

EN EL ARBITRAJE BAJO LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO Y SU
REGLAMENTO - CASO ARBITRAL N° 1536-2015

-entre-

**CONSORCIO CONFORMADO POR LA EMPRESA TRANSPROJECTS S.R.L. Y
EL SEÑOR ROGER BERNARD SILVERA LUDENA**
(Demandante)

-y-

**SERVICIO NACIONAL DE CAPACITACIÓN PARA LA INDUSTRIA DE LA
CONSTRUCCIÓN - SENCICO**
(Demandado)

LAUDO ARBITRAL

Lima, 10 de mayo de 2016



2

Laudo Arbitral

Fecha de Inicio del Proceso Arbitral:	7.4.2015
Expediente de Instalación:	I536-2015
Demandante:	Consortio Conformado por la Empresa Transprojects S.R.L. y El Señor Roger Bernard Silvera Ludeña
Demandado:	Servicio Nacional De Capacitación Para La Industria De La Construcción - Sencico
Contrato Número:	Nº 059-2013
Objeto del Contrato:	Servicio de Consultoría para la elaboración del Estudio de Pre inversión a Nivel del Perfil del Proyecto de Instalación de los Servicios Educativos del SENCICO en Ancón, Distrito de Ancón, Provincia y Departamento de Lima.
Monto del Contrato:	S/. 146,991.49
Cuantía de la Controversia:	S/. 14,699.15
Tipo de Proceso de Selección:	Adjudicación Directa Selectiva
Nº Proceso de selección:	Nº 012-2013-SENCICO
Monto de los Honorarios del Árbitro Único:	S/. 2,700.00
Monto de los Honorarios de la Secretaría Arbitral:	S/. 1,220.00
Árbitro Único:	Carlos Alberto Paitan Contreras
Secretaría Arbitral:	Luis Leonardo Llanos Orozco
Fecha de emisión del Laudo:	10 de mayo del 2016
Número de Folios:	24
Pretensiones:	Penalidades

Expediente N° I536-2015

Resolución N° 7

Lima, 10 de mayo de 2016

Demandante: Consorcio conformado por la empresa Transprojects S.R.L. y el señor Roger Bernardo Silvera Ludeña

Demandado: Servicio Nacional de Capacitación para la Industria de la Construcción - SENCICO

Materia: Aplicación de penalidad

Árbitro Único: Abog. Carlos Alberto Paitan Contreras

En Lima, a los 10 días del mes de mayo de 2016, en el proceso arbitral seguido por el Consorcio conformado por la empresa Transprojects S.R.L. y el señor Roger Bernardo Silvera Ludeña (en adelante, "CONSORCIO" o "Demandante") y el Servicio Nacional de Capacitación para la Industria de la Construcción – SENCICO, debidamente representada por la Procuraduría Pública del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento (en adelante "ENTIDAD" o "Demandada"), el Árbitro Único emite el siguiente Laudo de Derecho.

LAUDO DE DERECHO

I. **PROCEDIMIENTO ARBITRAL**

1. El Árbitro Único emite el presente laudo arbitral, para lo cual, estima pertinente enunciar los puntos más relevantes en el desarrollo del presente procedimiento, como las principales ocurrencias y actuaciones relacionadas, sin perjuicio de las demás que constan en el expediente.

A. **Constitución del Árbitro Único**

2. Actuando a solicitud del CONSORCIO, la Presidencia Ejecutiva de Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (en adelante “OSCE”) designó al abogado Carlos Alberto Paitan Contreras como Árbitro Único para que resuelva las controversias surgidas entre las partes, designación que fue aceptada, conforme a ley.

B. **Acta de Instalación**

3. Con fecha 6 de octubre de 2015 (en adelante, “Acta de Instalación”), según consta en el acta correspondiente, en la sede institucional del OSCE se procedió a la instalación del Árbitro Único, con la concurrencia de los representantes de ambas partes, estableciéndose que la secretaría arbitral estaría a cargo del abogado Luis Leonardo Llanos Orozco, que el arbitraje sería *ad hoc*, nacional y de derecho, y fijándose finalmente las reglas del respectivo procedimiento arbitral.

C. **Demanda Arbitral**

4. Con fecha 23 de octubre de 2015, el CONSORCIO presentó su Demanda Arbitral. Mediante Resolución N° 2, de fecha 29 de octubre de 2015, el Árbitro Único admitió la demanda arbitral, así como los medios probatorios ofrecidos, dispuso que se contra traslado a la ENTIDAD por un plazo de veinte (20) días hábiles, de conformidad con el Acta de Instalación. Los argumentos expuestos por la parte Demandante serán considerados al momento del análisis correspondiente.

D. **Contestación a la Demanda Arbitral**

5. El 30 de noviembre de 2015, la ENTIDAD presentó su Contestación a la Demanda Arbitral. Mediante Resolución N° 3, de fecha 29 de octubre de 2015, se puso en conocimiento del escrito de contestación a la demanda al CONSORCIO. Los argumentos expuestos por la parte Demandada, serán considerados al momento del análisis correspondiente.

