

LAUDO DE DERECHO

Laudo de Derecho que en la controversia surgida entre Consulting & Management S.A.C. con el Banco de la Nación dicta el árbitro, señor Víctor Manuel Huayama Castillo

Número de Expediente de Instalación: I 411-2017

Demandante: Consulting & Management S.A.C. (en lo sucesivo el Contratista)

Demandado: Banco de la Nación (en lo sucesivo la Entidad)

Contrato: N° CO-019325-2014-BN "Servicio de Consultoría para el seguimiento y validación del Proyecto Modernización de Procesos Contables, Administrativos, Presupuestales y de Gestión".

Monto del Contrato: S/.795,400.00

Cuantía de la Controversia: S/. 24,891.57

Tipo y Número de Proceso de Selección: CP N° 0013-2014-BN

Árbitro: Víctor Manuel Huayama Castillo

Secretaria Arbitral: Arbitre Soluciones Arbitrales S.R.L. – Antonella Quispe Valenzuela

Monto de los honorarios del árbitro: S/.3,819.00

Monto de los honorarios de la secretaría arbitral: S/.1,793.00

Fecha de emisión del laudo: 5 de junio del 2018

N° de Folios: 22

Pretensiones (controversias relacionadas a las siguientes materias):

<input checked="" type="checkbox"/>	Penalidades
-------------------------------------	-------------

Resolución N° 8

En Lima, a los cinco días de mes de junio del 2018, realizadas las actuaciones arbitrales de conformidad con la ley y las normas establecidas por las partes, escuchados los argumentos del Contratista y de la Entidad, actuadas y valoradas las pruebas, el árbitro que suscribe dicta el presente Laudo de Derecho.

I. ANTECEDENTES

- 1.1. El 15 de agosto del 2014 las partes celebraron el Contrato N° CO-019325-2014-BN "Servicio de Consultoría para el seguimiento y validación del Proyecto Modernización de Procesos Contables, Administrativos, Presupuestales y de Gestión", en adelante, "el Contrato".
- 1.2. La cláusula décimo séptima del Contrato dispone que las controversias que surjan sobre la ejecución o interpretación del Contrato podrán solucionarse mediante arbitraje, conforme lo dispone la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento.
- 1.3. Mediante la Resolución N° 152-2017-OSCE/PRE del 21 de abril del 2016, la Presidencia Ejecutiva del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE designó a quien suscribe como árbitro cargo de la solución de las controversias surgidas entre las partes.
- 1.4. El 6 de junio del 2017, en la sede del OSCE se reunieron el árbitro, Víctor Manuel Huayama Castillo, la representante de la Subdirección de Asuntos Administrativos Arbitrales del OSCE, así como los

representantes del Contratista y de la Entidad, participando en la Audiencia de Instalación. En esta Audiencia, a la que en lo sucesivo nos referiremos como el "Acta de Instalación", el árbitro fijó las reglas de este arbitraje estableciendo que es uno ad hoc, nacional y de derecho.

- 1.5. Así también, en esa audiencia el árbitro encargó la secretaría del proceso a Arbitre Soluciones Arbitrales SRL, quien designó como secretaria a cargo a la abogada Antonella Quispe Valenzuela, estableciendo como sede del arbitraje la oficina ubicada en la Calle Río de la Plata N° 167, oficina 102, distrito de San Isidro, provincia y departamento de Lima. Posteriormente, la sede arbitral fue variada a la Av. del Ejército 250, oficina 506, Miraflores.

II. LO ACTUADO EN EL PROCESO

- 2.1. El 5 de julio del 2017, el Contratista presentó su demanda, pretendiendo que se determine la nulidad, improcedencia e ineficacia de las deducciones efectuadas por la Entidad, que se devuelvan o reintegren dichos montos, más los intereses legales; y que se ordene que la Entidad asuma los costos del proceso.
- 2.2. Mediante Resolución N° 1, dictada el 19 de julio del 2017, se admitió a trámite la demanda, teniéndose por ofrecidos los medios probatorios y corriendo traslado a la Entidad para que en veinte días presente su contestación y, de considerarlo conveniente, formule reconvención.
- 2.3. El 11 de agosto del 2017 la Entidad propuso la excepción de incompetencia y contestó la demanda. El 6 de septiembre del 2017

se emitió la Resolución N° 2 que tuvo por deducida la excepción, por contestada la demanda, y por ofrecidos los medios probatorios, con conocimiento del Contratista.

