

Laudo Arbitral de Derecho
Árbitro Único:

Dr. Carlos Alberto Matheus López.

Lima, 07 de octubre de 2015

4

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

Demandante:

Gilat To Home Perú S.A.

En adelante el **DEMANDANTE**, la **EMPRESA** o el **CONTRATISTA**.

Demandado:

Municipalidad Distrital de Carumas

En adelante la **DEMANDADA**, la **MUNICIPALIDAD** o la **ENTIDAD**.

Árbitro Único:

Carlos Alberto Matheus López.

Secretaria Arbitral:

Elizabeth Karem Ramos Lara.

RESOLUCIÓN N° 27

Lima, 07 de octubre de 2015.-

VISTOS:

I. ANTECEDENTES

Con fecha 10 de octubre de 2012, se suscribió el Contrato N° 58-2012-GM/MDC¹ derivado de la Adjudicación de Menor Cuantía N° 81-2012-CEP/MDT, para la Contratación del Servicio de Internet Satelital Banda Ancha para la Municipalidad Distrital de Carumas, para el Proyecto: "Mejoramiento del Servicio Informático de la Municipalidad Distrital de Carumas", entre la empresa Gilat To Home Perú S.A. y la Municipalidad Distrital de Carumas.

1. La Cláusula Décimo Sexta del Contrato establece lo siguiente:

"CLÁUSULA DÉCIMO SEXTA: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

¹ Ver el Medio Probatorio "5.1." del escrito de Contestación de Demanda de fecha 20 de agosto de 2014.

E

Dr. Carlos Alberto Matheus López.

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 valor de cosa juzgada y se ejecuta como una sentencia.”

Como consecuencia de las controversias relacionadas con la Resolución de Contrato realizada por la Municipalidad Distrital de Carumas, la empresa Gilat To Home Perú S.A. procedió a remitir la correspondiente solicitud de arbitraje, en aplicación del convenio arbitral contenido en la citada Cláusula Décimo Sexta del Contrato.

Por otro lado, en el numeral 7) del Acta de Instalación del Árbitro Único, se dispuso que en virtud a lo establecido en el Artículo 52° de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante el Decreto Legislativo N° 1017, el presente arbitraje será Nacional y de Derecho.

Asimismo, en el convenio arbitral se pactó que el laudo del presente proceso será vinculante para las partes, siendo definitivo e inapelable, tiene el valor de cosa juzgada y se ejecuta como una sentencia².

II. DESARROLLO DEL PROCESO

A. Actuación Preliminar del Árbitro Único

1. Con fecha 16 de junio de 2014, a las 10:30 horas, se llevó a cabo la Audiencia de Instalación de Árbitro Único en la sede institucional del Organismo

² Ver Cláusula Décimo Sexta del Contrato, ubicado en el Medio Probatorio "5.1." del escrito de Contestación de Demanda de fecha 20 de agosto de 2014.

Dr. Carlos Alberto Matheus López.

Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE, donde se reunieron el Dr. Carlos Alberto Matheus López, en su calidad de Árbitro Único; conjuntamente con el Dr. Antonio Corrales Gonzales, Director de la Dirección de Arbitraje Administrativo del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE, con el propósito de instalar el Tribunal Arbitral Unipersonal que se encargaría de resolver la presente controversia.

2. Con fecha 04 de julio de 2014, la empresa Gilat To Home Perú S.A. presentó su escrito de demanda, el mismo que fue proveído mediante Resolución N° 02 de fecha 14 de julio de 2014. Mediante la referida resolución, el Árbitro Único admitió a trámite el escrito de demanda arbitral presentado por la empresa Gilat To Home Perú S.A. con fecha 07 de julio de 2014; en consecuencia, se corrió traslado de dicho escrito a la Municipalidad Distrital de Carumas, a fin de que en el plazo de quince (15) días hábiles de notificado cumpla con contestarla y, de considerarlo conveniente, formule reconvención.
3. Con fecha 20 de agosto de 2014, y dentro del plazo concedido para ello, la Municipalidad Distrital de Carumas contestó la demanda negándola en todos sus extremos y solicitando que la misma sea declarada infundada. Mediante Resolución N° 04 de fecha 22 de agosto de 2014, el Árbitro Único tuvo por presentado el escrito de contestación de demanda y asimismo, otorgó a la Municipalidad Distrital de Carumas un plazo de cinco (5) días hábiles para que cumpliese con presentar el medio probatorio ofrecido denominado: "Expediente Administrativo N° 2801-2012" identificado en el numeral 5.9 del acápite "V.- MEDIOS PROBATORIOS".
4. Con escrito de fecha 16 de setiembre de 2014, la Municipalidad Distrital de Carumas no cumplió con presentar el medio probatorio solicitado, únicamente cumplió con adjuntar la "Carta N° GL-0439-2012 de fecha 06 de noviembre de 2012". Posteriormente, mediante Resolución N° 07 de fecha 26 de setiembre de 2014, el Árbitro Único tuvo por no cumplido el requerimiento realizado mediante Resolución N° 04 y procedió a admitir a trámite el escrito de contestación de demanda, el cual fuera complementado mediante escrito de fecha 16 de setiembre de 2014, en los términos que se expresaban, teniendo por ofrecidos únicamente los medio probatorios presentados por la Entidad demandada.
5. Mediante Resolución N° 10 de fecha 17 de octubre de 2014, se citó a las partes a la Audiencia de Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de

Dr. Carlos Alberto Matheus López.

Medios Probatorios para el día lunes 03 de noviembre de 2014 a horas 10:00 a.m., a efectos de (i) Determinar las cuestiones que serán materia de pronunciamiento del Árbitro Único; (ii) Admitir o rechazar los medios probatorios ofrecidos por las partes; y (iii) Disponer, de estimarlo conveniente, la realización de una o más audiencias referidas a las cuestiones que serán materia de pronunciamiento por el Árbitro Único.

6. Estando a la citación efectuada, en el día y hora fijados para ello, en la sede del arbitraje, se llevó a cabo la Audiencia de Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios dejándose constancia de la inasistencia de los representantes de la Municipalidad Distrital de Carumas a pesar de haber sido debidamente notificados para que asistan a dicha audiencia; como consecuencia de la referida inasistencia no se pudo intentar buscar una conciliación entre las partes, por lo que se procedió a fijar los puntos controvertidos respecto de cada una de las pretensiones planteadas. Acto seguido, se procedió a determinar las cuestiones materia del arbitraje.
7. En relación a los puntos controvertidos, referidos a las pretensiones de las partes, éstos fueron fijados de la siguiente manera:
 - **Derivados de la Demanda presentada por la empresa Gilat To Home Perú S.A.:**
 - i) Determinar si corresponde dejar sin efecto o no la Resolución de Alcaldía N° 508-2012-A/MDC y la Resolución de Alcaldía N° 557-2013-A/MDC, mediante las cuales se resuelve y confirma, respectivamente, aplicar la penalidad máxima por la suma de S/. 10,372.20 por supuesto retraso injustificado en la instalación del servicio de internet satelital banda ancha.
 - ii) Determinar si corresponde dejar sin efecto o no la Carta N° 027-2012-UA/SGA/MDC mediante el cual, la Municipalidad Distrital de Carumas comunicó el supuesto incumplimiento de servicio de internet.
 - iii) Determinar si corresponde ordenar o no a la Municipalidad Distrital de Carumas que proceda a dar cumplimiento a sus obligaciones contractuales derivadas del Contrato N° 58-2012-GM/MDC y efectué el pago de la Factura N° 00912660, ascendente a la suma de S/. 8,643.50, el cual debió efectuarse el 02 de enero de 2014, más los intereses legales correspondientes de conformidad con lo establecido en el Artículo 204º del

Dr. Carlos Alberto Matheus López.

finalidad de que las partes cumplan con ilustrar al Árbitro Único con cada una de la pretensiones materia de controversia.

11. Por motivos de fuerza mayor, la Municipalidad Distrital de Carumas mediante escrito de fecha 21 de noviembre de 2014, solicita la reprogramación de la Audiencia Especial de Ilustración, pedido que fue aceptado por el Árbitro Único mediante Resolución N° 13 de fecha 21 de noviembre de 2014, reprogramándose tal diligencia para el día martes 09 de diciembre de 2014 a horas 10:00 a.m. en la sede del arbitraje.
12. En la fecha y hora programada se llevó a cabo la Audiencia Especial de Ilustración únicamente con la asistencia de la parte demandante dejándose constancia de la inasistencia de su contraria, pese a encontrarse debidamente notificada. La parte asistente, cumplió con ilustrar al Árbitro Único respecto de cada una de las materias controvertidas, realizando éste las preguntas pertinentes, las cuales fueron respondidas por la dicha parte.
13. A través de Resolución N° 14 de fecha 16 de febrero de 2015, el Árbitro Único declaró el cierre de la etapa probatoria otorgando a las partes un plazo de cinco (5) días hábiles, a partir de notificadas, a fin de que presenten sus escritos de alegatos y conclusiones finales, y de ser el caso soliciten el uso de la palabra.
14. Con fecha 23 de febrero de 2015, la empresa Gilat To Home Perú S.A. solicita al Árbitro Único le otorgue un plazo adicional de cinco (5) días hábiles, a fin de que cumpla con presentar sus alegatos escritos. Ante dicho pedido, este Colegiado Unipersonal mediante Resolución N° 15 de fecha 24 de febrero de 2015, y en aplicación al principio de equidad concedió a las partes un plazo adicional de cinco (5) días hábiles, a partir de notificadas, a fin de que presenten sus escritos de alegatos y conclusiones finales, y de ser el caso soliciten el uso de la palabra.
15. Con fechas 04 y 05 de marzo de 2015, la empresa Gilat To Home Perú S.A. y la Municipalidad Distrital de Carumas, presentaron sus alegatos escritos dentro del plazo establecido para dichos efectos. Debe resaltarse, que del escrito presentado por la parte demandante, ésta presentó nuevos documentos los cuales, eran los siguientes: (i) Copia del Informe Técnico GTH Perú VOR-ITR2012-014 de fecha 22 de octubre de 2014; (ii) Copia de la Resolución N° 2013-003/Gilat Expediente 13-AT003 de fecha 23 de mayo de 2013; y, (iii) Copia de doce (12) Facturas correspondientes al servicio de internet.

Dr. Carlos Alberto Matheus López.

16. Tales escritos fueron proveídos mediante Resolución N° 17 de fecha 31 de marzo de 2015, a través de la cual se tuvieron por presentados los escritos de alegatos tanto de la parte demandada como de la parte demandante, poniéndose en conocimiento de los mismos a ambas partes y, se corrió traslado de los nuevos documentos a la Municipalidad Distrital de Carumas, para que en un plazo de cinco (5) días hábiles cumpla con expresar lo conveniente a su derecho. En la misma Resolución N° 17, el Árbitro Único citó a las partes a la Audiencia de Informes Orales, la cual se llevaría a cabo el día jueves 30 de abril de 2015 a horas 04:00 p.m. en la sede del arbitraje.

17. Por motivos de fuerza mayor, el Árbitro Único mediante Resolución N° 19 de fecha 17 de abril de 2015, reprogramó la Audiencia Informes Orales para el día jueves 07 de mayo de 2015 a horas 11:00 a.m. en la sede del arbitraje.

18. Mediante Resolución N° 20 de fecha 27 de abril de 2015, se dejó constancia de la falta de pronunciamiento de la Municipalidad Distrital de Carumas respecto al traslado conferido mediante Resolución N° 17 y, en tal sentido, a través de la citada Resolución N° 20, se procedió a admitir los documentos denominados: "*Copia del Informe Técnico GTH Perú VOR-ITR2012-014 de fecha 22 de octubre de 2014*"; "*Copia de la Resolución N° 2013-003/Gilat Expediente 13-AT003 de fecha 23 de mayo de 2013*"; y, "*Copia de doce (12) Facturas correspondientes al servicio de internet*", presentado por la empresa Gilat To Home Perú S. A. mediante escrito de fecha 04 de marzo de 2015.

19. Con escrito de fecha 06 de mayo de 2015, la empresa Gilat To Home Perú S.A. solicita al Árbitro Único que la Audiencia de Informes Orales sea reprogramada, pedido que fue aceptado mediante Resolución N° 22 de fecha 07 de mayo de 2015, reprogramándose tal diligencia para el día martes 09 de junio de 2015 a horas 09:00 a.m. en la sede del arbitraje.

20. En la fecha y hora programada para tales efectos, se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales, donde se dejó constancia de la inasistencia de la Municipalidad Distrital de Carumas, pese a haber sido debidamente notificada de la realización de dicha diligencia, conforme se desprende de los cargos de notificación que obran en el expediente. De esta manera, dicha audiencia se llevó a cabo sólo con la participación de la empresa Gilat To Home Perú S.A., cuya representante hizo uso de la palabra, formulando el Árbitro Único, luego de

l

Dr. Carlos Alberto Matheus López.

dicha exposición, las preguntas pertinentes, las mismas que fueron respondidas por la parte asistente.