E. **Audiencia Única**

6. Mediante Resolución N° 4, de fecha 4 de enero de 2016, el Árbitro Único procedió a citar a las partes para la Audiencia Única, de conformidad con lo dispuesto en el Acta de Instalación, las mismas que fueron oportunamente notificadas.
7. El 15 de enero de 2016, en la sede de la Secretaría Arbitral y conforme consta del acta correspondiente, se llevó a cabo la Audiencia Única comprendiendo la Audiencia de Conciliación, Determinación de Puntos Controvertidos y la Audiencia de informes Orales; con la participación de los representantes de ambas partes. En dicha audiencia el Árbitro Único invitó a las partes arribar a una conciliación, las partes manifestaron que no era posible arribar a una conciliación por lo que solicitaban al Árbitro Único la continuación de la audiencia programada. Sobre este punto el Árbitro Único señaló que la conciliación se podía dar en cualquier momento del presente arbitraje.
8. Acto seguido el Árbitro Único declaró saneado el proceso y procedió a fijar los puntos controvertidos conforme a lo siguiente:
- a) Determinar si corresponde o no declarar la nulidad de la aplicación de la penalidad por parte de la ENTIDAD en el cuarto entregable.
 - b) Determinar si corresponde o no declarar la improcedencia de la penalidad la cual asciende a S/. 14,699.15 soles y, determinar si corresponde o no ordenar la rectificación del pago respectivo de acuerdo a la Ley de Contrataciones del Estado.

- c) Determinar si procede ordenar a algunas de las partes del presente arbitraje que cumpla con el pago de las costas y costos irrogados.

Conforme a la señalada Acta, el Árbitro Único se reservó el derecho de pronunciarse respecto a la materia controvertida, no necesariamente en el orden señalado de los puntos controvertidos, pudiendo inclusive omitir, con expresión de causa, el pronunciamiento sobre algún punto controvertido si ello careciera de objeto en razón del pronunciamiento sobre otro u otros puntos controvertidos con los que el punto omitido guarde vinculación.

Tratándose de los medios probatorios ofrecidos conforme a los escritos de Demanda Arbitral y Contestación a la Demanda Arbitral, los mismos fueron admitidos sin restricciones.

F. Otros aspectos del proceso arbitral

9. En la Audiencia Única, se cerró la etapa probatoria del proceso arbitral y se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales donde las partes hicieron el uso de la palabra por un espacio de diez (10) minutos con duplicas y replicas respectivamente.
10. Finalmente se otorgó a las partes un plazo de diez (10) días hábiles para la presentación de sus alegatos finales.
11. Sólo el CONSORCIO presentó sus alegatos finales el 25 de enero de 2016.
12. Posterior a ello, el Árbitro Único mediante Resolución N° 6, de fecha 28 de marzo de 2016, fijó el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles.
13. En este sentido, estando dentro del plazo inicial para resolver, el Árbitro Único emite el siguiente laudo arbitral.

II. ASPECTOS PRELIMINARES

A. Marco normativo aplicable

14. El marco jurídico aplicable para el presente arbitraje se encuentra contemplado en el Decreto Legislativo N° 1017, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de

Contrataciones del Estado (en adelante, “LEY”) y su reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF, Reglamento del Decreto Legislativo N° 1017 que aprobó la Ley de Contrataciones del Estado y; sus modificatorias contempladas en la Ley N° 29873 y el Decreto Supremo N° 138-2012-EF.

15. De conformidad con lo dispuesto en el numeral 6 del Acta de Instalación, el Árbitro Único resolverá de acuerdo al orden establecido en el inciso 3 del artículo 52 de la LEY.

B. Resumen de los argumentos del Demandante

16. El 14 de noviembre de 2013 la ENTIDAD y el CONSORCIO celebraron el Contrato N° 059-2013, derivado del proceso de selección Adjudicación Directa Selectiva N° 012-2013-SENCICO, para la contratación del “Servicio de Consultoría para la elaboración del Estudio de Pre inversión a Nivel del Perfil del Proyecto de Instalación de los Servicios Educativos del SENCICO en Ancón, Distrito de Ancón, Provincia y Departamento de Lima”, por la suma de S/. 146,991.49 (Ciento Cuarenta y Seis Mil Novecientos Noventa y Uno y 49/100 Nuevos Soles), por un plazo de ejecución de ciento seis (106) días calendarios. (en adelante, “CONTRATO”)
17. Mediante Carta N° 161-2015-VIVIENDA/SENCICO-07.05 de fecha 24 de marzo de 2015 (en adelante, “CARTA”) la ENTIDAD comunicó al CONSORCIO, la aplicación de penalidad de catorce (14) días de retraso para la cancelación del cuarto pago por un monto ascendente de S/ 14,699.15; como consecuencia de una demora en la presentación del cuarto informe/entregable, de conformidad con el CONTRATO conforme a los siguientes párrafos:

“Con respecto al cuarto entregable, su representada contaba con un plazo de tres (3) días calendario contados a partir de la conformidad del tercer informe, los cuales se contabilizaron a partir de la fecha de pago del tercer entregable, siendo ésta el 14 de noviembre de 2014, fecha en la quedó notificada la conformidad del tercer entregable; por lo que el plazo para la entrega del cuarto entregable venció el 17 de noviembre de 2014.

Mediante Carta N° 49-2014-TP/RSL de fecha 1 de diciembre de 2014, su representada presentó el cuarto entregable, configurándose catorce (14) días de retraso en la prestación, en concordancia a lo establecido

en el Acta de Conformidad N° 14-2015-03.02 emitido por el área usuaria Desarrollo, Mantenimiento e Infraestructura, efectuándose, sobre dicho entregable, observaciones, las que fueron subsanadas dentro del plazo otorgado.