- 2.4. Mediante la Resolución N° 3, del 25 de noviembre del 2017, se fijó los puntos controvertidos del proceso, los cuales son citados en el fundamento 3.2 de este laudo y se citó a las partes a la Audiencia de Ilustración de Posiciones para el 8 de enero del 2018 a las 10:00 horas en la sede arbitral.
- 2.5. El 8 de enero del 2018 se llevó a cabo la Audiencia de Ilustración de Posiciones en la que, luego de escuchar la exposición de las partes, el árbitro les concedió diez días para que presenten las bases administrativos que dieron origen al Contrato y –conforme a lo solicitado en la demanda- se dispuso que la Entidad presente el informe técnico legal respecto de los motivos que generaron las deducciones al Contratista, así como del método de comprobación y verificación utilizado para ello.
- 2.6. Con el escrito del 18 de enero del 2018 la Entidad presentó la documentación cuya presentación se dispuso en la audiencia del 8 de enero, por lo que mediante la Resolución N° 4, del 6 de febrero del 2018, se corrió traslado al Contratista.
- 2.7. El 9 de marzo del 2018 se dictó la Resolución N° 5 que declaró el cierre de la etapa probatoria, concediendo a las partes cinco días para que presenten sus alegatos escritos.
- 2.8. Mediante la Resolución N° 6, del 3 de abril del 2018, se tuvo por presentados los alegatos de la Entidad y, accediendo a lo solicitado

por las partes, se convocó a la Audiencia de Informes Orales para el 23 de abril del 2018.

2.9. El 23 de abril del 2018 se llevó a cabo la audiencia de informes orales, en la que luego de los informes de las partes, el árbitro fijó el plazo para laudar en treinta días hábiles, prorrogables por treinta días adicionales. En la medida que el plazo no ha sido prorrogado, el plazo para laudar vence el martes 5 de junio del 2018. Luego de recibido el laudo, la secretaría arbitral contará con siete días hábiles para notificarlo.

III. PRETENSIONES DEMANDADAS Y PUNTOS CONTROVERTIDOS

3.1. Las pretensiones contenidas en la demanda han sido formuladas en los siguientes términos:

«PETITORIO:

*Que, [...] interponemos en tiempo hábil la presente demanda arbitral, la cual dirigimos expresamente contra el **BANCO DE LA NACIÓN** [...] a fin de que:*

- i) Que se declare la nulidad y/o improcedencia y/o ineficacia de la deducción efectuada por el Banco de la Nación ascendente a S/.16,117.99 Nuevos Soles.*
- ii) Que se proceda a la consecuente devolución y/o reintegro en favor de CONSULTING & MANAGEMENT S.A.C. del importe deducido por el Banco de la Nación, ascendente a S/.16,117.99 Nuevos Soles.*
- iii) Que se declare la nulidad y/o improcedencia y/o ineficacia de la deducción efectuada por el Banco de la Nación ascendente a S/.8,773.58 Nuevos Soles.*
- iv) Que se proceda a la consecuente devolución y/o reintegro en favor de CONSULTING & MANAGEMENT S.A.C. del importe deducido por el Banco de la Nación, ascendente a S/.8,773.58*

Nuevos Soles.