21. A través de Resolución N° 23 de fecha 09 de junio de 2015, se ordenó a la Municipalidad Distrital de Carumas que cumpla, en un plazo no mayor de cinco (5) días hábiles de notificada con acreditar ante este Árbitro Único, lo siguiente: (i) Si ha cumplido con registrar en la página del SEACE los Nombres y Apellidos completos del Árbitro Único; y, (ii) Si ha cumplido con publicar en la página del SEACE, el Acta de Instalación del Árbitro Único de fecha 16 de junio de 2014; todo ello bajo apercibimiento, de que en caso de incumplimiento, se ponga en conocimiento de tales situaciones a la Dirección de Arbitraje Administrativo del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE.
22. En vista del reiterado incumplimiento de la Municipalidad Distrital de Carumas, este Árbitro Único de conformidad con el apercibimiento realizado mediante la referida Resolución N° 23, procedió a emitir la Resolución N° 24 de fecha 13 de julio de 2015, poniendo en conocimiento de la Dirección de Arbitraje Administrativo del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE dicha situación y, precisándose además que dicho actuar, será de exclusiva responsabilidad de la Entidad demandada, de conformidad con la normativa de contrataciones vigente.
23. Mediante Resolución N° 25 de fecha 13 de julio de 2015, se declaró el cierre de la instrucción del proceso arbitral y, se fijó en treinta (30) días hábiles el plazo para la expedición del respectivo laudo arbitral, el cual podrá ser prorrogado, de ser el caso, conforme a lo establecido en el numeral 46) del Acta de Instalación de Árbitro Único de fecha 16 de junio de 2014, por un período adicional de treinta (30) días hábiles adicionales.
24. Posteriormente, mediante Resolución N° 26 de fecha 21 de agosto de 2015, el Árbitro Único amplió el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles adicionales, conforme a lo dispuesto en el numeral 46) del Acta de Instalación de Árbitro Único, precisándose que el nuevo plazo empezaría a computarse a partir del vencimiento del plazo inicial.

III. CONSIDERACIONES DEL ÁRBITRO ÚNICO

III.1.- CUESTIONES PRELIMINARES

Antes de entrar a analizar la materia controvertida, corresponde confirmar lo siguiente:

- (i) Que el Árbitro Único se constituyó de conformidad con el convenio arbitral suscrito por las partes.
- (ii) Que en momento alguno se recusó al Árbitro Único, o se impugnó o reclamó contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación.
- (iii) Que la empresa Gilat To Home Perú S.A. presentó su demanda dentro de los plazos dispuestos.
- (iv) Que la Municipalidad Distrital de Carumas fue debidamente emplazado con la demanda y ejerció plenamente su derecho de defensa, habiendo cumplido con presentar su contestación de demanda.
- (v) Que las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como también tuvieron la facultad de presentar alegatos o solicitar el uso de la palabra para informar ante el Árbitro Único, lo que sucedió a través de la Audiencia de Informes Orales.
- (vi) Que, de conformidad con las reglas establecidas en el Acta de Instalación del Árbitro Único, las partes han tenido oportunidad suficiente para plantear recurso de reconsideración contra cualquier resolución -distinta al laudo emitida en el presente proceso arbitral- que se hubiere dictado con inobservancia o infracción de una regla contenida en el Acta de Instalación, una norma de la Ley, del Reglamento o del Decreto Legislativo N° 1071, habiéndose producido así la renuncia al derecho a objetar conforme lo señala la misma Acta de Instalación.
- (vii) Que, el Árbitro Único ha procedido a laudar dentro de los plazos establecidos en las reglas del proceso, los cuales fueron aceptados por las partes.

III.2.- MATERIA CONTROVERTIDA

De acuerdo con lo establecido en la Audiencia de Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios de fecha 03 de noviembre de 2014, 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 uno de derecho, corresponde al Árbitro Único pronunciarse respecto de cada uno de los puntos controvertidos teniendo en cuenta el mérito de las pruebas aportadas al proceso para determinar en base a

l

Dr. Carlos Alberto Matheus López.

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 las ofreció. Ello concuerda con la definición de dicho principio, la cual 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"³

El Árbitro Único deja constancia que al emitir el presente laudo arbitral ha valorado la totalidad de medios probatorios ofrecidos y admitidos a trámite en el proceso arbitral valiéndose de las reglas de la sana crítica o apreciación razonada, siendo que la no indicación expresa a alguno de los medios probatorios obrantes en autos o hechos relatados por las partes no significa de ningún modo que tal medio probatorio o tal hecho no haya sido valorado, por lo que este Tribunal Arbitral Unipersonal deja establecido que en aquellos supuestos en los que este laudo arbitral hace referencia a algún medio probatorio o hecho en particular, lo hace atendiendo a su estrecha vinculación, trascendencia, utilidad y pertinencia que a criterio del Árbitro Único tuviere respecto de la controversia materia de análisis.

³ TARAMONA HERNÁNDEZ., José Rubén. "Medios Probatorios en el Proceso Civil". Ed.: Rodhas, 1994, n. 35.

Dr. Carlos Alberto Matheus López.

14

Que, adicionalmente debe precisarse que, los puntos controvertidos constituyen una referencia para el análisis que debe efectuar el Árbitro Único, pudiendo en consecuencia realizar un análisis conjunto de los mismos en aquellos casos en los que se encuentren íntimamente ligados, por lo que en ese sentido, el Árbitro Único considera que el análisis debe realizarse de acuerdo a la forma siguiente:

III.2.1.- PUNTOS CONTROVERTIDOS DE LA DEMANDA

1. PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde dejar sin efecto o no la Resolución de Alcaldía N° 508-2012-A/MDC y la Resolución de Alcaldía N° 557-2013-A/MDC, mediante las cuales se resuelve y confirma, respectivamente, aplicar la penalidad máxima por la suma de S/. 10,372.20 por supuesto retraso injustificado en la instalación del servicio de internet satelital banda ancha.

1.1 POSICIÓN DEL CONTRATISTA

El Contratista ampara su pedido en los siguientes fundamentos de hecho y de derecho:

Con fecha 10 de octubre de 2012, la Entidad y la empresa Gilat To Home Perú S.A. suscribieron el Contrato N° 58-2012-GM/MDC, cuyo objeto fue la contratación del servicio de internet satelital banda ancha para el proyecto denominado: "Mejoramiento del Servicio Informático de la Municipalidad Distrital de Carumas".

En la Cláusula Quinta del Contrato, se estableció que el plazo de ejecución para la prestación del servicio era de doce (12) meses. Sin embargo, la empresa Gilat To Home Perú S.A. debía efectuar la instalación de los equipos VSAT en un plazo no mayor de cinco (5) días, contados a partir del día siguiente de la firma del contrato (esto es, del 11 de octubre de 2012 al 15 de octubre de 2012).

El 11 de octubre de 2012, la empresa Gilat To Home Perú S.A. realizó la instalación de los equipos, emitiéndose un Acta de Aceptación en la que se señalaba que se habían realizado los trabajos de instalación a entera satisfacción del cliente, sin que se le haya causado perjuicio alguno; sin embargo, dicho documento no fue suscrito por algún representante de la Entidad.

15

Dr. Carlos Alberto Matheus López.

15

Mediante Carta N° 027-2012-UA/SGA/MDC, enviada por correo electrónico con fecha 31 de octubre de 2012, la Entidad manifestó que: "(...) el servicio no cumple con lo solicitado y lo ofrecido, asimismo no hay preocupación de su parte en entregar el servicio adecuado, no existe un acta de conformidad de instalación de servicio ni prueba, en consecuencia si no cumplen con lo antes indicado, la Municipalidad no generará ninguna conformidad de servicio ya que aún no se cuenta con el mismo", otorgándole a su representada un plazo de un (1) día para "regularizar" el servicio.

La Contratista hace mención, que la Entidad no ha señalado de manera expresa cuál es el incumplimiento que requiere sea subsanado, ni adjunta los documentos que sustentan su observación, como son: los informes N° 402-2012-OAJ/MDC, N° 026-2012-AAODC-UIC/MDC, N° 012-2012-AAODC-UIC/MDC y N° 027-2012-LSHB-RO-SGI-MD, supuestamente emitidos por el residente, área usuaria y asesoría legal.

El 06 de noviembre de 2012, la empresa Gilat To Home Perú S.A. remitió a la Entidad dos comunicaciones, mediante las cuales se realizaron diversos requerimientos, a fin de llevar a cabo la subsanación de las supuestas observaciones, dentro del plazo establecido en el Artículo 176° del Reglamento.

Ante ello, con fecha 21 de noviembre de 2012, se firmó el documento denominado Formato de Instalación, el cual fue suscrito en señal de conformidad por el señor Alejandro Ortega del Carpio de la Unidad de Informática y Comunicaciones de la Entidad, así como por la Ing. Liliana Begazo representantes del área usuaria de la Entidad, en los cuales se señala expresamente que el "11 de octubre de 2012 se realizó la instalación física de los equipos, cableado".

La Entidad mediante Carta N° 082-2013-GM/MDC de fecha 18 de octubre de 2013, adjunta la Resolución de Alcaldía N° 508-2012-A/MDC en la cual se resuelve aplicar la penalidad máxima por la suma de S/. 10,372.20 por mora en la Instalación del Servicio de Internet Satelital Banda Ancha. Sin embargo, en dicha resolución no se especifica la fecha en la cual supuestamente se habría cumplido con la instalación de los equipos y, por ende, justifique la penalidad aplicada.

Con fecha 11 de noviembre de 2013, la empresa Gilat To Home Perú S.A. presentó recurso de reconsideración contra la citada Resolución de Alcaldía N° 508-2012-
A/MDC.

Y

El 18 de diciembre de 2013, la Entidad emite la Resolución de Alcaldía N° 557-2013-A/MDC, mediante la cual resuelve declarar infundado el recurso de reconsideración presentado por la empresa Gilat To Home Perú S.A.

Mediante Carta N° GL-109-2014 de fecha 06 de marzo de 2014, la Contratista solicitó a la Entidad acudir a arbitraje en aplicación de la Cláusula Décimo Sexta del Contrato N° 58-2012-GM/MDC, sin que la Entidad haya atendido el requerimiento efectuado.

Por otro lado, la demandante refiere que las penalidades por mora tienen por finalidad, incentivar al contratista a cumplir con los plazos establecidos en el contrato; por tanto, se deduce que la penalidad por mora sanciona el retraso en la ejecución de las prestaciones a cargo de los contratistas, constituyéndose como el mecanismo coercitivo idóneo para asegurar el cumplimiento oportuno de las obligaciones asumidas por ellos.

Adicionalmente a ello, la aplicación de la penalidad por mora cumple una función resarcitoria de los eventuales daños y perjuicios que el contratista haya ocasionado a la Entidad con su cumplimiento tardío, la cual se concibe como un mecanismo destinado a fijar la reparación en caso de cumplimiento tardío y siempre que este incumplimiento sea imputable al Contratista.

Al respecto, corresponde traer a colación lo establecido en la Cláusula Quinta del Contrato N° 58-2012-GM/MDC, cuyo tenor es el siguiente:

"CLÁUSULA QUINTA: INICIO Y CULMINACIÓN DE LA PRESTACIÓN

El plazo de ejecución de la prestación se extenderá desde el día siguiente de la suscripción del contrato por un periodo de 365 días (12 meses). Sin embargo el contratista deberá efectuar la instalación de los equipos VSAT en un plazo no mayor de cinco (05) días contados a partir del día siguiente de suscrito el contrato."

Sobre el particular, conforme se ha señalado, con fecha 11 de octubre de 2012, el Contratista refiere que procedió a realizar la instalación de los equipos VSAT; es decir, dicha actividad se realizó dentro del plazo establecido en la cláusula. Por lo tanto, el efectuar la instalación de los equipos oportunamente permitió tener el servicio operativo desde el día 15 de octubre de 2012, conforme se puede apreciar

6.

Dr. Carlos Alberto Matheus López.

de la gráfica del tráfico de servicio de internet satelital banda ancha para la Municipalidad Distrital de Carumas, correspondiente al mes de octubre de 2012, con el cual se demuestra el cumplimiento de nuestras obligaciones llegando inclusive a velocidades superiores al mínimo garantizado.

Asimismo, el demandante manifiesta que de un análisis lógico de los hechos expuestos, puede advertirse que para tener el servicio operativo desde el 15 de octubre de 2012, la instalación de los equipos VSAT debió realizarse con anterioridad. Por ende, estaría comprobado que la empresa Gilat To Home Perú S.A. cumplió con instalar los equipos dentro del plazo otorgado en la Cláusula Quinta del presente contrato; es decir, el día 11 de octubre de 2012, como consta del Formato de Instalaciones, en el cual se indicó que se dejaba la estación operativa.

Sumado a ello, manifiesta también que mediante Formato de Instalación - el cual fue suscrito en señal de conformidad por el señor Alejandro Ortega del Carpio de la Unidad de Informática y Comunicaciones de la Entidad, así como por la Ing. Liliana Begazo representantes del área usuaria de la Entidad- se señaló expresamente que el "11-10-2012 se realizó la instalación física de los equipos, cableado", ratificándose con ello que el Contratista cumplió con sus obligaciones contractuales, dentro del plazo establecido y, por lo tanto no incurrió en mora.

En tal sentido, si el contrato fue suscrito el 10 de octubre de 2012 y la demandante ha acreditado fehacientemente que realizó la instalación de los equipos al día siguiente; esto es, el 11 de octubre de 2012, ello implica que si cumplió con su obligación y dentro del plazo establecido en la Cláusula Quinta del Contrato.

Ahora bien, la demandante cita a Messineo indicando que, desde el punto de vista de su ejecución, los contratos se clasifican en contratos de ejecución única y contrato de duración, siendo que un contrato será de "ejecución única", cuando se ejecuta en un solo acto que agota su finalidad, y será de duración cuando su ejecución se distribuye en el tiempo para alcanzar el fin requerido por las partes.

De otro lado, los contratos "de duración" se clasifican a su vez en contratos de ejecución continuada y de ejecución periódica.

Añade también que para Messineo el contrato es de ejecución periódica cuando

E.

, Dr. Carlos Alberto Matheus López.

fechas establecidas de antemano (por ejemplo, renta y contrato vitalicio; venta en uno de sus particulares aspectos, o bien intermitentes, a pedido de una de las partes (ejemplo, cuenta corriente, apertura de crédito en cuenta corriente, seguro de abono)."