En consecuencia, ante el incumplimiento del plazo contractual de la prestación del servicio del cuarto entregable, corresponde aplicarle la penalidad por mora, de conformidad con el artículo 165 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, contemplada en el contrato de la referencia, la cual asciende al monto de S/. 14,699.15 (...)”.

18. En base a esta CARTA presentada por la ENTIDAD es que el CONSORCIO inicia el presente arbitraje.
19. Los argumentos de fondo por parte del CONSORCIO en su demanda arbitral son los siguientes:
 - a. Que con fecha 24 de marzo de 2015, la ENTIDAD notificó la CARTA en la cual comunicó la Aplicación de Penalidad por incumplimiento del plazo contractual de la prestación del servicio del Cuarto Entregable, por el monto de S/. 14,699.15.
 - b. Con respecto al Cuarto Entregable, el CONSORCIO tenía tres (3) días calendarios contados a partir de la Conformidad del Tercer Entregable, tal como lo establece los términos de referencia del estudio para la presentación del mencionado informe.
 - c. Mediante Carta N° 248-2014-SENCICO-07.05 de fecha 25 de agosto de 2014, la ENTIDAD efectuó observaciones al Tercer Entregable, otorgando el plazo de cinco (5) días calendarios para la subsanación de las mismas.
 - d. Mediante Carta N° 36-2014-TP/RSL de fecha 1 de setiembre de 2014, el CONSORCIO procedió al levantamiento de observaciones del Tercer Entregable cumpliendo con lo establecido en el CONTRATO.
 - e. Mediante Carta N° 49-2014-TP/RSL de fecha 1 de Diciembre de 2014 el CONSORCIO entregó el Cuarto Entregable con el fin de continuar con el estudio.
 - f. Mediante CARTA la ENTIDAD aplica la penalidad correspondiente.

- g. Sin embargo, el Informe N° 009-2014-JLM que se menciona en la CARTA no se notificó al CONSORCIO. Por lo tanto, no sabía el CONSORCIO con exactitud la fecha de entrega del Cuarto informe/entregable.

C. **Resumen de los argumentos de la Demandada**

20. Por otro lado, los argumentos de fondo de la ENTIDAD presentados en su escrito de contestación a la demanda, son los siguientes:

- a. A través de la Orden de Servicios N° 0001400-2014 de fecha 6.11.2014, la ENTIDAD aprobó el pago del tercer entregable por la suma de S/. 51,447.02, acompañando a su vez el Acta de Conformidad de fecha de emisión del 17.10.2014, consignando que el contratista ha cumplido con la prestación de acuerdo al CONTRATO; motivo por el cual en fecha 11.11.2014, se efectuó el pago del tercer entregable, conforme consta con el SIAF 9031.
- b. En tal sentido, de acuerdo a los Términos de Referencia y Requerimientos Técnicos Mínimos de la Adjudicación Directa Selectiva N° 012-2013-SENCICO, el cuarto entregable debía ser presentado tres (03) días después de la conformidad del tercer informe, es decir el 17.11.2014. Dicho plazo se contabiliza a partir del día siguiente de otorgada la conformidad del tercer entregable.
- c. Que, pese a no haberse notificado formalmente al contratista la aprobación del tercer entregable, la ENTIDAD realizó el pago del producto presentado, depositando en las cuentas de la empresa el importe respectivo (S/. 51,447.02) el 14.11.2014.
- d. Sin embargo el contratista, argumenta, que no tenía conocimiento del otorgamiento de la conformidad a su tercer entregable, formulando la interrogante ante este Tribunal; ¿cuál fue el motivo para que el contratista presente el cuarto entregable si aún supuestamente no contaba con la conformidad del tercer entregable? A entender de la ENTIDAD, ello obedecería a que el contratista ya tenía conocimiento que en fecha 14.11.2014 se había hecho efectivo el pago del tercer entregable.
- e. Asimismo, el departamento de Abastecimiento aplicó la penalidad a través de la emisión del Acta de Conformidad de fecha 26.02.2015, la cual señalaba que el

contratista entregó su producto (cuarto entregable) con catorce (14) días de retraso, es decir el 1.12.2014 y no de acuerdo a los plazos de las bases administrativas del proceso de selección, es decir el 17.11.2014 de conformidad a lo consignado por el informe N° 009-2015-JLM, el área de Desarrollo, Mantenimiento e Infraestructura.

III. CONSIDERACIONES DEL ÁRBITRO ÚNICO

Análisis del PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO: “Determinar si corresponde o no declarar la nulidad de la aplicación de la penalidad por parte de la ENTIDAD en el cuarto entregable”.