- v)** *Que el Banco de la Nación procesa al pago de los intereses legales devengados y por devengarse a que hubiere lugar.*
- vi)** *Que el Banco de la Nación proceda al pago de las costas y costos respectivos»¹.*

- 3.2. En función a las pretensiones demandadas por el Contratista, en la Resolución N° 3 dictada el 23 de noviembre del 2017 se fijaron los siguientes puntos controvertidos:
- (i) Determinar si corresponde o no declarar la nulidad, improcedencia "y/o" ineficacia de la deducción efectuada por la Entidad ascendente a S/.16,117.99.
 - (ii) Determinar si corresponde o no ordenar se proceda a devolver "y/o" reintegrar al Contratista el importe deducido por la Entidad, ascendente a S/.16,117.99.
 - (iii) Determinar si corresponde o no declarar la nulidad, improcedencia "y/o" ineficacia de la deducción efectuada por la Entidad ascendente a S/. 8,773.58.
 - (iv) Determinar si corresponde o no ordenar se proceda a devolver "y/o" reintegrar al Contratista el importe deducido por la Entidad, ascendente S/.8,773.58.
 - (v) Determinar si corresponde o no ordenar que la Entidad pague los intereses legales devengados y por devengarse.
 - (vi) Determinar qué parte debe asumir los costos arbitrales.

En consecuencia, el análisis y resolución de estos puntos controvertidos permitirá emitir un adecuado pronunciamiento sobre las pretensiones demandadas.

IV. HECHOS RELEVANTES Y NORMATIVIDAD APLICABLE

¹ Escrito de demanda presentado el 05/07/2017, págs. 1 y 2. Las negritas corresponden al texto citado.

De lo expresado por el Contratista y por la Entidad, se tienen los siguientes hechos relevantes:

- 4.1. El 30 de julio del 2014 la Entidad otorgó la buena pro al Contratista del Concurso Público N° 0013-2014-BN. Al quedar consentida (o ejecutoriada) la buena pro, el 15 de agosto del 2014 las partes celebraron el Contrato CO-019325-2014-BN (el Contrato).
- 4.2. Conforme consta en las cláusulas segunda, tercera y quinta del Contrato, su finalidad fue «*el Servicio de Consultoría para el seguimiento y validación del Proyecto Modernización de Procesos Contables, Administrativos, Presupuestales y de Gestión*», servicio a ser prestado en el plazo de quince meses, por la suma de S/.795,400.00.
- 4.3. De los antecedentes expuestos se observa que el Contrato se celebró en el marco de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por el Decreto Legislativo N° 1017 y por su Reglamento aprobado mediante el Decreto Supremo N° 184-2008-EF, vigente a partir del 1 de febrero del 2009, así como sus respectivas normas modificatorias, especialmente las contenidas en la Ley 29873, vigente a partir del 20 de septiembre del 2012 y el D.S. N° 138-2012-EF que modificó el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
- 4.4. En consecuencia, en la evaluación y análisis de los fundamentos invocados por las partes, y en la solución de la controversia, se aplicará las estipulaciones acordadas en el Contrato, así como la Ley de Contrataciones del Estado, su Reglamento y sus normas modificatorias, vigentes a la fecha de la convocatoria del proceso de selección del cual se deriva el Contrato. Asimismo, se aplicará supletoriamente las normas del Código Civil en caso resulten

pertinentes, dando cumplimiento a la cláusula décimo sexta del Contrato que establece: «*En lo no previsto en este Contrato o en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, serán de aplicación las disposiciones pertinentes del Derecho Administrativo, o en su defecto, las del Código Civil vigente y demás normas concordantes*».

V. ¿CORRESPONDE DECLARAR NULAS E INEFICACES LAS DEDUCCIONES EFECTUADAS POR LA ENTIDAD Y ORDENAR QUE SE DEVUELVA AL CONTRATISTA LOS MONTOS DEDUCIDOS? LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA.