Por otro lado, cita a DE LA PUENTE Y LAVALLE indicando que, las prestaciones parciales en el caso de los contratos de ejecución periódica, están referidas a las diversas prestaciones que los contratistas deberán realizar de forma continuada en el tiempo durante el trámite de la ejecución de un contrato de ejecución periódica. En este tipo de contratos, el contratista deberá efectuar las mismas prestaciones repetidamente en el tiempo, mientras la obligación se encuentre vigente.

Al respecto, el Contratista se remite a lo dispuesto en el Artículo 166º del Reglamento el cual establece que, para efecto de aplicación de las penalidades, tanto el monto como el plazo se refieren, según corresponda, al contrato o ítem que debió ejecutarse, o, en caso que estos involucran obligaciones de ejecución periódica, a la prestación parcial que fuera materia del proceso.

Sobre el particular, atendiendo a las definiciones antes señaladas, del análisis del Contrato N° 58-2012-GM/MDC, se advierte que éste sería de naturaleza mixta, toda vez que:

- Tiene una primera actividad – instalación de los equipos VSAT – que podría entenderse como una "ejecución única" y para la cual hay un único pago, de conformidad con lo señalado en la Cláusula Cuarta del Contrato; y,
- Tiene una segunda actividad – servicio de internet satelital – que podría entenderse como "de duración", dado que su pago es mensual y es 1/12 del monto correspondiente, según lo establecido en la Cláusula Cuarta del Contrato.

Por lo expuesto, el Contratista reitera que es evidente que el servicio de internet es uno de "ejecución única", sin embargo, no se tiene certeza de cuál ha sido el criterio aplicado por la Entidad y cuándo consideran ellos que se realizó la instalación de los equipos, toda vez que: (i) han pagado las facturas por la actividad de instalación de equipos, con lo cual se entiende han emitido la conformidad; y, (ii) han venido pagando mensualmente por el servicio de internet,

, Dr. Carlos Alberto Matheus López.

el cual como se ha indicado no podría realizarse si no se tienen instalados los equipos.

Sobre el particular, su representada considera que el actuar de la Entidad se sustenta en la doctrina de los actos propios, la cual señala que no es posible realizar dos actos contradictorios vinculados, en el que el primero ha generado una seguridad o expectativa en otro individuo y en el segundo lo perjudica, como ha ocurrido en el presente caso, dado que por un lado la Entidad realiza el pago por la instalación de equipos y ha venido realizando el pago mensual por el servicio de internet; pero, por otro lado - un año después - pretende desconocer dicho acto y aplicar una penalidad por una supuesta demora, actuación que a nuestro entender resulta de por si contradictoria.

La doctrina de los actos propios, encuentra su base en el principio general de la Buena Fe, que puede aplicarse al ámbito administrativo, tal como señala Héctor Maizal: "(...) *la doctrina de los propios actos, derivación importante del principio de la buena fe, puede alegar, pues los argumentos que vienen de exponerse para sostener su vigencia respecto de la Administración Pública. Más allá de la ventaja procesal o patrimonial que el desconocimiento del factum propium puede representar para el fisco, el intérprete debe valorar el nocivo efecto cívico que tal desconocimiento acarrea, al sorprender a los particulares con cambios de actitud que no serían tolerados en el derecho privado y, a la inversa, la repercusión moralizadora de un Estado que posterga un beneficio inmediato para dar el ejemplo de su conducta consistente y confiable (...)*".

En nuestra legislación, se encuentra recogida en el Principio de Conducta Procedimental, previsto en el numeral 1.8. del artículo IV del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General - Ley N° 27444, en la que se señala: "*La autoridad administrativa, los administrados, sus representantes o abogados y, en general, todos los partícipes del procedimiento, realizan sus respectivos actos procedimentales guiados por el respeto mutuo, la colaboración y la buena fe. Ninguna regulación del procedimiento administrativo puede interpretarse de modo tal que ampare alguna conducta contra la buena fe procesal*".

En tal sentido, tenemos que el Principio de Conducta Procedimental, se basa en dos fundamentos: (i) en una conducta originaria; y, (ii) en la expectativa o confianza generada sobre la base de esa conducta. Por lo tanto, una efectiva

Dr. Carlos Alberto Matheus López.

directa a dicho principio, es actuar en sentido contrario a sus propios actos, tal como se desprende del actuar de la Entidad, toda vez que después de un año, con un acto posterior pretende desconocer la confianza ya generada (realizar pagos por la instalación y servicios de internet).

Conforme se ha señalado, el Contratista ratifica que la Entidad, de manera arbitraria e injustificada, mediante Resolución de Alcaldía N° 508-2012-A/MDC procedió a aplicarles la penalidad máxima por la suma de S/. 10,372.20 Nuevos Soles, bajo un supuesto y negado retraso injustificado en la instalación del servicio de internet satelital.

La empresa Gilat To Home Perú S.A. precisa que, previo a la emisión de la citada resolución, la Entidad emitió la Carta N° 027-2012-UA/SGA/MDC, comunicación que no fue notificada en su domicilio legal indicado en el contrato suscrito entre ambas partes, dado que la misma fue enviada mediante correo electrónico, sin que la Contratista haya autorizado este tipo de notificación y, que dicho documento carece de todo fundamento técnico y/o jurídico, dado que no alcanzó o adjuntó los supuestos informes que respaldan las observaciones que realiza.

Por su parte, el Contratista resalta que de haber existido observaciones, la Entidad debió evidenciar claramente el sentido de éstas, otorgándoles un plazo prudencial para su subsanación, en función a la complejidad del bien o servicio, plazo que no podía ser menor de dos (2) ni mayor de diez (10) días calendario, de conformidad con lo señalado en el Artículo 176º del Reglamento.

Pese a ello, la Entidad no cumplió con dicha formalidad, dado que remitió la observación por un medio no acordado por las partes, no identificó la observación que requería ser subsanada, toda vez que la Entidad pese al requerimiento realizado, no adjuntó los informes que supuestamente ampararían sus observaciones y, no otorgó el plazo establecido en la normativa para su subsanación, ya que otorgó el plazo de un (1) día para subsanar observaciones que no fueron identificadas por la Entidad; por tales motivos, la demandante requiere que se deje sin efecto la Carta N° 027-2012-UA/SGA/MDC.

Hecha dicha precisión, la demandante señala que la Resolución de Alcaldía N° 508-2012-A/MDC, mediante la cual se resuelve aplicar el máximo de penalidad a la empresa Gilat To Home Perú S.A, no ha sido debidamente motivada, dado que del

Dr. Carlos Alberto Matheus López.

de su representada, ciñéndose únicamente a señalar que la instalación debió realizarse en una plazo de cinco (5) días, obligación que el Contratista cumplió con realizar dentro del plazo contractual, conforme se ha indicado en los párrafos precedentes.

Adicionalmente, el Contratista reitera que la Entidad confirmó su decisión mediante Resolución de Alcaldía N° 557-2013-A/MDC de fecha 18 de diciembre de 2013, ésta última emitida en atención a su recurso de reconsideración, cuyos argumentos solicita sean tomados a fin de dejar sin efecto las Resolución de Alcaldía N° 508-2012-A/MDC y Resolución de Alcaldía N° 557-2013-A/MDC, toda vez que dichas resoluciones aplican una penalidad por un supuesto incumplimiento, sin tener presente lo siguiente:

- De conformidad con lo dispuesto en los Artículos 176 y 181° del Reglamento, la Entidad una vez cumplida la prestación por parte del Contratista -instalación de los equipos-, debió otorgar la conformidad o realizar observaciones en un plazo no mayor de diez (10) días calendarios de ser recibida la prestación, situación que no fue cumplida por la Entidad;
- La Entidad no ha cumplido hasta la fecha, con identificar las observaciones al servicio (Informes que sustentarían un supuesto incumplimiento por parte del Contratista), a fin de permitir a la demandante subsanar las observaciones, de haber existido. Por lo tanto, al no haber evidenciado claramente sus observaciones, entendemos que el servicio de instalación es conforme y ha sido realizado dentro de los plazos previstos contractualmente para tal efecto.
- La Resolución de Alcaldía N° 508-2012-A/MDC, contraviene el debido proceso, al no haber expresado las razones o justificaciones objetivas de su decisión, siendo tal principio un mecanismo de todo Estado Constitucional de Derecho a fin de limitar la arbitrariedad de la actuación de la Administración Pública.

Por todo lo expuesto, la demandante considera que las resoluciones emitidas por la Entidad contravienen expresamente lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 3° de la Ley del Procedimiento Administrativo General - Ley N° 27444, al carecer de motivación, así como lo establecido en el numeral 1.2. del artículo IV de la citada Ley, relacionada con el debido procedimiento.

1.2 POSICIÓN DE LA ENTIDAD

A continuación se reseñan los fundamentos de hecho y de derecho a los que hace referencia la Municipalidad Distrital de Carumas, respecto a este punto controvertido:

La Entidad demandada indica que en la cláusula quinta del Contrato N° 58-2012-GM/MDC, se estableció que el plazo de ejecución de la prestación se extenderá desde el día siguiente de la suscripción del contrato, por un periodo de 365 días (12 meses). Sin embargo, el Contratista debía efectuar la instalación de los equipos VSAT en un plazo no mayor a cinco (5) días contados a partir del día siguiente de suscrito el Contrato.

Respecto al párrafo precedente, la Municipalidad Distrital de Carumas refiere que su contraparte no cumplió en realizar la instalación de los equipos VSAT en el plazo de cinco (5) días, es decir, el día 15 de octubre de 2012, debieron de estar instalados los equipos VSAT; sin embargo ello no ocurrió, así como la demandante en forma maliciosa trata de hacer creer, cuando señala que realizaron los trabajos de instalación a entera satisfacción del cliente, sin que haya causado perjuicio alguno.

Asimismo, señala que emitió el Acta de Aceptación documento que no fue suscrito por ningún representante de la Entidad, es cierto, que el representante no suscribió dicha acta puesto que no se encontraba de acuerdo a lo establecido por la cláusula novena del Contrato, la misma que señala que: *"(...) de existir observaciones se consignaran en el acta respectiva, indicándose claramente el sentido de estas dándose al Contratista un plazo prudencial para su subsanación, en función a la complejidad del servicio (...)"*.

Es decir, el acta de aceptación que señala la demandante, es un formato de instalaciones emitido por la Gerencia de Campo Departamento de Mantenimiento de Red de la empresa Gilat To Home Perú S.A. de fecha 11 de octubre de 2012, del cual se desprende que el responsable es el Ing. Wenceslao Quispe Chacnama, con D.N.I. N° 44817641, el mismo que firma a un costado, el Ing. que atendió el Hub. Marco Olacua y de la otra parte, Alejandro Ortega del Carpio con D.N.I. N° 42444425, responsable de la Unidad de Informática y Comunicaciones de la Municipalidad Distrital de Carumas, el mismo que no firma, es decir, que al no firmar este formato es porque su representante no estuvo de acuerdo con las

Dr. Carlos Alberto Matheus López.

23

instalaciones y servicio ofrecido por la empresa; en consecuencia, no da conformidad a la instalación, configuración y puesta en marcha del servicio, tal como lo establece expresamente el inciso 2 de la Cláusula Cuarta del Contrato.

Ahora, respecto a la conformidad del servicio ésta se encuentra regulada en el Artículo 176º del Reglamento de la Ley de Contrataciones, el cual indica que: "(...) *la recepción y conformidad es responsabilidad del órgano de administración o, en su caso, del órgano establecido en las bases (...), la conformidad requiere del informe del funcionario responsable del área usuaria, quien deberá dependiendo de la naturaleza de la prestación, la calidad, la cantidad y cumplimiento de las condiciones contractuales, debiendo de realizar las pruebas que fueran necesarias (...)".*

Para este caso, al 15 de octubre de 2012, fecha que culmina el vencimiento del servicio de instalación de los equipos VSAT, la Entidad demandada indica que no existe documento alguno de conformidad emitida por el área usuaria unidad de informática y comunicaciones de la Municipalidad Distrital de Carumas, muy por el contrario, según Informe N° 026-2013-AAODC-U1C/MDC de fecha 15 de octubre de 2013, emitido por Alejandro Ortega del Carpio informa que la empresa Gilat To Home Perú S.A. a la fecha no ha cumplido en su totalidad con el objeto del Contrato indicando más bien que se encuentra observado, hecho que con Informe N° 012-2013-LSBH-RO-SGI/MDC. de fecha 17 de octubre de 2012, la Ing. Liliana Begazo Herrera, residente de obra, corrobora y peticiona la anulación de servicio informático, señalando que se ha verificado el incumplimiento del contrato de parte de la Contratista, respecto al servicio de instalación propuesto por éste, al haber observado 23 días calendarios hasta dicha fecha y, con Informe N° 027-2012-AAODC/U1C/MDC. de fecha 23 de octubre de 2012, Alejandro Ortega del Carpio informa que en forma reiterativa la demandante ha incumplido en levantar las observaciones.

Con Carta N° 027-2012-UA/SGA/MDC. de fecha 30 de octubre de 2012, Jubencio Clebert Checalla Centeno, Jefe de la Unidad de Abastecimientos de la Municipalidad Distrital de Carumas, comunica a la demandante el incumplimiento de entrega de servicio de internet, indicándole que no está cumpliendo con el servicio solicitado y lo ofrecido por su representada; asimismo, le indica que no existe un acta de conformidad de instalación de servicio ni prueba, en consecuencia la Municipalidad Distrital de Carumas no generará ninguna conformidad de servicios, al citado documento adjunta los informes señalados en el párrafo precedente.

l
h

Dr. Carlos Alberto Matheus López.