A. Introducción

21. La presente controversia surge como consecuencia de la aplicación de la penalidad por la ENTIDAD, por el supuesto incumplimiento del CONSORCIO en la presentación del cuarto informe/entregable de conformidad con los términos de referencia del CONTRATO.
22. El Contrato estableció que el servicio de consultoría a cargo del CONSORCIO se ejecutaría en la presentación de 5 informes/entregables: (i) el plan de trabajo, metodología de las cuentas, entre otros aspectos, (ii) los capítulos de aspectos generales e identificación del PIP, entre otros puntos, (iii) los capítulos de formulación y evaluación, conclusiones y recomendaciones del PIP, entre otros puntos relevantes, (iv) la entrega completa del perfil a partir de las correcciones del tercer entregable, Formato SNIP 03 y anexos y documentos sustentatorios y (v) la entrega completa de dos originales del perfil luego de levantadas las observaciones de la OPI, entre otros documentos; todos estos documentos dentro de los plazos establecidos en el término de referencia.
23. En su escrito de demanda arbitral, el CONSORCIO ha solicitado principalmente dos cosas: la primera de ellas es que se declare la nulidad de la aplicación de la penalidad por parte de la ENTIDAD en el cuarto entregable, y la segunda es declarar la improcedencia de la penalidad la cual asciende a S/. 14,699.15. Finalmente, determinar si corresponde o no ordenar la rectificación del pago respectivo de acuerdo a la Ley de Contrataciones del Estado.

24. En respaldo de sus pretensiones, el CONSORCIO ha sostenido que no contaba con fecha cierta para contabilizar el plazo correspondiente para la presentación del cuarto informe/entregable, de conformidad con los términos de referencia del CONTRATO toda vez que en ningún momento se le notificó *la conformidad de la prestación del servicio correspondiente al tercer entregable* conforme a lo indicado en el CONTRATO
25. En esa línea, el CONSORCIO argumenta que al no contar con la notificación de la conformidad del servicio, no podía determinar el plazo contractual establecido en los términos de referencia de tres (03) días contados a partir de la fecha de notificación de dicha constancia de servicio. Señala además que él presentó el cuarto informe/entregable el 01 de diciembre de 2014 para no dilatar más el desarrollo del cronograma contractual ante la falta de notificación de la conformidad del servicio por parte de la ENTIDAD. Concluye que no le corresponde la aplicación de una penalidad por un supuesto retraso en el cumplimiento del cuarto informe/entregable por cuanto la ENTIDAD no actuó correctamente con relación al procedimiento de notificación del informe/entregable precedente.
26. La ENTIDAD a través de su escrito de contestación a la demanda arbitral, ha señalado que el CONSORCIO tenía conocimiento de la fecha de la constancia de la prestación del servicio, debido a que se realizó el pago correspondiente del tercer informe/entregable y que fuera abonado en la cuenta corriente bancaria del CONSORCIO. Agrega que esa fecha es cierta y que por lo tanto, el CONSORCIO debía de presentar el cuarto informe/entregable el 17 de noviembre de 2014, toda vez que la fecha de pago del tercer informe/entregable se había realizado el día 14 de noviembre de 2014; y no el día 01 de diciembre de 2014 como pretende considerar el CONSORCIO.
27. La ENTIDAD señala que mediante Carta N° 161-2015-VIVIENDA/SENCICO-07-05 de fecha 24 de marzo de 2015, comunicó al CONSORCIO la aplicación de la penalidad por catorce (14) días de retraso lo cual significa un descuento de S/ 14,699.15 en la factura correspondiente. De igual manera señala que no se le notificó al CONSORCIO sobre la conformidad del servicio correspondiente con el tercer informe/entregable.

Concluye de esta manera así la ENTIDAD señalando que el CONSORCIO no cumplió con la presentación del cuarto informe/entregable dentro del plazo correspondiente.

28. De lo manifestado y expuesto por las partes, el Árbitro Único identifica que el pedido del CONSORCIO planteado a través del primer punto controvertido en este arbitraje, consiste en declarar la nulidad de la aplicación de penalidad que aplicó la ENTIDAD en virtud del CONTRATO, la misma que es rechazada, toda vez que no ha sustentado ni ha identificado EL CONSORCIO cuáles son los presupuestos vulnerados para la supuesta declaración de una invalidez de un acto administrativo.
29. Cabe señalar que todo acto administrativo será válido cuando éste haya sido emitido conforme a las normas jurídicas previamente vigentes ordenadoras de dicha actuación y en tanto haya observado el cumplimiento de sus elementos esenciales.
30. Por lo que al no haber sustentado adecuadamente su pretensión, bastaría lo aquí señalado para desestimar la pretensión principal dado que el CONSORCIO no ha presentado hechos ni medios de prueba para acreditar la nulidad de un acto administrativo. Sin embargo, el Árbitro Único a través de este laudo arbitral, analizará la conducta de las partes en el cumplimiento de las prestaciones contractuales.
31. Para desarrollar estos puntos, el Árbitro Único ha estructurado la parte de análisis del presente arbitraje de manera tal que permita analizar los puntos controvertidos de conformidad con lo establecido en la Audiencia Única, sin perjuicio de analizar los puntos anteriormente señalados.

B. **¿Existe la obligación por parte de la ENTIDAD de notificar la conformidad del servicio en virtud a los términos del contrato o los términos de referencia?**

32. La respuesta es no. No existe expresamente como obligación dentro del CONTRATO y los TÉRMINOS DE REFERENCIA que la ENTIDAD debía de notificar la conformidad de la prestación del servicio de los entregables.