- 5.1. Las pretensiones demandadas por el Contratista se encuentran descritas en el numeral 3.1 de este laudo. Los fundamentos invocados por el Contratista son resumidos a continuación:
- (i) El 15 de agosto del 2014 celebró el Contrato con la Entidad por la suma de S/.795,400.00, incluido el IGV, habiendo cumplido el Contratista con todas las obligaciones a su cargo.
 - (ii) Sin embargo, la Entidad sin mayor explicación al respecto, no pagó el íntegro de las facturas N° E001-101 del 17 de septiembre del 2016 y N° E001-112 del 7 de octubre del 2016. En efecto, sostiene que la factura E001-101 se emitió por S/.60,848.10, habiendo la Entidad pagado únicamente S/.44,730.11, existiendo una diferencia por cancelar de S/.16,117.90. Para el caso de la factura N° E001-112, ésta se emitió por S/.30,463.00, habiendo la Entidad pagado S/.21,689.42, por lo que existe una diferencia por cancelar de S/.8,773.58.
 - (iii) Existe una diferencia sin cancelar ascendente a S/.24,891.57 «*aspecto que no comprendemos ni sabemos si el mismo obedece a un error administrativo incurrido por el Banco de la Nación, o, motivado por alguna otra razón que desconocemos, más aún cuando nuestra organización empresarial [...] –en calidad de contratista de buena fe- ha cumplido consideramos a cabalidad en todo momento con todas y cada una de sus*

obligaciones legales, esenciales y reglamentarias a su cargo [...]»².

- (iv) Mediante carta del 27 de enero del 2017 requirió a la Entidad «*a que se nos informara respecto a las razones y/o motivos que han generado la diferencia no pagada ascendente a la suma total de S/.24,891.57 Nuevos Soles, ellos a fin de efectuar en su caso el descargo respectivo, evitándose con ello generar situaciones de indefensión en contra del administrado (el contratista recurrente), limitándose nuestro derecho de defensa, ello por falta de publicidad y/o transparencia, aspectos éstos últimos los cuales no sólo vulneran crasamente la normativa sobre contratación pública aplicable, sino a su vez lo expresamente normado por la Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General»³.*
- (v) Sostiene que «*Dicha diferencia no abonada / deducción efectuada por la Entidad no ha sido justificada por el Banco de la Nación, habiendo efectuado una contestación de modo general a nuestra solicitud de arbitraje de fecha 07.02.17, no pudiendo por ende con claridad identificar nuestra parte si dicha deducción es, efectiva y objetivamente, una penalidad y qué concepto corresponde, menos aún los motivos del(a) mismo(a) ni su fórmula de cálculo, [...] hasta la fecha, no se conoce oficialmente motivación ni su origen, a fin de en todo caso haber pedido efectuar el descargo respectivo que hubiere correspondido, limitándose la Entidad simplemente a deducir directamente el pago de nuestras facturas respectivas el importe total capital de S/.24,891.57 [...]»⁴.*
- (vi) El Contratista ha invocado, entre otras normas, los artículos 165, 176, y 181 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
- (vii) Asimismo, el Contratista sostiene que «*resulta totalmente contrario a derecho las deducciones (efectuadas en calidad de supuestas penalidades) aplicadas por la Entidad convocante, toda vez que [...] la misma no se encontraría debidamente sustentada, ni tipificada objetivamente conforme al contrato suscrito, a las Bases Administrativas integradas, la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento respectivo, habiendo la empresa recurrente consideramos cumplido con sus obligaciones legales, esenciales y reglamentarias a su cargo,*

² Escrito de demanda presentada el 05/07/2017. Pág. 3. El subrayado corresponde al texto citado.

³ Ibídem.

⁴ Ibídem, págs. 3 y 4.

deviniendo por ende en IMPROCEDENTE y/o INEFICAZ las deducciones de S/.16,117.99 [...] y de S/.8,773.58 [...] aplicadas por la Entidad, debiendo consecuentemente procederse a su devolución / reintegro, e, incluso, reconocerse los intereses legales generados y por generarse hasta la fecha efectiva de su devolución. [...].⁵

5.2. Por su parte, en su escrito del 11 de agosto del 2017 la Entidad, en resumen, ha expuesto los siguientes fundamentos:

- (i) El 15 de agosto del 2014 se celebró el Contrato en el que se pactó que el servicio se prestaría en un plazo de quince meses, contados desde el día siguiente de suscrito el Contrato.
- (ii) Con carta del 4 de noviembre del 2015 el Contratista comunicó un supuesto generador de atraso, manifestando que el cumplimiento del Contrato estarían vinculados con el Contrato N° CO-016564-2013-BN celebrado con la empresa TS NET S.A. *«al mismo que se le habría concedido ampliaciones de plazo, que impactarían en el cronograma de trabajo de Consulting & Management S.A.C. Asimismo, esta empresa señala que el supuesto hecho generador de atraso se inició el 30.07.2015, y que solicitarán una ampliación de plazo cuando concluya el hecho generador de atraso.»⁶*

No obstante, no hubo tal solicitud y, obviamente, el BN no le otorgó ampliación de plazo, por lo que, el retraso en el servicio prestado fue totalmente injustificado, aplicándose las penalidades correspondientes por mora, conforme a ley»⁶.

- (iii) «Con fechas 07.09.2016 y 03.10.2016 Consulting & Management S.A.C. elaboró los informes "Implementación del Modelo de Rentabilidad (OFSA Profitability) Etapa: Construcción" e "Implementación del Modelo de Rentabilidad (OFSA Profitability) Etapa: Pase a Producción Pase a Producción (sic)", **cuando debió haberlos realizado como máximo el 20.12.2014 y el 19.01.2015,** respectivamente»⁷.

⁵ Ibídem, pág. 5.

⁶ Escrito de contestación de demanda del 11/08/2017, pág. 9. Las negritas y el subrayado corresponden al texto citado.

⁷ Ibídem. Las negritas y el subrayado corresponden al texto citado.

- (iv) Ante ello, se aplicó las penalidades que ameritaban respecto de las facturas emitidas por la presentación de los citados entregables.
- (v) La Entidad sostiene que la penalidad que ha impuesto se sustenta en el artículo 165 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado debido al retraso injustificado del Contratista en la ejecución de la prestación, penalidad cuya finalidad es desincentivar el incumplimiento del Contratista y resarcir a la Entidad por el perjuicio causado por el retraso.
- (vi) La norma comentada no establece un procedimiento previo, sino que establece que la penalidad por mora se aplica de forma automática, cuando el contratista se retrase injustificadamente. En tal sentido, sólo en dos casos no procede la aplicación de penalidad por mora: (a) cuando el Contratista concluye sus prestaciones dentro del plazo de ejecución; y (b) cuando se concluyen las prestaciones en una fecha posterior, siempre y cuando la entidad haya aprobado la ampliación de plazo, conforme a lo previsto en el artículo 175 del Reglamento. La Entidad, sita en este extremo las opiniones del OSCE N° 005-2014/DTN y 092-2017/DTN.
- (vii) Sostiene que en virtud de la carta remitida por el Contratista el 4 de noviembre del 2015, el Contratista ya sabía que iba a haber un retraso en la entrega de sus informes y/o prestaciones objeto del Contrato, debiendo conocer que el retraso injustificado en la prestación del servicio conllevaría indefectiblemente a la aplicación de penalidad por mora por estar establecida en la Ley, en el Reglamento y en el Contrato, los cuales establecen también la forma de cálculo de la aplicación de la penalidad por mora, por lo que no es cierto que el Contratista desconociera *«del porqué del descuento y a qué concepto merece el mismo»*.

A. ¿Han caducado las pretensiones demandadas? La excepción de caducidad formulada por la Entidad

5.3. Antes de ingresar a analizar el fondo de la controversia, se debe analizar previamente si la excepción de caducidad formulada por la Entidad es fundada. Los argumentos invocados por la Entidad son los siguientes:

- (i) Las pretensiones de la demanda se refieren a penalidades aplicadas en los pagos realizados por la Entidad. De ello se

colige que ha transcurrido el plazo de caducidad previsto en el artículo 52.2 del Decreto Legislativo N° 1017 correspondiente a las controversias suscitadas por los pagos efectuados.