En respuesta a esta carta la empresa Gilat To Home Perú S.A. remite la Carta S/N de fecha 30 de octubre de 2012, comunicando el cumplimiento de las instalaciones indicando que el servicio que brindaran cumplirán las siguientes características: (i) velocidad contratada de 2048/1084 Kbps; (ii) velocidad garantizada de 1024/512 Kbps; (iii) latencia 750 ms en promedio, medios entre el modem satelital y la estación central satelital de Gilat Perú; motivo por el cual, solicita la incorporación de una etapa denominada pruebas y configuraciones la cual deberá iniciarse desde el 12 de octubre al 30 de noviembre de 2012, para el inicio de la prestación de servicios.

Esa carta fue recepcionada el 06 de noviembre de 2012, hecho que difiere con la fecha de inicio de pruebas, resultando imposible que las pruebas y configuraciones se inicien con fecha 12 de octubre, puesto que la carta es recepcionada con fecha posterior; sin embargo, con esta carta la demandante estaría probando claramente que su representada, tenía y tiene pleno conocimiento sobre el retraso de la instalación, configuración y puesta en marcha del servicio, por otro lado queda claro, que la conformidad del servicio requiere del informe del funcionario responsable del área usuaria, por lo que la unidad de informática y comunicaciones de la Municipalidad Distrital de Carumas, no emitió conformidad al 15 de octubre de 2012, sino al 21 de noviembre de 2012 a través de Informe N° 030-2012-AAODCU1C/MDC en consecuencia, la demandante tendría un periodo de retraso para la instalación de los equipos VSAT de 37 días calendarios, causando serios daños y perjuicios a la Entidad demandada, puesto que al no contar con la instalación de los equipos VSAT tampoco se pudo contar con el servicio de internet satelital a cargo de la empresa Gilat To Home Perú S.A. pues para cubrir esta deficiencia, la Entidad demandada contrató los servicios de internet en forma provisional hasta superar este impasse a la empresa Colinanet, tal como lo pruebo con los comprobantes de pago.

Asimismo, la Entidad demandada señala que no es cierto que, como afirma la demandante, ésta no haya indicado de manera expresa cual es el incumplimiento que requiere ser subsanado, ni adjunta documentos para su observación, como son: Informe N° 402-2012-0AJ/MDC, Informe N° 26- 2012-AAODC-UIC/MDC, Informe N° 012-2012-AAODC-UIC/MDC y el Informe N° 027-2012-LSHB-RO-SGI-MDC. No obstante, la demandada, refiere que con Carta S/N de fecha 06 de noviembre de 2012, su contraria comunicó el cumplimiento de la instalación física

Dr. Carlos Alberto Matheus López.

de equipamiento e infraestructura para el servicio de Internet satelital; es decir, la demandante reconoce que no se realizó ninguna instalación física de equipamiento e infraestructura para el servicio de internet satelital, es por ello que solicitan la incorporación de una etapa de pruebas y configuraciones la misma que inicia el día 12 de octubre al 30 de noviembre de 2012.

La Municipalidad Distrital de Carumas, también añade que no es cierto que su contraparte emitió dos comunicaciones mediante los cuales se realizaron diversos requerimientos, a fin de llevar a cabo la subsanación de las supuestas observaciones.

Por otro lado, con fecha 21 de noviembre de 2012 se firmó el formato de instalación el cual fue suscrito en señal de conformidad por Alejandro Ortega del Carpio de la Unidad de Informática y Comunicaciones de la Municipalidad Distrital de Carumas y la Ing. Lillian Begazo residente de obra. Asimismo, la Entidad manifiesta que se puede advertir que al 11 de octubre de 2012, se realizó la instalación física de los equipos y cableado, esto no quiere decir que a esta fecha el servicio se encuentre operativo, o que se le haya emitido informe de conformidad del área usuaria.

Mediante Carta N° 082-2013-GM/MDC se notifica a la demandante la Resolución de Alcaldía N° 508-2012-A/MDC que resuelve aplicar la penalidad de S/. 10,372.20 Nuevos Soles por el incumplimiento injustificado del Contrato N° 58-2012-GM/MDC que corresponde la aplicación de penalidad del 10% (monto máximo) del contrato, resolución que fuera reconsiderada por la empresa Gilat To Home Perú S.A. y confirmada y agotada la vía administrativa con Resolución N° 557-2013-A/MDC con fecha 18 de Diciembre del 2013.

1.3 POSICIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO

Para llevar a cabo un análisis de este punto controvertido es preciso hacer un recuento de los hechos relacionados de forma directa con la controversia; así como, respecto a la suscripción del Contrato y a los documentos denominados: "Resolución de Alcaldía N° 508-2012-A/MDC de fecha 04 de octubre de 2012 y la Resolución de Alcaldía N° 557-2013-A/MDC de fecha 18 de diciembre de 2012" - materia de cuestionamientos- por medio de los cuales, se resuelve y confirma, respectivamente, aplicar la penalidad máxima por la suma de S/. 10,372.20 (Diez



Dr. Carlos Alberto Matheus López.

injustificado en la instalación del servicio de internet satelital banda ancha, documentos que fueran emitidos por la Municipalidad Distrital de Carumas.

Así, esta controversia deriva del Contrato N° 58-2012-GM/MDC⁴ (en adelante el Contrato) para la Contratación del Servicio de Internet Satelital Banda Ancha para la Municipalidad Distrital de Carumas, para el Proyecto: "Mejoramiento del Servicio Informático de la Municipalidad Distrital de Carumas", derivado de la Adjudicación de Menor Cuantía N° 81-2012-CEP/MDT, celebrado entre la empresa Gilat To Home Perú S.A. y la Municipalidad Distrital de Carumas con fecha 10 de octubre de 2012, por la suma de S/. 103,722.00 (Ciento Tres Mil Setecientos Veintidós y 00/100 Nuevos Soles), incluido I.G.V.

El objeto del citado Contrato se encuentra establecido en la Cláusula Segunda del mismo, que señala:

"CLÁUSULA SEGUNDA: OBJETO

*CONTRATACIÓN DEL SERVICIO DE INTERNET SATELITAL BANDA ANCHA
PARA LA MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE CARUMAS. Para el Proyecto
"MEJORAMIENTO DEL SERVICIO INFORMATICO DE LA MUNICIPALIDAD
DISTRITAL DE CARUMAS".*

De lo establecido en la Cláusula Décimo Sexta del Contrato N° 58-2012-GM/MDC para la Contratación del Servicio de Internet Satelital Banda Ancha para la Municipalidad Distrital de Carumas, se puede apreciar que todos los conflictos que se susciten durante la etapa de ejecución contractual, deberán solucionarse de manera definitiva e inapelable mediante arbitraje de derecho.

Asimismo, debe precisarse que las condiciones, requisitos y obligaciones de las partes, se encuentran enmarcadas dentro de la Normatividad de Contrataciones del Estado aplicable, esto es: i) La Ley de Contrataciones del Estado - Decreto Legislativo N° 1017; ii) El Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado - Decreto Supremo N° 184-2008-EF, modificado mediante Decreto Supremo N° 138-2012-EF; iii) Las Directivas que emita el OSCE; iv) El Código Civil Peruano y, v) Demás normativa especial que resulte aplicable.

⁴ Ver el Medio Probatario "E-1" del escrito de Contestación de Demanda de fecha 20 de agosto de 2014.

- Dr. Carlos Alberto Matheus López.

Luego de haber establecido el marco legal mediante el cual se procederán a analizar las controversias surgidas, este 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 mencionado Contrato N° 58-2012-GM/MDC.

Al respecto, debemos indicar que el presente Contrato tiene como objeto la Contratación del Servicio de Internet Satelital Banda Ancha para la Municipalidad Distrital de Carumas, para el Proyecto: "*Mejoramiento del Servicio Informático de la Municipalidad Distrital de Carumas*".

Para ello debemos recurrir a lo dispuesto en la Cláusula Quinta del Contrato, la cual establece el plazo para el citado servicio:

"CLÁUSULA QUINTA: INICIO Y CULMINACIÓN DE LA PRESTACIÓN

El plazo de ejecución de la prestación se extenderá desde el día siguiente de la suscripción del contrato por un período de 365 días (12 meses). Sin embargo, el Contratista deberá efectuar la instalación de los equipos VSAT en un plazo no mayor de cinco (05) días contados a partir del día siguiente de suscrito el contrato⁵.

De dicha cláusula se puede observar que la empresa Gilat To Home Perú S.A. tenía hasta el día 15 de octubre de 2012, para cumplir con la instalación de los equipos VSAT materia de adquisición.

En relación a ello, conforme consta de la documentación que obra en el expediente se puede observar que a través del Formato de Instalaciones de fecha 11 de octubre de 2012⁶, el Contratista procedió a llevar a cabo la instalación de los equipos VSAT –debiéndose resaltar que dicho documento no fue firmado por representante alguno de la Entidad-, consignándose en dicho documento lo siguiente:

"(...)

⁵ El sombreado y subrayado es nuestro.

6

- Dr. Carlos Alberto Matheus López.

Se realizó visita a la Municipalidad del Distrital de Carumas para realizar una instalación satelital de internet.

Se realiza el apuntamiento de antena hasta llegar a su máxima ganancia.

Se realiza prueba de tráfico en coordinación del HUB con resultados óptimos.

Se deja estación operativa".

Fuera de que dicho documento no fue firmado en un primer momento por la demandada, consta que del Formato de Instalaciones de fecha 21 de noviembre de 2012⁷, los funcionarios -Sr. Alejandro Ortega del Carpio, encargado de la Unidad de Informática y Comunicaciones de la Entidad y la Ing. Liliana Begazo representantes del área usuaria de la Entidad- de la Municipalidad Distrital de Carumas suscribieron lo siguiente:

"(...)

Con fecha 11-10-12 se realizó la instalación física de los equipos, cableado y encendido de los mismos⁸.

Con fecha 20-11-12 se realizó la puesta a punta de cableado.

(...)".

Es más dicho hecho también fue ratificado por la Entidad en su contestación de demanda de fecha 20 de agosto de 2014, al expresar lo siguiente:

"(...) que, **con fecha 21 de noviembre de 2012, se firmó el documento denominado formato de instalación el cual fue suscrito en señal de conformidad por Alejandro Ortega del Carpio de la Unidad de Informática y Comunicaciones de la Municipalidad y la Ing. Liliana Begazo residente de obra, asimismo; expresa que el 11 de octubre de 2012 se realizó la instalación física de los equipos y cableado, esto no quiere decir; que a esta fecha el servicio se encuentre operativo, o que se haya emitido informe de conformidad del área usuaria⁹ (...)".**

⁷ Ver el Medio Probatorio "6.8" del escrito de Demanda de fecha 04 de julio de 2014.

⁸ El sombreado y subrayado es nuestro.

Dr. Carlos Alberto Matheus López.

29

De ambos documentos podemos advertir que efectivamente el Contratista al 11 de octubre de 2012, había cumplido con la instalación de los equipos VSAT dentro del plazo establecido en el Contrato.

Ahora, si bien es cierto la Entidad añade que su contraparte si bien realizó la instalación de los equipos, ello no quiere decir que el servicio se encuentre operativo o que se haya emitido informe de conformidad del área usuaria.

Al respecto, debemos tener presente lo dispuesto en el Artículo 176º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado que a la letra establece 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, quien deberá verificar, dependiendo de la naturaleza de la prestación, la calidad, cantidad y cumplimiento de las condiciones contractuales, debiendo realizar las pruebas que fueran necesarias.

(...)

De existir observaciones se consignaran en el acta respectiva, indicándose claramente el sentido de estas, 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 de aplicar las penalidades que correspondan¹⁰.

(...)

Las discrepancias en relación a la recepción y/o conformidad, así como la negativa de la Entidad de efectuarlas podrán ser sometidas a conciliación y/o arbitraje dentro del plazo de quince (15) días hábiles de ocurrida la recepción, la negativa o de vencido el plazo para otorgar la conformidad, según corresponda.

Q

Dr. Carlos Alberto Matheus López.

30

La recepción conforme de la Entidad no enerva su derecho a reclamar posteriormente por defectos o vicios ocultos".

Teniendo presente lo dispuesto en el dispositivo precedente y, siendo que para la Entidad demandada, al 11 de octubre de 2012 el Contratista únicamente había realizado las instalaciones de los equipos VSAT mas no había dejado operativo el servicio. Entonces y conforme se desprende de la norma era responsabilidad del órgano de administración de la Entidad -en este caso es la Unidad de Informática y Comunicaciones- la recepción y conformidad de la prestación.

Entonces si la recepción de la prestación está a cargo de la Unidad de Informática y Comunicaciones de la Municipalidad Distrital de Carumas y, siendo que ésta a lo largo del proceso no ha presentado la misma, es muy probable que ésta no exista o que no se haya presentado la misma ante este Árbitro Único, con lo cual no podría decirse que el Contratista no haya cumplido con la -instalación de los equipos VSAT- prestación dentro del plazo, pues existe un documento denominado: "*Formato de Instalaciones de fecha 21 de noviembre de 2012*"¹¹ elaborado por el Contratista que acredita ello y no solo eso, sino que el mismo ha sido debidamente suscrito por los representantes del área usuaria de la Entidad quienes manifestaron que al 11 de octubre de 2012, la referida instalación había sido realizada.

Lo que causa sorpresa en este Árbitro Único es que la responsabilidad de realizar ello, no recae en el Contratista sino en la Entidad que es la encargada de elaborar la respectiva Acta de Recepción en la cual, debió indicar lo que ya han manifestado los representantes del área usuaria de la Entidad en el citado Formato de Instalación elaborado por el Contratista o, en el peor de los supuestos de no haber estado conformes con la prestación, debieron consignar en dicho documento las posibles observaciones a fin de que éstas puedan ser subsanadas en el plazo correspondiente por el Contratista.

Po otro lado, si la Entidad alega en su escrito de contestación de demanda que al 11 de octubre de 2012 el servicio no se encontraba operativo o, no estaba conforme con el mismo, de acuerdo a lo dispuesto en el citado Artículo 176º del referido Reglamento, ésta debió de formular sus respectivas observaciones y otorgar el plazo correspondiente a efectos de que el Contratista logre levantar las posibles observaciones.