33. El CONSORCIO debía de presentar informes/entregables de conformidad con el cronograma establecido en el anexo 1 del CONTRATO. Este cronograma de presentación se encontraba disgregado de la siguiente manera:

[el cuadro en la siguiente página]



PERU

Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento

Servicio Nacional de Capacitación para la Industria de la Construcción - SENCIICO

Cuadro N° 01
Plazos de entrega de los productos

INFORME	PLAZO	ENTREGA
PRIMER INFORME	03 días calendario a partir de la Firma del Contrato	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Plan de trabajo ➤ Metodología de las encuestas. Tipo de metodología a aplicar, variables, indicadores, Instrumentos de medición, población muestral, formato de encuesta. ➤ Metodología para el desarrollo de los estudios complementarios
SEGUNDO INFORME	50 días calendario a partir de la Firma del Contrato.	<p>Capítulos/contenidos a Entregar:</p> <ul style="list-style-type: none"> ➤ ASPECTOS GENERALES <ul style="list-style-type: none"> • Nombre del proyecto propuesto • Unidad Formuladora y Ejecutora • Ubicación Geográfica • Participación de las entidades involucradas y beneficiarios • Marco de Referencia ➤ IDENTIFICACION <ul style="list-style-type: none"> • Diagnóstico de la situación actual • Árbol de Problemas • Árbol de Objetivos • Alternativas de solución • <u>Descripción y diseño preliminar del anteproyecto arquitectónico de la infraestructura cada alternativa propuesta.</u> • <u>Entrega de los estudios complementarios: mecánica de suelos, y levantamiento topográfico</u> • Publicación y Difusión del Taller de Involucrados • Otras Actas
TERCER INFORME	50 días calendario a partir de la Conformidad del Segundo Informe.	<ul style="list-style-type: none"> ➤ FORMULACION Y EVALUACION <ul style="list-style-type: none"> • Definición del Horizonte de Evaluación • Demanda Actual y proyectada • Oferta Actual, Optimizada y proyectada • Balance Oferta Demanda • Planteamiento Técnico de las Alternativas • <u>Anteproyecto Arquitectónico Definitivo de la Infraestructura alternativa seleccionada</u> • Costos de las Alternativas presentadas • Beneficios Sociales por cada alternativa • Evaluación Social • Cronograma de ejecución física y financiera • Análisis de Sostenibilidad • Análisis de Sensibilidad • Impacto Ambiental • Selección de Alternativa • Plan de Implementación • Organización y gestión • Matriz de Marco Lógico ➤ CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES ➤ ANEXOS
CUARTO INFORME	A los 03 días calendario a partir de la conformidad del tercer informe.	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Entrega completa del Proyecto de Inversión Pública a nivel de Permiso con todos sus contenidos*: <p>Entregar el Formato SNIP 03, adjuntando los anexos respectivos (Resumen Ejecutivo, Aspectos Generales, Identificación, Formulación, Evaluación y documentos sustentatorios), de cada ítem desarrollado.</p>





PERU

Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento

Servicio Nacional de Capacitación para la Industria de la Construcción - SENCICO

INFORME	PLAZO	ENTREGA
QUINTO INFORME o INFORME FINAL	A los 03 días que se comunique la viabilidad o aprobación de la OPI.	<p>➤ Entrega completa del Proyecto de Inversión Pública a nivel de Perfil con todos sus contenidos:</p> <p>Entregar el Formato SNIP 03, adjuntando los anexos respectivos (Resumen Ejecutivo, Aspectos Generales, Identificación, Formulación, Evaluación y documentos sustentatorios), de cada ítem desarrollado, en dos Ejemplares (un original y una copia) con su respectivo CD antes de ser evaluado por la OPI.** y la Certificación de la Evaluación Ambiental Preliminar (EVAP) emitida por el órgano correspondiente (el documento será presentado en el proceso de evaluación del estudio por parte de la OPI).</p> <p>Luego que el proyecto haya sido aprobado por la OPI: Entregar dos Ejemplares (todos originales).</p>

El Consultor podrá realizar la elaboración del Estudio, en un plazo menor al pactado para el desarrollo de cada etapa. Sin embargo, queda plenamente establecido que los días no empleados en dicha etapa, no se acumularán para el desarrollo de las otras etapas, o para cubrir el atraso en que haya incurrido en etapas previas. Tampoco podrá adicionar dichos días al plazo para subsanar observaciones.

4. ACTIVIDADES A REALIZAR POR EL CONSULTOR

- 4.1 Desarrollar el Plan de Trabajo, en el cual se deberá indicar el objetivo de la consultoría, las actividades que se realizarán a lo largo del servicio, el equipo técnico con el que cuenta, los lineamientos metodológicos que utilizará el consultor en la formulación del estudio de pre inversión (Trabajo de campo, desarrollo de los contenidos mínimos del SNIP, uso de la Guía Metodológica de Proyectos del Sector, aplicación de encuestas, realización de entrevistas, revisión de la normativa y dispositivos legales relacionados al proyecto, etc); asimismo se deberá presentar un Cronograma de Trabajo, en el cual se deberá indicar las actividades que desarrollará indicando fecha de inicio y fin de las actividades.
- 4.2 Realizar visitas de campo necesarias al lugar donde se presta el servicio a fin de determinar la problemática que el proyecto pretende atender, el planteamiento del diseño arquitectónico de la infraestructura prevista, la determinación de la demanda y oferta, etc, que sirva de insumo para la elaboración del estudio de pre inversión. Las visitas de campo deberán realizarse previa coordinación con el supervisor del estudio por parte de SENCICO.
- 4.3 Realizar Taller de Involucrados, a fin de identificar la problemática existente y plantear medidas de solución dentro de sus competencias; las reuniones y taller deberán estar sustentados a través de Actas, las cuales deberán identificar claramente los objetivos del evento, acuerdos y compromisos, resultados del evento, participantes con su respectiva firma (adicionar cargo u ocupación), fecha y hora de la reunión, así como otros aspectos importantes a consideración del consultor.
- 4.4 Realizar las Encuestas necesarias para el desarrollo del estudio, previa conformidad de la metodología y ficha de preguntas por parte del supervisor de SENCICO.
- 4.5 Mantener reuniones periódicas de coordinación con personal de SENCICO a fin de evaluar permanentemente el avance del Proyecto.
- 4.6 Verificar durante el desarrollo del servicio de consultoría, la no duplicidad del Proyecto y/o de los componentes del mismo en otros proyectos formulados bajo el SNIP y la inversión privada.
- 4.7 Formular el estudio a nivel de perfil del Proyecto de Inversión Pública, materia de la presente consultoría acorde con el Anexo SNIP 058: "Contenidos Mínimos de Perfil para declarar la viabilidad de un PIP a nivel Factibilidad". Para el desarrollo del estudio de pre inversión se deberá utilizar información primaria y secundaria.