- (ii) Refiere que las facturas fueron presentadas el 20 de septiembre y el 12 de octubre del 2016, siendo que la conformidad fue otorgada el 8 de septiembre y el 4 de octubre del 2016 por lo que «*los plazos máximos que ha tenido el BN para realizar los pagos correspondientes han sido hasta el 23.09.216 y 19.10.2016, respectivamente*»⁸.
- (iii) Sostiene la Entidad que «*En tal sentido, las solicitudes para someter al Arbitraje cualquier controversia relacionada a los pagos en mención, se debieron realizar hasta los quince (15) días hábiles siguientes en cada situación, vale decir, hasta el 14.10.2016 (para las penalidades aplicadas a la Factura Electrónica N° E001-101) y hasta el 10.11.2016 (para las penalidades aplicadas a la Factura Electrónica N° E001-112)*»⁹.
- (iv) Por ende, la solicitud arbitral presentada por el Contratista el 7 de febrero del 2017 ha sido extemporánea, por lo que la demanda debe declararse improcedente por la manifiesta caducidad.
- 5.4. En la oportunidad concedida en la Resolución N° 2 el Contratista no absolvio la excepción analizada.
- 5.5. El artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado establece que las controversias relacionadas con la liquidación del contrato y pago deben someterse a los mecanismos de solución de controversias dentro del plazo de caducidad de quince días hábiles, y el artículo 181 del Reglamento –en concordancia con lo previsto en la Ley– dispone que «*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*». Empero,

⁸

Ibídem, pág. 3.

⁹

Ibídem, págs. 3 y 4. El subrayado y las negritas corresponden al texto citado.

en opinión del árbitro dichos dispositivos no resultan aplicables a la controversia.

- 5.6. En efecto, el citado artículo 52 establece que los derechos subjetivos relacionados con la nulidad del contrato, resolución del contrato, ampliación de plazo contractual, recepción y conformidad de la prestación, valorizaciones o metrados, liquidación del contrato y pago, caducan si es que no se acude a los mecanismos de solución de controversias dentro del plazo de quince días hábiles.

En la norma comentada no se excluye expresamente las controversias referidas a la imposición de penalidades. Y ello, es un aspecto que resulta relevante pues debido a los severos efectos de la caducidad debe ser establecida expresamente por la ley, no siendo posible su aplicación analógica, en virtud de lo previsto en el artículo IV del Título Preliminar y en el artículo 2004 del Código Civil.

- 5.7. En virtud de ello, el árbitro considera que la excepción de caducidad propuesta por la Entidad es infundada.

B. ¿Corresponde declarar la nulidad, improcedencia "y/o" ineficacia de las deducciones efectuadas por la Entidad ascendentes en total a S/.24,891.57?

- 5.8. El Contratista considera que las deducciones efectuadas por la Entidad deben ser declaradas nulas "y/o" improcedentes "y/o" ineficaces debido a que «*Dicha diferencia no abonada / deducción efectuada por la Entidad no ha sido justificada por el Banco de la Nación, habiendo efectuado una contestación de modo general a nuestra solicitud de arbitraje de fecha 07.02.17, no pudiendo por ende con claridad identificar nuestra parte si dicha deducción es, efectiva y objetivamente, una penalidad y qué concepto*

corresponde, menos aún los motivos del(a) mismo(a) ni su fórmula de cálculo, [...] hasta la fecha, no se conoce oficialmente motivación ni su origen, a fin de en todo caso haber pedido efectuar el descargo respectivo que hubiere correspondido, limitándose la Entidad simplemente a deducir directamente el pago de nuestras facturas respectivas el importe total capital de S/.24,891.57 [...]»¹⁰.