¹¹ Ver el Medio Probatorio "6.8" del escrito de Demanda de fecha 04 de julio de 2014.

6
D.

Dr. Carlos Alberto Matheus López.

No obstante, de autos se puede advertir que la Entidad notificó al Contratista vía correo electrónico el día 31 de octubre de 2012¹², las Cartas Nº 027-2012-UA/SGA/MDC y Nº 028-2012-UA/SGA/MDC -las cuales contendrían las supuestas observaciones- indicando dicha parte en el citado correo, lo siguiente:

"DE: unidad de abastecimiento (carumas_abstecimientos@hotmail.com)

Enviado: miércoles 31 de octubre de 2012 09:02:18 a.m.

Para: Gilat Peru (favellaneda@gilatla.com); ventasperu@gilatla.com

2 archivos adjuntos

CARTA 27. pdf (1589.1 KB), CARTA 28. pdf (1277.0 KB)

SEÑORES GILAT TO HOME PERÚ S.A.

LE ESTAMOS ENVIANDO LA CARTA Nº 027-2012-UA/SGA/MDC Y CARTA
Nº 028-2012-UA/SGA/MDC.

Atentamente

Municipalidad de Carumas

Abastecimientos"

Sobre dicho correo el Contratista niega que la notificación precitada haya sido notificada dentro del plazo y en su domicilio legal, de modo que en relación a esta modalidad de notificación llevada a cabo por la Entidad es donde se centra la presente controversia; razón por la cual respecto a ella, es necesario realizar un análisis de la siguiente manera:

Al respecto, la parte introductoria y la Cláusula Décimo Octava del Contrato, establece que:

"(...)

MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE CARUMAS, identificada con RUC Nº 20170623526, **constituyendo domicilio legal en la localidad de Carumas, sede institucional Calle Carumas s/n Plaza de Armas, a quien en adelante se le denomina "LA ENTIDAD"**, (...) y de otra parte

¹² Ver el Medio Probatorio "5.7." del escrito de Contestación de Demanda de fecha 20 de agosto de 2014.

6.

Dr. Carlos Alberto Matheus López.

GILAT TO HOME PERÚ S.A., con RUC N° 20423195119, con domicilio legal en Calle Carlos Villarán N° 140, Torre "A" Interbank, piso 12, Urbanización Santa Catalina, La Victoria, Lima¹³ (...).

(...)

CLÁUSULA DÉCIMO OCTAVA: VERACIDAD DE DOMICILIOS

Las partes contratantes han declarado sus respectivos domicilios en la parte introductoria del presente contrato¹⁴.

Asimismo, no es menos importante citar lo establecido en la Opinión N° 107-2012/DTN emitida por el Organismo Supervisor de las Contrataciones con el Estado, que establece a la letra que:

"(...)

Es importante precisar que dentro de este plazo la Entidad no solo debe cumplir con emitir la resolución mediante la cual se pronuncia sobre la solicitud de ampliación, sino que también debe cumplir con notificarla formalmente al contratista con la finalidad que este conozca de forma cierta y oportuna la decisión de la Entidad.

Adicionalmente, es preciso indicar que dicha notificación debe realizarse en el domicilio establecido por el contratista en el contrato¹⁵, siendo responsabilidad de este disponer del personal necesario para la recepción de las comunicaciones en el marco de dicho contrato.

(...)".

De lo pactado entre las partes se observa que éstas acordaron que las notificaciones que deban darse en el transcurso del Contrato serían enviadas a los domicilios legales respectivos fijados en el Contrato, mas no establecieron otros mecanismos de notificación. Está demás decir que dicha cláusula del Contrato fue pactada de común acuerdo por las partes y dentro de los parámetros establecidos en la citada opinión aplicable para las contrataciones con el Estado, no pudiendo venir éstas a la fecha a desconocer las mismas.

¹³ El sombreado y subrayado es nuestro.

¹⁴ El sombreado y subrayado es nuestro.

¹⁵ El sombreado y subrayado es nuestro.

Dr. Carlos Alberto Matheus López.

En vista de ello, y siendo que no obra en autos documento alguno en el cual, la Entidad haya remitido al domicilio legal del Contratista las supuestas observaciones frente al servicio contratado, ni mucho menos encontramos algún documento remitido al domicilio legal del Contratista que sustente lo alegado por la Entidad respecto a que el servicio no se encontraba operativo al 11 de octubre de 2012; motivo por el cual, el envío -de las supuestas observaciones- realizado por la Entidad vía correo electrónico al Contratista no surte efectos, debido a que dicho mecanismo de notificación no fue pactado por las partes en ninguna parte del Contrato.

Entonces, este Árbitro Único no podría amparar el hecho de que el Contratista no ha levantado las supuestas observaciones advertidas por la Unidad de Informática y Comunicaciones de la Municipalidad Distrital de Carumas, debido a que las mismas nunca fueron puestas en su conocimiento formalmente por su contraparte.

Cabe indicar que la carga de la prueba consiste en que aquella parte que alega un hecho debe demostrarlo mediante los medios probatorios que acrediten su alegación.

De esta manera, en el presente arbitraje, a la Entidad demandada le corresponde la carga de acreditar con el documento pertinente el haber puesto en conocimiento del Contratista -en su respectivo domicilio legal- las observaciones advertidas por la Unidad de Informática y Comunicaciones de la Municipalidad Distrital de Carumas, otorgándole en dicho documento el plazo respectivo a su contraparte para que cumpla con levantarlas.

Sin embargo, como se indicara precedentemente, de los medios probatorios presentados por las partes durante la realización del presente arbitraje no se ha encontrado medio probatorio que acredite fehacientemente que la Entidad le haya remitido las observaciones al Contratista a su respectivo domicilio legal.

Es decir, al no haberse notificado las supuestas observaciones al domicilio legal del Contratista, éstas se tendrían por no realizadas por parte de la Entidad, con lo cual, observaríamos que en el presente proceso no existen o no se han presentado el acta de recepción, las supuestas observaciones (debidamente notificadas al domicilio legal del Contratista), ni mucho menos la conformidad de la prestación; razón por la cual, no se puede alegar que el Contratista no haya cumplido con levantar las observaciones y mucho menos haber incurrido en incumplimiento de

Dr. Carlos Alberto Matheus López.

obligaciones, pues dichas aseveraciones carecen de sustento por no estar debidamente acreditadas en el presente proceso.

Por otro lado, debemos resaltar que en el presente punto controvertido el Contratista está solicitando que se deje sin efecto las Resoluciones de Alcaldía N° 508-2012-A/MDC y N° 557-2013-A/MDC, mediante las cuales se resuelve y confirma, respectivamente, aplicar la penalidad máxima por la suma de S/. 10,372.20 por supuesto retraso injustificado en la instalación del servicio de internet satelital banda ancha. Para ello se procederá a realizar el análisis respectivo de la siguiente manera:

- Respecto a la Resolución de Alcaldía N° 508-2012-A/MDC de fecha 04 de octubre de 2012:

En relación a ello, se debe indicar que a través de la Carta N° 082-2013-GM/MDC de fecha 18 de octubre de 2013¹⁶, la Entidad remitió al domicilio legal del Contratista la Resolución de Alcaldía N° 508-2012-A/MDC de fecha 04 de octubre de 2012¹⁷, por medio de la cual se resolvió lo siguiente:

"(...)

Que, el citado plazo de ejecución contractual, respecto a la instalación del servicio de internet a vencido siendo comunicado a la empresa mediante Carta N° 027-2012-UA/SGA/MDC de fecha 30 de octubre de 2012, considerando que el contrato fue suscrito el día 10 de octubre del 2012, para su observancia y atención;

Que, mediante Informe N° 821-2012/JCCHC/UA/SGA/MDC, el Jefe de la Unidad de Abastecimiento de la Municipalidad Distrital de Carumas, solicita la ejecución de penalidades por retraso injustificado, en el cumplimiento de la instalación del Servicio de Internet Satelital de la Municipalidad Distrital de Carumas, en consecuencia corresponde aplicar la penalidad conforme a la cláusula duodécima del Contrato hasta el 10% del monto del contrato;

(...)

SE RESUELVE:

¹⁶ Ver el Medio Probatorio "6.9" del escrito de Demanda de fecha 04 de julio de 2014.

¹⁷ Ver el Medio Probatorio "6.9" del escrito de Demanda de fecha 04 de julio de 2014.

ARTÍCULO PRIMERO.- APlicar la penalidad máxima por la suma de S/. 10.372.20 Diez Mil Trescientos Setenta y Dos con 20/100 Nuevos Soles, a la Contratista GILAT TO HOME PERÚ S.A., por incumplimiento de Contrato¹⁸, por mora en la Instalación del Servicio de Internet Satelital de Banda Ancha en la Municipalidad Distrital de Carumas, para el Proyecto "Mejoramiento del Servicio de Informática de la Municipalidad Distrital de Carumas", conforme lo establece la formula descrita en el Contrato y el artículo 165º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante D.S. N° 184-2008-EF. (...)".

De lo que se observa en la citada Resolución de Alcaldía, es que la Entidad tiene por bien notificada la Carta N° 027-2012-UA/SGA/MDC de fecha 30 de octubre de 2012, a través de la cual habría comunicado las supuestas observaciones, y en base a ello sustenta la aplicación de las penalidades por supuestos incumplimientos del Contratista.

Sin embargo, de lo expuesto precedentemente este Árbitro Único ha manifestado que de acuerdo a lo pactado por las partes en el Contrato y a lo dispuesto en la Opinión N° 107-2012/DTN emitida por el Organismo Supervisor de las Contrataciones con el Estado, no es posible tener por válida la notificación de la Carta N° 027-2012-UA/SGA/MDC vía correo electrónico, pues ésta únicamente habría sido válida si se habría notificado al domicilio legal del Contratista.

Al haber sido notificada vía correo electrónico la mencionada Carta N° 027-2012-UA/SGA/MDC, ésta -en el análisis respectivo- se tuvo por no realizada por parte de la Entidad y, sumado a ello no existe de por medio algún medio probatorio -en todo el expediente- que acredite que la Entidad demandada hizo de conocimiento de su contraparte las supuestas observaciones (debidamente notificada al domicilio legal del Contratista) a efectos de que el Contratista pueda subsanar las mismas.

Entonces si no se observa incumplimientos por parte del Contratista, como es posible que se puedan aplicar penalidades. Para ello, debemos recurrir a lo establecido en la Cláusula Duodécima del Contrato en cuanto a la aplicación de penalidades, la cual establece que:

¹⁸ El sombreado y subrayado es nuestro.

"CLÁUSULA DUODÉCIMA: PENALIDADES

Si EL CONTRATISTA incurre en retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, **LA ENTIDAD le aplicará al contratista una penalidad por cada día de retraso, hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente en concordancia con el artículo 165º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado**¹⁹. En todos los casos, la penalidad se aplicará automáticamente y se calculará de acuerdo a la siguiente formula:

$$\text{Penalidad Diaria} = 0,10 \times \text{Monto}$$

$$F \times \text{Plazo en días}$$

Donde:

$F = 0,25$ para plazos mayores a sesenta (60) días o;

$F = 0,40$ para plazos menores e iguales a sesenta (60) días.

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

Esta penalidad será deducida de los pagos a cuenta, del pago final o en la liquidación final; o si fuese necesario se cobrará del monto resultante de la ejecución de las garantías de Fiel Cumplimiento o por el monto diferencial de la propuesta (de ser el caso).

La justificación por el retraso se sujet a lo dispuesta por el Código Civil y demás normas concordantes."

En concordancia, a lo dispuesto en la citada Cláusula Duodécima del Contrato encontramos al Artículo 165º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, que expresa a la letra lo siguiente:

"Artículo 165º.- Penalidad por mora en la ejecución de la prestación

En caso de retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, **la Entidad le aplicará al contratista una penalidad por cada día de atraso, hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente**²⁰ o, de ser el caso, del ítem que debió

¹⁹ El sombreado y subrayado es nuestro.

Dr. Carlos Alberto Matheus López.

ejecutarse. Esta penalidad será deducida de los pagos a cuenta, del pago final o en la liquidación final; o si fuese necesario se cobrará del monto resultante de la ejecución de las garantías de fiel cumplimiento o por el monto diferencial de propuesta.

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

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

Donde F tendrá los siguientes valores:

- a) Para plazos menores o iguales a sesenta (60) días, para bienes, servicios y ejecución de obras: $F = 0.40$.
- b) Para plazos mayores a sesenta (60) días:
 - b.1) Para bienes y servicios: $F = 0.25$.
 - b.2) Para obras: $F = 0.15$.

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

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

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

De lo expuesto se puede advertir que el procedimiento para la aplicación de las penalidades establecido en el Contrato es el mismo que se establece en la Normativa de Contrataciones del Estado.

Ahora teniendo presente ello, es importante resaltar que para la aplicación de la penalidad era necesario que el Contratista haya incurrido en retraso injustificado en la ejecución de sus prestaciones; sin embargo, conforme se indicara en el presente laudo, el Contratista el 11 de octubre de 2012 –dentro del plazo pactado por las partes en el Contrato- había cumplido con la instalación de los equipos VSAT, entonces como podríamos hablar de incumplimientos a cargo del Contratista, si el

hoy demandante dentro del plazo establecido había cumplido con sus obligaciones

Dr. Carlos Alberto Matheus López.

38

pues de haber habido observaciones sobre el servicio brindado por éste, la Entidad debió hacérselo saber a través del documento pertinente, remitiéndose el mismo al domicilio legal del Contratista, a efectos de que éste pueda subsanar las posibles observaciones que formulara su contraparte, pero como ello no ha ocurrido en el presente proceso, no podría decirse que el Contratista ha incumplido con sus obligaciones.