34. Para el presente caso, la controversia radica principalmente en la presentación del cuarto informe/entregable. Según el Cuadro N° 1 del CONTRATO, el CONSORCIO debía de presentar el cuarto informe/entregable a los tres (3) días calendarios siguientes de la fecha de la conformidad. El texto empleado en el CONTRATO por la Demandada es claro. El plazo de los tres días se empieza a computar a partir de la conformidad de servicio.

35. Según los hechos, el CONSORCIO presentó el informe/entregable el 1 de diciembre de 2014 mediante carta N° 49-2014-TP/RSL. La ENTIDAD posteriormente, mediante carta N° 161, de fecha 24 de marzo de 2015, comunica al CONSORCIO la aplicación de penalidad por incumplimiento como consecuencia de la presentación tardía del cuarto informe/entregable. Según la ENTIDAD, como se ha señalado anteriormente, indica que el CONSORCIO debió de presentar el cuarto informe/entregable a más tardar el día 17 de noviembre de 2014, toda vez que el pago del tercer entregable se había realizado el día 14 de noviembre de 2014. A entender de la ENTIDAD, la fecha de pago concuerda con la fecha de la conformidad del servicio que ésta emitió y que por lo tanto el CONSORCIO tenía conocimiento de la fecha de la conformidad del servicio.
36. De lo señalado por las partes existen dos posturas claramente marcadas. Por el lado del CONSORCIO, éste señala que la conformidad de la prestación del servicio debe ser puesta en conocimiento de él para efectos de contabilizar el plazo mientras que por el lado de la ENTIDAD, ésta última señala que como se realizó el pago correspondiente sobre el tercer informe/entregable, hubo conformidad del servicio, el CONSORCIO tenía conocimiento para contabilizar el plazo correctamente.
37. Agrega incluso el CONSORCIO, al momento de argumentar su demanda, que presentó el cuarto informe/entregable sin saber la fecha exacta de la conformidad del servicio porque la ENTIDAD no se la había notificado. No obstante, para dar cumplimiento con lo establecido en el CONTRATO, el CONSORCIO señala que presentó el cuarto informe /entregable el día 1 de diciembre de 2015.
38. A criterio de este Tribunal, no existe obligación contractual que exija a la ENTIDAD a notificar la conformidad del servicio. Ello no quiere decir que tenga la obligación legal de pronunciarse en la esfera interna de la Entidad. Esto último, tiene consecuencias legales y de responsabilidad administrativa no solo a nivel del funcionario encargado dentro de la ENTIDAD conforme a la ley de contrataciones, sino también, irradia en establecer el último momento que tiene el Contratista para computar los plazos, como pasaremos a detallar a continuación.

C. ¿Si no existe la obligación de notificar la conformidad por parte de la ENTIDAD, entonces cómo el CONSORCIO computaba el plazo correspondiente?

39. El Árbitro Único identifica estos puntos y determina que existe una primera premisa *general* que es que el CONSORCIO debía de presentar el cuarto informe/entregable a los tres días de la fecha de la conformidad del servicio correspondiente al tercer informe/entregable conforme al CONTRATO. Cuando se entiende que el CONSORCIO se vio notificado de dicha conformidad?
40. Según el CONTRATO, la conformidad del servicio es una etapa previa a la actividad de pago por parte de la ENTIDAD.
41. El Árbitro Único deberá de analizar si el CONSORCIO estaba en capacidad de conocer bajo criterio de buena fe y debida diligencia acerca de la conformidad del tercer servicio correspondiente al tercer informe/entregable establecido en el CONTRATO, a efectos de computar el plazo. Para realizar este análisis, el Árbitro Único aplica las reglas que le confiere el marco normativo vigente y de ser el caso, interpretará de conformidad con los criterios de interpretación establecidos en el Código Civil.
42. El REGLAMENTO a través del artículo 181¹ establece el procedimiento para realizar el pago de la prestación de un servicio en materia de bienes y servicios, de la siguiente manera: *“La ENTIDAD deberá pagar la contraprestación pactada a favor del contratista en la oportunidad establecida en las Bases o en el contrato. Para tal efecto, el responsable de otorgar la conformidad de recepción de los bienes o servicios deberá hacerlo en un plazo que no excederá de los diez (10) días calendario de ser éstos recibidos a fin que la ENTIDAD cumpla con la obligación de efectuar el pago. (...)”*