Precisamente, en relación con ello, el Contratista sostiene que mediante carta del 27 de enero del 2017 requirió a la Entidad que le informe las razones que generaron la diferencia no pagada ascendente a S/.24,891.57 «*a fin de efectuar en su caso el descargo respectivo, evitándose con ello generar situaciones de indefensión en contra del administrado (el contratista recurrente), limitándose nuestro derecho de defensa, ello por falta de publicidad y/o transparencia, aspectos éstos últimos los cuales no sólo vulneran crasamente la normativa sobre contratación pública aplicable, sino a su vez lo expresamente normado por la Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General»¹¹.*

- 5.9. Efectivamente, mediante carta remitida notarialmente el 27 de enero del 2017 el Contratista requirió a la Entidad para que dentro de cinco días hábiles le informara las razones que explicaban la diferencia no pagada a fin de efectuar, de ser el caso, los descargos respectivos, evitándose con ello generar situaciones de indefensión en contra del Contratista, limitándose su derecho de defensa.
- 5.10. Ha quedado acreditado que la Entidad no respondió el pedido del Contratista, al punto que éste, mediante carta del 7 de febrero del 2017, se vio precisado a solicitar el arbitraje, pedido que fue respondido por la Entidad mediante carta 0048-2017 del 17 de

¹⁰ Escrito de demanda presentada el 05/07/2017, págs. 3 y 4.
¹¹ Ibídem, pág. 3.

febrero del 2017 en la que, respecto de la controversia, se limitó a decir que «*Con respecto a la controversia planteada, el BN se reafirma en su posición discrepante por cuanto las deducciones realizadas por penalidades fue realizada conforme a ley*».

- 5.11. Respecto de ello, la Entidad ha señalado que la penalidad por mora se aplica de forma automática, cuando el contratista se retrasa de forma injustificada por lo que sólo en dos casos no procede la aplicación de penalidad por mora: (a) cuando el Contratista ejecuta sus prestaciones dentro del plazo de ejecución; y (b) cuando se concluyen las prestaciones en una fecha posterior, siempre y cuando la entidad haya aprobado la ampliación de plazo, conforme a lo previsto en el artículo 175 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
- 5.12. Al respecto, ha quedado acreditado que las únicas deducciones efectuadas por la Entidad corresponden a las penalidades por mora aplicadas por ésta. La Entidad así lo ha sostenido y el Contratista así también lo ha admitido, como por ejemplo, en la Audiencia de Ilustración de Posiciones llevada a cabo el 8 de enero del 2018¹².
- 5.13. Siendo entonces que las deducciones aplicadas por la Entidad corresponden a penalidades por mora del Contratista, éstas se han aplicado en mérito de lo previsto en el artículo 165 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. Dicha penalidad no tiene

¹² Grabación de la audiencia del 08/01/2018, minuto 52.22 al 53.08:
Árbitro: «*La penalidad asciende a 24,891.57, no, en total ¿es penalidad por mora?*»
Abogado de la Entidad: «*Por mora*»
Árbitro: «*Por mora, por cumplimiento tardío deberíamos entender de las prestaciones a cargo del Contratista... ¿Son las únicas penalidades que se han impuesto al Contratista o las únicas deducciones que se han impuesto al Contratista?*»
Entidad: «*Bueno, tengo conocimiento por la presente controversia que son las únicas a menos que el Contratista haya planteado otra controversia*».
Abogado del Contratista: «*Sí, son las únicas, son las únicas. O sea el Contrato es por 795,000 soles y las penalidades son por 24,000 soles nada más*».

como fuente la voluntad de las partes manifestada en el Contrato, pues su vigencia y aplicación proviene directamente de la Ley de Contrataciones del Estado y de su Reglamento, que la imponen de modo obligatorio, aun cuando las partes hayan omitido incluirla en el Contrato.

- 5.14. En tal sentido, el análisis sobre la pertinencia y validez de la penalidad aplicada por la Entidad debe efectuarse teniendo en cuenta el artículo 48 de la Ley de Contrataciones y en el artículo 165 del Reglamento antes citado.

De este modo, no existe mayor duda que la aplicación de la penalidad por mora es automática y para su imposición no se requiere de mayor procedimiento, ni traslado previo al Contratista. Y ello porque el artículo 165 del Reglamento dispone que *«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 [...]. 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»*.

Por ello, el árbitro concuerda en este extremo con lo opinado por la Dirección Técnica Normativa del OSCE en las opiniones 092-2017/DTN, 263-2017/DTN, 061-2018/DTN, entre otras.