Peor aún si sabemos que el Contratista no ha incumplido con sus obligaciones, no podemos de manera ligera imponerle la penalidad máxima, sin antes haber comunicado de manera correcta al Contratista sobre su supuesto incumplimiento de obligaciones contractuales, con lo cual queda más que acreditado que la aplicación de las penalidades impuestas al hoy demandante carecen de todo sustento jurídico y probatorio.

Sin perjuicio de lo indicado, y de lo expuesto en la Resolución de Alcaldía N° 508-2012-A/MDC de fecha 04 de octubre de 2012²¹, la Entidad en la parte considerativa de dicha resolución no cumple con señalar los días en los que supuestamente el Contratista habría incurrido en retraso, ni mucho menos explica el procedimiento seguido para el cálculo de la penalidad, únicamente se limita a señalar en la parte resolutiva que le corresponde aplicar la penalidad máxima al Contratista por incumplimiento del Contrato, pero ello sin contar con los respectivos medios probatorios que respalden y sustenten tal penalidad.

Frente a ello, y a todo lo expuesto en el presente análisis, se puede desprender lo siguiente: (i) La Municipalidad Distrital de Carumas nunca cumplió con poner en conocimiento del Contratista las supuestas observaciones realizadas por la Unidad de Informática y Comunicaciones de la Municipalidad Distrital de Carumas, de acuerdo a lo dispuesto en la Cláusula Décimo Octava del Contrato; (ii) En cuanto a la aplicación de penalidades, las mismas carecen de sustento no solo porque nunca se comunicó al Contratista sobre su supuesto incumplimiento de obligaciones contractuales, ni mucho menos las observaciones realizadas por la Unidad de Informática y Comunicaciones de la Municipalidad Distrital de Carumas, sino porque al 11 de octubre de 2012, el Contratista había cumplido con sus obligaciones pactadas en el Contrato, quedando únicamente a la espera del pronunciamiento de la Entidad demandada, que nunca llegó conforme consta en autos; y, (iii) Que en

²¹ Ver el Medio Probatorio "6.9" del escrito de Demanda de fecha 01 de julio de 2014

Dr. Carlos Alberto Matheus López.

39

la Resolución de Alcaldía N° 508-2012-A/MDC de fecha 04 de octubre de 2012²², no se aprecia en ninguna parte de la misma los días en los que supuestamente el Contratista habría incurrido en retraso, ni mucho menos el procedimiento seguido para el cálculo de la penalidad únicamente se indica en la parte resolutiva, aplicar la penalidad máxima al Contratista por incumplimiento del Contrato, pero ello sin contar con ningún medio probatorio que respalte y sustente tal penalidad, motivo por el cual, la aplicación de la penalidad máxima por la suma de S/. 10,372.20 (Diez Mil Trescientos Setenta y Dos y 20/100 Nuevos Soles) carece de todo sustento jurídico y probatorio.

En tal sentido, corresponde dejar sin efecto la Resolución de Alcaldía N° 508-2012-A/MDC de fecha 04 de octubre de 2012²³, a través de la cual se resuelve aplicar la penalidad máxima por la suma de S/. 10,372.20 (Diez Mil Trescientos Setenta y Dos y 20/100 Nuevos Soles) por supuesto retraso injustificado en la instalación del servicio de internet satelital banda ancha y por consiguiente nula la aplicación de penalidades.

- Respecto a la Resolución de Alcaldía N° 557-2013-A/MDC de fecha 18 de diciembre de 2013:

Luego de haberse emitido la Resolución de Alcaldía N° 508-2012-A/MDC de fecha 04 de octubre de 2012, el Contratista con fecha 11 de noviembre de 2013 interpuso recurso de reconsideración²⁴ contra lo resuelto por la Entidad demandada en la citada Resolución de Alcaldía.

Frente a dicho recurso la Entidad a través de Resolución de Alcaldía N° 557-203-A/MDC de fecha 18 de diciembre de 2013²⁵, resolvió de la siguiente manera:

"(...)

Con Carta N° 027-2012-UA/SGA/MDC, de fecha 30 de Octubre del año 2012, el Bach. Jubencio Clebert Checalla Centeno, Jefe de la Unidad de Abastecimiento, comunica a su representada el INCUMPLIMIENTO DE ENTREGA DE SERVICIO DE INTERNET,

²² Ver el Medio Probatorio "6.9" del escrito de Demanda de fecha 04 de julio de 2014.

²³ Ver el Medio Probatorio "6.9" del escrito de Demanda de fecha 04 de julio de 2014.

²⁴ Ver el Medio Probatorio "6.10" del escrito de Demanda de fecha 04 de julio de 2014.

²⁵ Ver el Medio Probatorio "6.12" del escrito de Demanda de fecha 04 de julio de 2014.

Dr. Carlos Alberto Matheus López.

indicándole que no está cumpliendo con el servicio solicitado y lo ofrecido por su empresa; también le indica que NO EXISTE UN ACTA DE CONFORMIDAD DE INSTALACIÓN DE SERVICIO NI PRUEBA, en consecuencia, la Municipalidad no generara ninguna conformidad de servicios, al mismo, adjunta los informes de la referencia, y en respuesta a esta Carta la Empresa GILAT TO HOME PERÚ S.A., remite la Carta S/N, de fecha 30 de Octubre del 2012, cuyo expediente administrativo N° 2801, de fecha 06 de Noviembre del año 2012, comunica cumplimiento de instalaciones, indicando que el servicio que brindarán cumplirán las siguientes características: 1) velocidad contratada de 2048/1084 Kbps; 2) velocidad garantizada de 1024/512 Kbps; 3) latencia 750 ms en promedio, medios entre el modem satelital y la estación central satelital de Gilat Perú; (...) sin embargo, con esta carta mi representada estaría probando claramente que LA EMPRESA GILAT TO HOME PERÚ S.A. TENIA Y TIENE PLENO CONOCIMIENTO EL RETRASO DE LA INSTALACIÓN, CONFIGURACIÓN Y PUESTA EN MARCHA DEL SERVICIO, Y COMO CONSECUENCIA, CORRESPONDE LA APLICACIÓN DE PENALIDADES.

Con Resolución de Alcaldía N° 508-2012-A/MDC, de fecha 04 de Octubre del año 2012, se aplica penalidad máxima por la suma S/. 10,372.20 (Diez Mil Trescientos Setenta y Dos y 20/100 Nuevos Soles) a la Contratista GILAT TO HOME PERÚ S.A. por incumplimiento de contrato por mora en la instalación del Servicio de Internet Satelital Banda Ancha en la Municipalidad Distrital de Carumas (...); dicha penalidad interpuesta mediante Resolución de Alcaldía N° 508-2012-A/MDC., es comunica a la Empresa GILAT TO HOME PERÚ S.A., vía correo electrónico, favellaneda@gilatla.com, como es de verse este correo corresponde al Ejecutivo de Negocios de Gilat Satellite Net Works, don Fernando Avellaneda, cuyo reporte corresponde al 31 de Mayo del año 2013, con Carta N° 018-2013-UA/SGA/MDC, acto que se materializa con Carta N° 082-2013-GM/MDC, de fecha 14 de Octubre del año 2013;

Asimismo, la Empresa aduce que corresponde a la Entidad notificar formal y oportunamente sus decisiones al contratista en el domicilio establecido en el contrato, dentro de los plazos establecidos por la normatividad; sin embargo, debo de precisar que don Fernando

, Dr. Carlos Alberto Matheus López.

representada en representación de su Empresa, dentro del trato directo y en uso de la buen fe, se le ha enviado una serie de correos de coordinación, comunicación entre ellos notificación de la Resolución N° 508-2012-A/MDC, si se quiere desconocer esta notificación, también se desconocería todas las otras comunicaciones y coordinaciones que tuvo la MUNICIPALIDAD y la EMPRESA, asimismo, se estaría contraviniendo el artículo 163º del Código Civil, el mismo que establece como otro medio de notificación el correo electrónico, para nuestro caso, se ha coordinado con el Ejecutivo de Negocios de Gilat Satellite Net Works, don Fernando Avellaneda, el mismo que proporciono su correo Institucional favellaneda@gilatla.com;

(...)

SE RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO.- DECLARAR INFUNDADO el Recurso de Reconsideración formulado por la Empresa GILAT TO HOME PERÚ S.A., representada por Yveth Romero Guía, en contra la Resolución de Alcaldía N° 508-2012-A/MDC de fecha 04 de Octubre del año 2012, CONFIRMÁNDOSE en todos sus extremos la Resolución impugnada, DANDOSÉ por agotada la vía administrativa²⁶ en estos actuados, en mérito a las consideraciones antes expuestas.

(...)"

De lo transscrito de la referida Resolución de Alcaldía, se observa que la Entidad ratifica lo resuelto en la Resolución de Alcaldía N° 508-2012-A/MDC de fecha 04 de octubre de 2012, y en consecuencia declara infundado el recurso de reconsideración

Sin embargo, siendo que se ha dejado sin efecto la Resolución de Alcaldía N° 508-2012-A/MDC, corresponde que la citada Resolución de Alcaldía N° 557-203-A/MDC corra la misma suerte, debido a que los argumentos en los que se sustentó la primera han sido totalmente absueltos y rebatidos por este Árbitro Único manifestándose que lo resuelto carece de todo sustento jurídico y probatorio.

Entonces atendiendo que la Resolución de Alcaldía primigenia ha quedado sin efecto, corresponde que la posterior -segunda Resolución de Alcaldía emitida por la

Dr. Carlos Alberto Matheus López.

H2

Entidad- que ratifica los mismos argumentos de la primera también se deje sin efecto.

Sin perjuicio de lo resuelto, se debe indicar que en la presente Resolución de Alcaldía N° 557-203-A/MDC de fecha 18 de diciembre de 2013, la Entidad ha manifestado nuevamente que tiene por bien notificada la Carta N° 027-2012-UA/SGA/MDC de fecha 30 de octubre de 2012, no obstante y siendo que a lo largo del presente análisis se ha señalado que no puede ser considerada como válida, ni mucho menos como realizada la notificación de dicha carta vía correo electrónico, corresponde reiterar nuevamente ello, debido que al hacerse la notificación vía correo electrónico se ha afectado lo pactado por las partes en el Contrato y lo dispuesto en la Opinión N° 107-2012/DTN emitida por el Organismo Supervisor de las Contrataciones con el Estado.

Sumado a ello la demandada refiere que no se cuenta con la conformidad de la instalación del servicio, pero esta conformidad no le corresponde emitirla al Contratista, sino al órgano de administración de la Entidad –en este caso era la Unidad de Informática y Comunicaciones de la Municipalidad Distrital de Carumas- conforme a lo dispuesto en el Artículo 176º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado²⁷, siendo esta situación de su estricta responsabilidad.

Ahora como se indicara en los párrafos precedentes, el hecho que no se cuente con la conformidad de la prestación no significa que el Contratista no haya cumplido con la prestación dentro del plazo pactado, pues existe un documento denominado:

27 "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, quien deberá verificar, dependiendo de la naturaleza de la prestación, la calidad, cantidad y cumplimiento de las condiciones contractuales, debiendo realizar las pruebas que fueran necesarias.

Tratándose de órdenes de compra o de servicio, derivadas de Adjudicaciones de Menor Cuantía distintas a las de consultoría y ejecución de obras, la conformidad puede consignarse en dicho documento.

De existir observaciones se consignaran en el acta respectiva, indicándose claramente el sentido de estas, 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 de aplicar las penalidades que correspondan.

Este procedimiento no será aplicable cuando los bienes y/o servicios manifiestamente no cumplan con las características y condiciones ofrecidas, en cuyo caso la Entidad no efectuará la recepción, debiendo considerarse como no ejecutada la prestación, aplicándose las penalidades que correspondan.

Las discrepancias en relación a la recepción y/o conformidad, así como la negativa de la Entidad de efectuarlas podrán ser sometidas a conciliación y/o arbitraje dentro del plazo de quince (15) días hábiles de ocurrida la recepción, la negativa o de vencido el plazo para otorgar la conformidad, según corresponda.

La recepción conforme de la Entidad no enerva su derecho a reclamar posteriormente por defectos o

Dr. Carlos Alberto Matheus López.

"Formato de Instalaciones de fecha 21 de noviembre de 2012²⁸" elaborado por el propio Contratista que acredita ello y no solo eso, sino que el mismo ha sido debidamente suscrito por los representantes de la Unidad de Informática y Comunicaciones de la Municipalidad Distrital de Carumas quienes manifestaron que al 11 de octubre de 2012, la referida instalación había sido realizada.

Finalmente, la Entidad ha manifestado en la Resolución de Alcaldía materia de análisis que se estaría contraviniendo el Artículo 163º del Código Civil²⁹, el mismo que establece como otro medio de notificación el correo electrónico; pues dicha aseveración no es cierta, en primer lugar porque el mencionado artículo del Código Civil nada tiene que ver con otras formas de notificación y, en segundo lugar porque las partes expresamente en la parte introductoria y la Cláusula Décimo Octava del Contrato, pactaron de mutuo acuerdo lo siguiente:

"(...)

MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE CARUMAS, identificada con RUC N° 20170623526, **constituyendo domicilio legal en la localidad de Carumas, sede institucional Calle Carumas s/n Plaza de Armas**, a quien en adelante se le denomina "**LA ENTIDAD**", (...) y de otra parte **GILAT TO HOME PERÚ S.A.**, con RUC N° 20423195119, **con domicilio legal en Calle Carlos Villarán N° 140, Torre "A" Interbank, piso 12, Urbanización Santa Catalina, La Victoria, Lima**³⁰, (...).

(...)

CLÁUSULA DÉCIMO OCTAVA: VERACIDAD DE DOMICILIOS

Las partes contratantes han declarado sus respectivos domicilios en la parte introductoria del presente contrato³¹.