¹ Artículo 181.- Plazos para los pagos

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

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

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

43. Para estos efectos, se debe dar primero la conformidad del servicio y posteriormente la entidad realizará el pago correspondiente. Esto es de igual manera conforme a lo pactado en el CONTRATO. Según el medio probatorio que obra en el escrito de la contestación a la demanda, se evidencia lo siguiente:
- a. CONFORMIDAD DE LA PRESTACIÓN
La conformidad será emitida por la Oficina de Desarrollo, Mantenimiento e Infraestructura, conforme lo establecido en los Términos de Referencia adjuntos.
 - b. FORMA DE PAGO
Pago de acuerdo a entregable, en los porcentajes establecidos en los Términos de Referencia adjuntos. **Previa conformidad** de la Oficina de Desarrollo Mantenimiento e Infraestructura.
44. Conforme lo establecido en el CONTRATO, la conformidad de la prestación será **emitida** por la Oficina de Desarrollo, Mantenimiento e Infraestructura (en adelante, "ODMI"). En segundo lugar, luego de la conformidad de la prestación se realizará el pago correspondiente.
45. El artículo 176 del REGLAMENTO establece los lineamientos para la recepción y conformidad de la prestación del servicio de la siguiente manera:

Artículo 176.- Recepción y conformidad

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

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

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

46. Otorgada la conformidad del servicio, éste genera que el pago se realice por la ENTIDAD. El artículo 177 del REGLAMENTO establece cuáles son los efectos de la emisión de conformidad del servicio:

Artículo 177.- Efectos de la conformidad

Luego de haberse dado la conformidad a la prestación se genera el derecho al pago del contratista. Efectuado el pago culmina el contrato y se cierra el expediente de contratación respectivo.(...)

47. Vemos, entonces que el marco normativo vigente establece una carga a soportar por la ENTIDAD, en el sentido de establecer un procedimiento interno para el pago de servicios prestados por los Contratistas. Esta carga a entender del Tribunal es una protección para el debido empleo de los presupuestos públicos de las áreas usuarias de las Entidades pero a su vez, es una garantía dada a los privados. En caso se proceda con el pago del servicio, este hecho es suficiente para el CONSORCIO en entender que LA ENTIDAD ha otorgado su conformidad al tercer entregable. No es deber, ni responsabilidad alguna del CONSORCIO si la ENTIDAD no ha cumplido con su procedimiento interno de aprobación o conformidad, que haya tenido como resultado la orden de un desembolso de dinero a favor del CONSORCIO.
48. A mayor abundamiento, resulta poner en contexto la opinión N° OPINIÓN N° 090-2014/DTN, que establece los lineamientos respecto a la conformidad del servicio y el procedimiento de pago, de la siguiente manera:

"¿En caso la entidad no se pronunciase respecto a la conformidad de los servicios prestados por el contratista dentro del plazo previsto, se entiende por aprobado dichos servicios?"(sic).

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 42 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, 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 responsabilidades, de conformidad con el primer párrafo del artículo 46 de la Ley.

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

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 176 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 legales.²

49. En este sentido, a criterio de este Tribunal, la carga de la falta de pronunciamiento y/o de la notificación del otorgamiento de la conformidad del servicio recae

² El primer párrafo del artículo 48 de la Ley establece que "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."

exclusivamente bajo responsabilidad de la Entidad y sus funcionarios. El no pronunciarse dentro del plazo, no presupone la aprobación automática del servicio para que genere el pago. Este no es el caso en el presente arbitraje, en vista que el CONSORCIO no viene a exigir el pago en base a una aprobación automática por el transcurrir del plazo de la conformidad a ser requerida a la ENTIDAD.

50. En tal sentido, el pago, como medio indiscutible de la satisfacción de la prestación representa el punto de referencia para que el CONSORCIO empiece a computar los plazos, quiebra la presunción de la aprobación previa, por lo que debió proceder con la presentación del siguiente entregable, sin esperar la notificación posterior de la conformidad del servicio, situación que no fue entendida por el CONSORCIO bajo una lectura formalista del alcance de las bases, el contrato y la ley de contrataciones.
51. Por su parte, el CONSORCIO bajo una interpretación de buena fe del contrato y las bases, tiene la carga de llevar una actuación de debida diligencia en sus procedimientos de cobranza y seguimiento de la cuenta bancaria de los abonos que recibe de sus clientes y/o proveedores para una debida ejecución de sus obligaciones y exigencia de sus derechos; mayor aun en la ejecución de servicios bajo la ley de contrataciones públicas donde compiten y obtiene la buena pro, entre otros requerimientos, el postor de mayor experiencia en la administración de sus contratos. Es notar del expediente, que el CONSORCIO una vez conocido el abono de la entidad, tampoco fue diligente en tomar contacto con la ENTIDAD en coordinar la entrega del entregable/informe y evitar el transcurrir de los plazos de manera irracional.
52. Por parte de la ENTIDAD, ésta no estaría en capacidad de requerir o argumentar un pago indebido en base a la no presunción de aprobación de la conformidad, tampoco de la devolución de lo pagado, ni mayores derechos en base a sus actos propios, particularmente el derivado del abono para ser dirigido en contra del CONSORCIO.
53. En tal sentido, el Árbitro Único declara INFUNDADA la primera pretensión del CONSORCIO al no sustentar correctamente las causales de nulidad del acto administrativo, ni presentar hechos ni medios probatorios conducentes para tales efectos conforme lo expuesto en el análisis de esta pretensión. Incluso, luego de haber

analizado las prestaciones expuestas por las partes, el Árbitro Único llega a la convicción de que el CONSORCIO no actuó de conformidad a los principios de buena fe contractual y debió de haber presentado dentro del plazo de los tres (3) días hábiles computados a partir de la fecha de abono en cuanta de conformidad con los términos de referencia.

