere la obligación de la Autoridad Portuaria Nacional (APN) de cumplir con su contraprestación, esto es, el pago, requiriéndose para ello, la emisión del informe del funcionario responsable en el que deberá verificarse el cumplimiento de los términos de referencias y condiciones establecidas en las Bases y el Contrato.

La conformidad del entregable es otorgada siempre y cuando el contratista haya cumplido con las condiciones requeridas por las Bases y el Contrato. En este sentido, si se presenta una o más observaciones, el Contratista tendrá la posibilidad de subsanarlas dentro de los plazos establecidos en el Contrato.

Con relación a la conformidad y culminación de prestación del servicio esta constituye una certificación del cumplimiento de la ejecución del objeto contractual según los términos del contrato, la que es expedida una vez dada la conformidad a la prestación.

Lo establecido en el párrafo anterior es requisito indispensable para que la Entidad proceda a efectuar el pago del Contratista, ello se encuentra estipulado en el artículo

177° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado que expresa lo siguiente:

***"Artículo 177°.- Efectos de la conformidad***

*Luego de haberse dado la conformidad a la prestación se genera el derecho al pago del contratista. (...)"*

Teniendo en cuenta la norma aplicable a las controversias generadas en el presente proceso, tenemos que el pago solicitado por Verificación y Control de Datos SAC - VECODATA se genera respecto a:

- Los días de penalidad impuesto AL CONTRATISTA con respecto a la Presentación del Informe N° 02 o tercer entregable.

Sobre ello, se verifica que la empresa Verificación y Control de Datos SAC - VECODATA cumplió con presentar el informe N°02 o tercer entregable dentro del plazo establecido en el contrato, sin embargo, se observa que por parte de la Entidad ha existido observaciones fuera del plazo o en exceso conforme se verifica de la documentación que antecede, y el hecho de que haya existido observaciones y estas hayan sido levantadas a satisfacción de la Entidad, no generaría penalidad por cuanto estas están destinadas a satisfacer la rigurosidad del cliente, distinto sería el caso que la empresa contratista o demandante haya presentado fuera del plazo el informe N° 2 o tercer entregable, más aún que de la propia Carta N° 001-2013-APN/OTI de fecha 31 de enero de 2013 remitida por APN a Vecodata, manifiesta textualmente lo siguiente: "(...) En tal sentido, esta Autoridad considera que el contenido del informe de levantamiento aún contiene observaciones relacionadas a la definición de los procesos. Por tal motivo y de acuerdo a lo coordinado con ustedes, se adjunta al presente el documento con el detalle de las observaciones identificadas para la subsanación correspondiente, para lo cual su representada

cuenta con un plazo de 10 días calendarios (sip). Asimismo, se gestionará la agenda correspondiente de formalización de plazos considerando la importancia y el impacto del entregable en el objetivo del proyecto. (...)".

Que conforme se aprecia del texto transcrito y especialmente del subrayado mío, es la propia Entidad quien manifiesta su interés de la formalización de ampliación del plazo contractual para el cumplimiento del contrato, por lo que a todas luces se materializa en un acuerdo de voluntades que conlleva a evitar sanciones entre estas, por lo que se suma a mí entender ambas partes habrían llegado a consenso sobre la relación contractual dentro del marco jurídico aplicable para el presente caso, siendo esto así, el Árbitro Único, considera que la aplicación de la penalidad aplicada a la empresa demandante VECODATA SAC es nula y sin efecto legal, por lo que se ampara la pretensión del demandante en parte.

Ahora bien, en cuanto a los gastos arbitrales, el Árbitro Único, considera que ambas partes deben asumir sus propios gastos, costas y costos del arbitraje, por cuanto habrían tenido motivo suficiente para mantener su posición en sede administrativa y en tal sentido, se declara infundada en dicho extremo.

#### **DECISIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL:**

Estando a las consideraciones expuestas el Árbitro Único, en Derecho y Justicia, dentro del plazo fijado para tales efectos, **RESUELVE:**

**PRIMERO.- DECLÁRESE FUNDADA EN PARTE** la Primera Pretensión derivada de la demanda planteada por el Verificación y Control de Datos SAC - VECODATA respecto a reconocer y ordenar a la Autoridad Portuaria Nacional - APN la devolución del pago ascendente a S/. 44, 166.67 (Cuarenta y Cuatro mil Ciento Sesenta y Seis con 67/100 Nuevos Soles) por concepto de 50 días de penalidad por supuestamente

retraso injustificado en la presentación del tercer entregable, más sus respectivos intereses legales hasta la fecha de su cancelación o pago.

**SEGUNDO.- DECLÁRESE INFUNDADA** la Segunda Pretensión planteada por la Verificación y Control de Datos SAC y, en consecuencia, **ORDENA que cada parte asuma** los gastos arbitrales, las costas y costos generados por la tramitación del presente proceso arbitral.

**TERCERO.-** Notifíquese el presente laudo arbitral a la Dirección de Arbitraje Administrativo del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, para su conocimiento y publicación de acuerdo a ley, asimismo, manténgase en custodia el expediente arbitral por el plazo que señala la Ley de Arbitraje vigente.

Notifíquese a las partes.

**JIMMY PISFIL CHAFLOQUE**

Árbitro Único

**JAVIER ROJAS MUÑOZ**

Secretario Ad Hoc