Conforme se desprende de la citada cláusula, las partes en pleno conocimiento de sus facultades acordaron que las notificaciones que deban darse en el transcurso

²⁸ Ver el Medio Probatorio "6.8" del escrito de Demanda de fecha 04 de julio de 2014.

²⁹ "Artículo 163º.- Anulabilidad del acto jurídico por vicios de la voluntad

El acto jurídico es anulable si la voluntad del representante hubiere sido viciada. Pero cuando el contenido del acto jurídico fuese total o parcialmente determinado, de modo previo, por el representado, el acto es anulable solamente si la voluntad de éste fuere viciada respecto de dicho contenido."

³⁰ El sombreado y subrayado es nuestro.

³¹ El sombreado y subrayado es nuestro.

- Dr. Carlos Alberto Matheus López.

del Contrato serían enviadas a los domicilios legales respectivos fijados en el Contrato, mas no establecieron otros mecanismos de notificación. Entonces como podría venir a la fecha la Entidad a desconocer dicho acuerdo y lo que es peor, manifestar que si no se toma en cuenta la notificación vía correo electrónico se estaría transgrediendo los dispuesto en el Código Civil.

Asimismo, indica que tanto su representada como el Contratista se han estado comunicando vía correo electrónico para una serie de coordinaciones, mas debe indicarse que ello no es factible ni conforme a lo acordado, pues para ello ambas partes pactaron una cláusula la misma que no puede estar por las puras o solo para llenar el Contrato, debido a que -acorde al *pacta sunt servanda*- solo deberán tenerse por válidas únicamente todas las comunicaciones -referidas al Contrato- remitidas al domicilio legal de las partes, ya que ello fue lo establecido y pactado por las partes en el Contrato.

En tal sentido, corresponde dejar sin efecto la Resolución de Alcaldía N° 557-203-A/MDC de fecha 18 de diciembre de 2013³², a través de la cual se ratifica lo resuelto en la Resolución de Alcaldía N° 508-2012-A/MDC de fecha 04 de octubre de 2012 y, en consecuencia, se declara infundado el recurso de reconsideración.

Por todas las razones expuestas a lo largo del presente punto controvertido este Árbitro Único considera que la presente pretensión debe ser declarada fundada y, en consecuencia, déjense sin efecto y por consiguiente nula la aplicación de penalidades dispuestas y ratificadas mediante las Resoluciones de Alcaldía N° 508-2012-A/MDC y N° 557-203-A/MDC de fechas 04 de octubre de 2012 y 18 de diciembre de 2013, respectivamente.

2. SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde dejar sin efecto o no la Carta N° 027-2012-UA/SGA/MDC mediante el cual, la Municipalidad Distrital de Carumas comunicó el supuesto incumplimiento de servicio de internet.

2.1 POSICIÓN DEL CONTRATISTA Y DE LA ENTIDAD

³² Ver el Medio Probatario "E 17" del escrito de Demanda de fecha 04 de julio de 2014.

6

- Dr. Carlos Alberto Matheus López.

Respecto a esta controversia cabe precisar que los fundamentos expuestos por las partes para la primera pretensión están íntimamente ligados con el presente punto controvertido, razón por la cual se tendrán presentes los fundamentos de hecho y de derecho precisados por ambas partes en el análisis del punto controvertido precedente.

2.2 POSICIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO

El presente punto controvertido busca que se deje sin efecto la Carta N° 027-2012-UA/SGA/MDC de fecha 31 de octubre de 2012, a través de la cual la Entidad comunica al Contratista el supuesto incumplimiento de obligaciones.

En relación a ello, y siendo que en el análisis del punto controvertido precedente se ha señalado que no puede ser considerada como válida, ni mucho menos como realizada la notificación de la Carta N° 027-2012-UA/SGA/MDC vía correo electrónico, corresponde reiterar nuevamente ello, debido que al hacerse la notificación vía correo electrónico se ha afectado lo pactado por las partes en el Contrato³³ y lo dispuesto en la Opinión N° 107-2012/DTN emitida por el Organismo Supervisor de las Contrataciones con el Estado³⁴, pues ésta únicamente habría sido válida si se habría notificado al domicilio legal del Contratista.

Asimismo, se debe resaltar que no existe ningún medio probatorio -en todo el expediente- que acredite que la Entidad demandada hizo de conocimiento de su

³³ En la parte introductoria y la Cláusula Décimo Octava del Contrato N° 58-2012-GM/MDC se pactó lo siguiente:

"(...) **MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE CARUMAS**, identificada con RUC N° 20170623526, **constituyendo domicilio legal en la localidad de Carumas, sede institucional Calle Carumas s/n Plaza de Armas**, a quien en adelante se le denomina "LA ENTIDAD", (...) y de otra parte **GILAT TO HOME PERÚ S.A.**, con RUC N° 20423195119, **con domicilio legal en Calle Carlos Villarán N° 140, Torre "A" Interbank, piso 12, Urbanización Santa Catalina, La Victoria, Lima**³³ (...).

(...)

CLÁUSULA DÉCIMO OCTAVA: VERACIDAD DE DOMICILIOS

Las partes contratantes han declarado sus respectivos domicilios en la parte introductoria del presente contrato.

³⁴ La Opinión N° 107-2012/DTN emitida por el Organismo Supervisor de las Contrataciones con el Estado, establece a la letra que:

"(...)

Es importante precisar que dentro de este plazo la Entidad no solo debe cumplir con emitir la resolución mediante la cual se pronuncia sobre la solicitud de ampliación, sino que también debe cumplir con notificarla formalmente al contratista con la finalidad que este conozca de forma cierta y oportuna la decisión de la Entidad.

Adicionalmente, es preciso indicar que dicha notificación debe realizarse en el domicilio establecido por el contratista en el contrato. siendo responsabilidad de este disponer del personal necesario para la recepción de las comunicaciones en el marco de dicho contrato.

- Dr. Carlos Alberto Matheus López.

contraparte –el Contratista- la carta materia de cuestionamiento, en su respectivo domicilio legal, a efectos de que ésta pueda subsanar las supuestas observaciones.

Cabe indicar que la carga de la prueba consiste en que aquella parte que alega un hecho debe demostrarlo mediante los medios probatorios que acrediten su alegación.

De esta manera, en el presente arbitraje, a la Entidad demandada le corresponde la carga de acreditar que la Carta N° 027-2012-UA/SGA/MDC de fecha 31 de octubre de 2012, fue puesta en conocimiento del Contratista en su respectivo domicilio legal y, siendo que ello no ocurre en el presente caso, corresponde declararse fundado el presente punto controvertido y, en consecuencia, déjese sin efecto la Carta N° 027-2012-UA/SGA/MDC de fecha 31 de octubre de 2012, a través de la cual la Entidad comunica al Contratista el supuesto incumplimiento de obligaciones.

Sin perjuicio de lo resuelto, este Árbitro Único procede a realizar el análisis respectivo de la Carta N° 027-2012-UA/SGA/MDC de fecha 31 de octubre de 2012, a efectos de demostrar que en el mejor de los supuestos aún esta hubiera sido notificada en el domicilio legal del Contratista, la misma tampoco sería válida porque contiene una serie de errores que van en contra de la normativa aplicable para las Contrataciones con el Estado.

La carta materia de cuestionamiento a la letra establece que:

"(...)

ASUNTO: Incumplimiento de entrega de servicio de Internet

REFERENCIA: Proceso AMC N° 081-2012-CEP/MDC

Contrato N° 058-2012-GM/MDC

Informe N° 026-2012-AAODC-UIC/MDC

Informe N° 012-2012-LSBH-RO-SGI/MDC

Informe N° 027-2012-AAODC-UIC/MDC

Informe N° 402-2012-OAJ-MDC

Por la presente me dirijo a Ud., con la finalidad de hacerles de su conocimiento que su representada no viene cumpliendo con el servicio ofertado en su propuesta técnica y contrato firmado del proceso de selección de la referencia puesto que

Y

- Dr. Carlos Alberto Matheus López.

en la fecha según informes presentados por el residente y el encargado de informática, el servicio no cumple con lo ofertado y lo ofrecido, asimismo, no hay preocupación de su parte en entregar el servicio adecuado, no existe un acta de conformidad de instalación de servicio no prueba en consecuencia si no cumplen con lo antes indicado, la Municipalidad no generara ninguna conformidad de servicio ya que aún no se cuenta con el mismo.

En la Fecha se tiene informes por parte del usuario, supervisión y asesoría legal en las cuales concluyen de que se lleve a cabo la nulidad del proceso debido al incumplimiento, y el mal servicio que se pretende prestar, en consecuencia se le da plazo de un día para que regularice el servicio, caso contrario se procederá a realizar la nulidad de contrato³⁵.

(...)”.

Al respecto, podemos observar que en esta carta la Entidad demanda no manifiesta de manera expresa cuales serían los supuestos incumplimientos del Contratista. Asimismo, en ésta la Entidad solicita al Contratista el cumplimiento de sus obligaciones pero únicamente le otorga a su contraparte el plazo de un (1) día para que cumpla con los supuestos incumplimientos que no fueron señalados expresamente, únicamente se limita a indicar bajo apercibimiento de "Nulidad de Contrato".

De lo señalado se puede desprender lo siguiente: (i) Que la Entidad no ha cumplido con indicar de manera expresa los incumplimientos en los que incurre el Contratista, ni mucho menos cumple con adjuntar el acta de observaciones, documento que le permitiría conocer al Contratista los requerimientos que debe subsanar de acuerdo a lo prescrito en el Artículo 176º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado³⁶; (ii) Asimismo, se observa que la Entidad no solo no

³⁵ El sombreado y subrayado es nuestro.

³⁶ **“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, quien deberá verificar, dependiendo de la naturaleza de la prestación, la calidad, cantidad y cumplimiento de las condiciones contractuales, debiendo realizar las pruebas que fueran necesarias.

Tratándose de órdenes de compra o de servicio, derivadas de Adjudicaciones de Menor Cuantía distintas a las de consultoría y ejecución de obras, la conformidad puede consignarse en dicho documento.

De existir observaciones se consignaran en el acta respectiva, indicándose claramente el sentido de estas, dándose al contratista un plazo prudencial para su subsanación, en función

cumple con señalar los incumplimientos en los que incurre el Contratista, sino que además le otorga a su contraparte únicamente un (1) día de plazo para subsanar las supuestas observaciones, hecho que es completamente contrario a lo establecido en el Artículo 176º antes mencionado, pues lo correcto era por lo menos otorgar un plazo de dos (2) días para poder levantar las "supuestas" observaciones; e, (iii) Imaginemos, que la Entidad hubiera cumplido con manifestar expresamente los incumplimientos en los que incurriera el Contratista o hubiera al menos adjuntado el acta de observaciones, así como le hubiera otorgado un plazo de dos (2) días para poder levantar las mismas y, en el peor de los supuestos – también imaginemos- que el Contratista no hubiera cumplido con levantar las observaciones, entonces lo que correspondería no es proceder con la declaración de la nulidad del contrato, sino proceder con la "Resolución del contrato" sin perjuicio de aplicar las penalidades que hubieran correspondido.

Finalmente, teniendo presente ello podemos verificar que no solo por errores de forma sino también de fondo, no se ha procedido a comunicar al Contratista de manera correcta los supuestos incumplimientos de sus obligaciones de acuerdo a lo dispuesto en el Artículo 176º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

3. TERCER PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde ordenar o no a la Municipalidad Distrital de Carumas que proceda a dar cumplimiento a sus obligaciones contractuales derivadas del Contrato N° 58-2012-GM/MDC y efectué el pago de la Factura N° 00912660, ascendente a la suma de S/. 8,643.50, el cual debió efectuarse el 02 de enero de 2014, más los intereses legales correspondientes de conformidad con lo establecido en el Artículo 204º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado y proceda a emitir la conformidad de la prestación.

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 de aplicar las penalidades que correspondan.

Este procedimiento no será aplicable cuando los bienes y/o servicios manifiestamente no cumplan con las características y condiciones ofrecidas, en cuyo caso la Entidad no efectuará la recepción, debiendo considerarse como no ejecutada la prestación, aplicándose las penalidades que correspondan.

Las discrepancias en relación a la recepción y/o conformidad, así como la negativa de la Entidad de efectuarlas podrán ser sometidas a conciliación y/o arbitraje dentro del plazo de quince (15) días hábiles de ocurrida la recepción, la negativa o de vencido el plazo para otorgar la conformidad, según corresponda.

La recepción conforme de la Entidad no enerva su derecho a reclamar posteriormente por defectos o "vicios ocultos".

3.1 POSICIÓN DEL CONTRATISTA

El Contratista ampara su pedido en los siguientes fundamentos de hecho y de derecho:

La empresa Gilat To Home Perú S.A. manifiesta que ha cumplido con realizar las prestaciones materia del Contrato bajo análisis, motivo por el cual corresponde se ordene a la Entidad cumpla con sus obligaciones y efectúe el pago de la Factura N° 00912660, ascendente a la suma de S/. 8,643.50 Nuevos Soles, la misma que debó ser cancelada por la Entidad con fecha 02 de enero de 2014, incumplimiento que les viene generando graves perjuicios económicos, por lo que deberá sumarse a ello el pago de los intereses legales correspondientes, conforme lo establecido en el Artículo 48º de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante D.L. N° 1017.

3.2 POSICIÓN DE LA ENTIDAD

Mediante escrito de contestación de demanda de fecha 20 de agosto de 2014, se advierte que la Municipalidad Distrital de Carumas no se pronuncia formalmente sobre esta pretensión.