Análisis del SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde o no declarar la improcedencia de la penalidad la cual asciende a S/. 14,699.15 soles y, determinar si corresponde o no ordenar la rectificación del pago respectivo de acuerdo a la Ley de Contrataciones del Estado.

54. Sobre este punto controvertido, al haberse resuelto sobre la primera pretensión, el Árbitro Único considera pertinente que este punto controvertido sigue el curso del primer punto controvertido, por lo que ya no es necesario pronunciarse sobre el particular.

Análisis del TERCER PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si procede ordenar a algunas de las partes del presente arbitraje que cumpla con el pago de las costas y costos irrogados.

55. Los costos del Arbitraje se encuentran regulados en la Ley de Arbitraje aprobada por Decreto Legislativo N° 1071. De conformidad con el artículo 73 de la Ley de Arbitraje se determina la distribución de los costos del arbitraje. Esta regla determina quién asume el pago de los costos del arbitraje.
56. Para analizar a quién le corresponde asumir el pago de los costos se deberá LEER el inciso número 1 del artículo 73 de la Ley de Arbitraje.

Artículo 73.- Asunción o distribución de costos.

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

57. Para este caso, el Árbitro Único considera que no solo se basa en que la parte vencida asuma los costos arbitrales, los propios y los asumidos por la ENTIDAD, sino principalmente por cuanto el CONSORCIO no actuó con un mínimo de diligencia debida para el cumplimiento de sus prestaciones basado en una excesiva rigurosidad del procedimiento y en meritorio desconocimiento de la ley de contrataciones.
58. Asimismo, este Tribunal considera que la controversia pudo haber sido evitada y no existen elementos mínimos en los argumentos de defensa para justificar involucrar a una entidad pública a un proceso arbitral que pudo haber sido evitado, generando pérdida de tiempo y recursos, por lo que debe ser sancionado con la asunción integral de las costas y costos.

IV. RESOLUCIÓN DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

59. El Árbitro Único deja expresa y previa constancia de lo siguiente:
 - a) Que, el presente arbitraje se constituyó de acuerdo a lo pactado en el CONTRATO, no habiéndose presentado cuestionamiento alguno por las partes a la competencia del Árbitro Único.
 - b) Que los honorarios del Árbitro Único y de la secretaría arbitral fueron fijados conforme a los términos y forma de pago que constan en el Acta de Instalación de fecha 6 de octubre de 2015, los mismos que poseen carácter definitivo, y que han sido pagados por las partes.
 - c) Que, la demanda y contestación de la demanda se presentaron dentro de los plazos convenidos y/o aceptados por las partes.
 - d) Que, las partes han tenido plena oportunidad para ejercer su derecho de defensa, ofrecer y actuar sus medios probatorios, así como ejercer la facultad de presentar alegatos e inclusive, de informar oralmente si es que así lo hubiesen solicitado, habiendo sido oportuna y válidamente notificados de todos los actos realizados por el Árbitro Único, habiéndose respetado el debido proceso como garantía jurisdiccional.

- e) Que, se ha procedido a laudar dentro del plazo establecido en la resolución N° 6.
60. Sobre la base de los antecedentes precedentemente enunciados, del análisis realizado respecto de las diversas materias objeto de controversia y de las conclusiones alcanzadas en cada caso, destacando el contenido del CONTRATO y la aplicación del régimen legal pertinente y considerando el estado del presente proceso arbitral, el Árbitro Único lauda de manera inapelable conforme a lo siguiente:

PRIMERO Declarar INFUNDADA la primera pretensión de conformidad con lo desarrollado en el presente laudo.

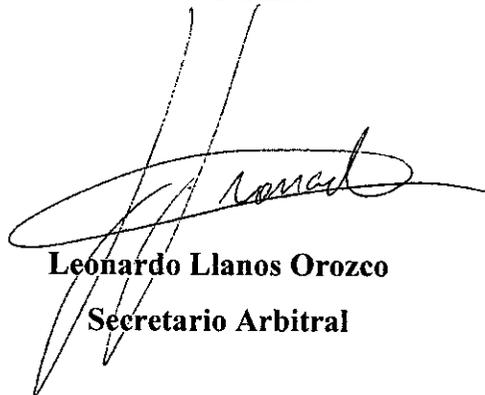
SEGUNDO: Debido a que se declaró INFUNDADA la primera pretensión, le sigue la misma suerte el segundo punto controvertido.

TERCERO: Declarar que el CONSORCIO asuma los gastos arbitrales propios y de la ENTIDAD, esta última debidamente acreditada, de conformidad con lo expuesto en este laudo arbitral.



Carlos Alberto Paitan Contreras

Árbitro Único



Leonardo Llanos Orozco

Secretario Arbitral