3.3 POSICIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO

Respecto al presente punto controvertido lo que pretende el Contratista es que la Municipalidad Distrital de Carumas proceda a efectuarle el pago de la Factura N° 00912660 ascendente a la suma de S/. 8,643.50 la cual debió efectuarse el 02 de enero de 2014 más los intereses legales correspondientes y, asimismo se proceda a emitir la conformidad de la prestación.

En relación a este punto controvertido debemos recordar lo dispuesto en el Artículo 176º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, el cual señala que:

"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, quien deberá verificar, dependiendo de la naturaleza de la prestación, la calidad, cantidad y cumplimiento de las condiciones contractuales, debiendo realizar las pruebas que fueran necesarias³⁷.

(...)".

Conforme se desprende de la norma de contrataciones es responsabilidad del órgano de administración de la Entidad –en este caso es la Unidad de Informática y Comunicaciones de la Municipalidad Distrital de Carumas- la conformidad de la prestación.

Ahora, siendo que en el presente arbitraje la misma Entidad ha reconocido que no ha emitido la conformidad de la prestación, hecho que también ha sido reconocido por el Contratista, entonces cabría preguntarnos: ¿Qué pasa si la Entidad no se pronuncia respecto a la conformidad de los servicios prestados por el Contratista dentro del plazo previsto, se entiende por aprobado dichos servicios?

Al respecto, es importante citar lo establecido en la Opinión N° 090-2014/DTN emitida por el Organismo Supervisor de las Contrataciones con el Estado, que establece a la letra que:

"(...)

De conformidad con lo señalado en la absolución de la primera consulta, el plazo máximo para emitir la conformidad de la prestación de los bienes y/o servicios es de diez (10) días calendario, a partir de que estos son recibidos.

Asimismo, el artículo 42º de la Ley, precisa que los contratos de bienes y servicios culminan con la conformidad de recepción de la última prestación pactada y el pago correspondiente. En el caso de ejecución o consultoría de obras, el mismo artículo precisa que el contrato culmina con la liquidación y pago correspondiente, la misma que debe ser elaborada y presentada a la Entidad por el contratista, debiendo la Entidad pronunciarse dentro del plazo máximo establecido,

³⁷ El sombreado y subrayado es nuestro.

bajo responsabilidad del funcionario correspondiente; caso contrario, la liquidación presentada se tendrá por aprobada para todos los efectos legales.

De esta manera, en los contratos de bienes y servicios, a diferencia de las contrataciones de ejecución o consultoría de obras, la normativa de contrataciones del Estado, no ha previsto una aprobación automática, en caso la Entidad no cumpla con pronunciarse dentro del plazo previsto para ello.

En dicho sentido, la conformidad de los bienes o servicios no puede entenderse aprobada por defecto, debiendo existir un pronunciamiento por parte de la Entidad, el mismo que de conformidad al artículo 181 del Reglamento, debe cumplir con efectuarse dentro del plazo de diez (10) días calendario, a partir de la recepción de estos.

Por su parte, debe agregarse, que si el órgano de administración o aquel establecido en las Bases no otorgara la conformidad de la prestación al contratista o lo hiciera fuera del plazo máximo previsto, la consecuencia sería el incumplimiento de la normativa de contrataciones del Estado, correspondiendo al Titular de la Entidad ordenar la determinación de responsabilidades³⁸, de conformidad con el primer párrafo del artículo 46º de la Ley.

Adicionalmente, el primer párrafo del artículo 177º del Reglamento establece que: "Luego de haberse dado la conformidad a la prestación se genera el derecho al pago del contratista. (...)."

De la disposición citada, se desprende que el pago sólo resulta procedente después de otorgada la conformidad de la prestación al contratista; es decir, el pago está sujeto a que la Entidad otorgue la referida conformidad.

En esa medida, el no otorgar la conformidad de la prestación al contratista o hacerlo fuera del plazo máximo previsto en el artículo 176º del Reglamento, además de generar consecuencias legales, también podría generar retrasos en el pago al contratista, y, en consecuencia, controversias sobre la procedencia de reconocer intereses legales³⁹.

³⁸ El sombreado y subrayado es nuestro.

³⁹ El primer párrafo del Artículo 48º de la Ley de Contrataciones del Estado, establece que:

(...)".

De acuerdo a lo señalado en dicha opinión podemos advertir lo siguiente: (i) El plazo máximo para emitir la conformidad de la prestación de los servicios es de diez (10) días calendario, a partir de que éstos son recibidos; (ii) La conformidad de los servicios no puede entenderse aprobada por defecto, debiendo existir un pronunciamiento expreso por parte de la Entidad; (iii) Si el órgano de administración o aquel establecido en las Bases no otorgará la conformidad de la prestación al Contratista o lo hiciera fuera del plazo máximo previsto, la consecuencia sería el incumplimiento de la normativa de contrataciones del Estado, correspondiendo al Titular de la Entidad ordenar la determinación de responsabilidades; (iv) El pago sólo resulta procedente después de otorgada la conformidad de la prestación al Contratista; y, (v) El no otorgar la conformidad de la prestación al Contratista o hacerlo fuera del plazo máximo previsto en el Artículo 176º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, además de generar consecuencias legales, también podría generar retrasos en el pago al Contratista, y, en consecuencia, controversias sobre la procedencia de reconocer intereses legales.

Teniendo en cuenta ello y conforme consta del expediente, a la fecha no se ha emitido la conformidad de la prestación y siendo que esta únicamente puede ser dictada por el órgano de administración de la Entidad –en este caso la Unidad de Informática y Comunicaciones de la Municipalidad Distrital de Carumas- no corresponde exigir a la fecha pago alguno hasta que ello suceda, pudiendo exigir el Contratista en dicha oportunidad no solo el presente pago que requiere sino también los respectivos interés legales hasta que se haga efectivo el pago correspondiente y, los posibles daños y perjuicios generados por la demora de la Entidad en la vía correspondiente.

Es más, el mismo Artículo 177º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, prescribe que:

"Artículo 177º.- Efectos de la conformidad

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.
(...)"

6

Luego de haberse dado la conformidad a la prestación se genera el derecho al pago del contratista⁴⁰. Efectuado el pago culmina el contrato y se cierra el expediente de contratación respectivo. Las discrepancias referidas a defectos o vicios ocultos deberá ser sometidas a conciliación y/o arbitraje.

(...)".

Lo señalado en el presente dispositivo legal ratifica lo manifestado por este Árbitro Único en los párrafos precedentes, pues al observarse que no se cuenta con la conformidad de la prestación no se puede proceder a pago alguno y, mucho menos -en esta etapa- al reconocimiento de los intereses legales respectivos.

Por tales razones, este Árbitro Único considera que la presente pretensión pecuniaria debe ser declarada infundada.

4. CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar a quién corresponde asumir las costas y costos del presente proceso arbitral.

4.1 POSICIÓN DEL CONTRATISTA

Mediante escrito de demanda de fecha 04 de julio de 2014, se advierte que la empresa Gilat To Home Perú S.A. no se pronuncia respecto a los costos y costas, tan solo la plantea como pretensión.

4.2 POSICIÓN DE LA ENTIDAD

Mediante escrito de contestación de demanda de fecha 20 de agosto de 2014, se advierte que la Municipalidad Distrital de Carumas no se pronuncia formalmente sobre esta pretensión.

4.3 POSICIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO

El numeral 1) del Artículo 72º del Decreto Legislativo N° 1071 dispone que los Árbitros se pronunciarán en el laudo arbitral sobre los costos indicados en el

⁴⁰ El sombreado y subrayado es nuestro.

Artículo 70º del citado cuerpo legal. Asimismo, el numeral 1) del Artículo 73º señala que los árbitros deben tener presente, de ser el caso, lo pactado en el convenio arbitral. Además, tal norma legal establece que si el convenio arbitral no contiene pacto alguno sobre los gastos, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, los Árbitros podrán distribuir y prorrtear estos costos entre las partes, si estiman que el prorrato es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

En el presente caso no se ha establecido pacto alguno acerca de los costos y costas del arbitraje. Atendiendo a esta situación, corresponde que el Árbitro Único se pronuncie sobre este tema de manera discrecional y apelando a su debida prudencia.

Considerando el resultado del arbitraje, desde el punto de vista del Árbitro Único, no puede afirmarse en puridad que existe una "parte perdedora", en vista de que ambas partes tuvieron motivos suficientes y atendibles para litigar, habida cuenta de que debían defender sus pretensiones en la vía arbitral. Por ello, atendiendo al buen comportamiento procesal de las partes y a la incertidumbre jurídica que existía entre ellas, corresponde disponer que cada de una de las partes asuma los costos del presente arbitraje; en consecuencia, cada parte debe asumir el pago de la mitad de los gastos arbitrales decretados en este arbitraje (entiéndase los honorarios del Árbitro Único y de la Secretaría Arbitral); así como los costos y costas en que incurrieron o debieron de incurrir como consecuencia del presente arbitraje.

En relación a ello, cabe precisar que producto de las pretensiones planteadas por la empresa Gilat To Home Perú S.A., se tiene que conforme a los numerales 53) y 54) del Acta de Instalación del Árbitro Único de fecha 16 de junio de 2014, se fijaron los honorarios arbitrales netos para el Árbitro Único, en la suma de S/. 3,600.00 (Tres Mil Seiscientos y 00/100 Nuevos Soles), y como honorarios netos de la Secretaría Ad Hoc y, que incluía los gastos procedimentales, la suma de S/. 2,200.00 (Dos Mil Doscientos y 00/100 Nuevos Soles). Ello implica que los gastos arbitrales derivados del Acta de Instalación hicieron un total de S/. 5,800.00 (Cinco Mil Ochocientos y 00/ 100 Nuevos Soles).

Tales montos fueron cubiertos en su totalidad por la empresa Gilat To Home Perú S.A., es decir la demandante canceló también los gastos arbitrales a cargo de la Municipalidad Distrital de Carúmas de lo cual se dejó constancia a través de las

Dr. Carlos Alberto Matheus López.

Resoluciones N° 01 y N° 09 de fechas 14 de julio y 17 de octubre de 2014, respectivamente.

En ese sentido, estando a la decisión de este Árbitro Único de que cada parte asuma sus costos, costas y gastos arbitrales, tenemos que en lo que respecta a los gastos arbitrales que en total ascienden a S/. 5,800.00 (Cinco Mil Ochocientos y 00/ 100 Nuevos Soles), cada parte deberá asumir el 50% de este monto, es decir S/. 2,900.00 (Dos Mil Novecientos y 00/100 Nuevos Soles).

Por tales razones, y siendo que la empresa Gilat To Home Perú S.A. asumió la totalidad de los honorarios arbitrales, corresponde que la Municipalidad Distrital de Carumas devuelva al demandante la suma de S/. 2,900.00 (Dos Mil Novecientos y 00/100 Nuevos Soles), que es el monto que la empresa Gilat To Home Perú S.A. canceló por concepto de gastos arbitrales del proceso a cargo de su contraria derivados del Acta de Instalación.

DECISIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO:

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

PRIMERO.- DECLÁRESE FUNDADA la Primera Pretensión derivada de la demanda planteada por la empresa Gilat To Home Perú S.A. y contenida en el Acta de la Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios; y en tal sentido, **DÉJENSE SIN EFECTO** y por consiguiente nula la aplicación de penalidades dispuesta y ratificada mediante las Resoluciones de Alcaldía N° 508-2012-A/MDC y N° 557-203-A/MDC de fechas 04 de octubre de 2012 y 18 de diciembre de 2013, respectivamente.

SEGUNDO.- DECLÁRESE FUNDADA la Segunda Pretensión derivada de la demanda planteada por la empresa Gilat To Home Perú S.A. y contenida en el Acta de la Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios; y en consecuencia, **DÉJESE SIN EFECTO** y por consiguiente nulo el supuesto incumplimiento de obligaciones a cargo del Contratista comunicado mediante Carta N° 027-2012-UA/SGA/MDC de fecha 31 de octubre de 2012.

TERCERO.- DECLÁRESE INFUNDADA la Tercera Pretensión Principal derivada de la demanda planteada por la empresa Gilat To Home Perú S.A. y contenida en el

Dr. Carlos Alberto Matheus López.

Acta de la Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios; y, en tal sentido **DISPÓNGASE QUE NO CORRESPONDE** reconocer ni ordenar el pago -de la Factura Nº 00912660- por concepto de la contraprestación, ni mucho menos el pago de interés alguno, debido a la razones expuestas en la parte considerativa del presente Laudo.

CUARTO.- DECLÁRESE INFUNDADA la Cuarta Pretensión Principal derivada de la demanda planteada por la empresa Gilat To Home Perú S.A. y contenida en el Acta de la Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios; y, en consecuencia **DISPÓNGASE** que tanto la empresa Gilat To Home Perú S.A. así como la Municipalidad Distrital de Carumas, asuman en partes iguales, los gastos arbitrales, las costas y costos generados por la tramitación del presente proceso arbitral y, en consecuencia, **ORDÉNESE** a la Municipalidad Distrital de Carumas pagar -en vía de devolución- a la empresa Gilat To Home Perú S.A., la suma ascendente a S/. 2,900.00 (Dos Mil Novecientos y 00/100 Nuevos Soles) conforme a las precisiones indicadas en la parte considerativa del presente Laudo Arbitral.

QUINTO.- REMÍTASE al Organismo Superior de las Contrataciones del Estado OSCE, copia del presente Laudo Arbitral.

Notifíquese a las partes el presente Laudo, haciéndoles saber que tiene carácter vinculante y ejecutivo y que es eficaz desde el día de su notificación, así que como, contra el mismo, cabe plantear Recurso de Anulación.

Y, para que conste, firma el presente Laudo el Árbitro Único, ante la Secretaría del mismo, en el lugar y fecha señalados al principio.


CARLOS ALBERTO MATHEUS LÓPEZ
Árbitro Único


ELIZABETH KAREM RAMOS LARA
Secretaria Ad Hoc