- 5.15. Teniendo en cuenta lo expuesto precedentemente, la decisión de la Entidad de deducir del monto de las facturas emitidas por el Contratista el monto correspondiente a las penalidades por mora no es un acto inválido, pues se sustenta en lo previsto expresamente en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado y corresponde

a la naturaleza de estas penalidades que, como hemos visto, son aplicables automáticamente. En tal sentido, el árbitro considera que dichas deducciones no han incurrido en causal de nulidad por lo que en este extremo la primera y la tercera pretensiones de la demanda son infundadas.

- 5.16. Ahora bien, el hecho que las entidades estén premundas por ley a penalizar por mora de modo automático, no las releva de un deber contractual por demás evidente: el de informar a su contraparte de la decisión que han adoptado. Y es que, si bien esta penalidad –al igual que toda cláusula penal- es un avalúo anticipado del daño que puede generar determinado incumplimiento y, en tal sentido, libera al acreedor de la probanza del daño y de su cuantía, por ello mismo limita y restringe los derechos del deudor, por lo que su imposición debe asegurarle la posibilidad de verificar que la penalidad ha sido impuesta de modo acorde con lo previsto en la ley o en el contrato, brindándole la oportunidad de cuestionarla en caso de no ser así.
- 5.17. Sin embargo, en el marco del artículo 165 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, el deber de informar al deudor de la imposición de la penalidad no afecta la validez de la decisión de imponer la penalidad, ni determina su nulidad, sino que atañe a un aspecto distinto, a saber, su eficacia. Y la eficacia es una categoría distinta al de la de validez, como también lo es la ineficacia respecto de la nulidad.
- 5.18. Y es que, conforme lo comenta la Corte Suprema de la República en el Quinto Pleno Casatorio «*un negocio jurídico es ineficaz (...) cuando no produce los efectos jurídicos que las partes declaran como su propósito. La falta de efectos puede tener motivos diversos y manifestarse en diversas formas (...)*». De esta manera si es que no

surgen los efectos jurídicos establecidos en el estatuto negocial privado, que constituye el propósito de las partes del negocio jurídico, ello se origina como consecuencia de la existencia de factores intrínsecos o extrínsecos del mismo negocio jurídico»¹³.

- 5.19. De este modo, si bien es válido que una entidad imponga automáticamente una penalidad por mora, e incluso la deduzca de los pagos a cuenta, del pago final o en la liquidación final, para que dicha decisión sea plenamente eficaz debe superar los eventuales cuestionamientos que el contratista pueda hacer, para lo cual éste debe ser comunicado de la imposición de la penalidad.
- 5.20. Al respecto, el árbitro tiene en cuenta que recién con la contestación de demanda la Entidad ha dejado expresa constancia que los montos deducidos al Contratista corresponden a penalidades por mora. Y respecto de ello, mediante escrito presentado el 18 de enero del 2018 la Entidad presentó el «*Informe Técnico [...] donde se indica que las deducciones realizadas a las facturas Electrónicas N° E001-101 y E-001-112 fueron por concepto de penalidades por mora, en razón de atraso en la ejecución del servicio*». Mediante la Resolución N° 4, del 6 de febrero del 2018, se corrió traslado de dicho informe, no habiendo el Contratista formulado ningún cuestionamiento, ni a la fórmula aplicada para determinar la penalidad, ni a los días considerados como retraso, ni a los montos a los que se ha arribado por concepto de penalidad.
- 5.21. Por ende, si bien de modo previo al inicio de este proceso la Entidad no cumplió con su deber de informar al Contratista de la penalidad que había deducido, dicho deber sí ha sido cumplido en este

¹³ Quinto Pleno Casatorio emitido por la Corte Suprema de la República el 03/01/2013 en la causa 3189-2012-Lima Norte, fundamento 143.

arbitraje, siendo el caso que -informado el Contratista de ello- éste no ha formulado ningún comentario, ni observación a los criterios aplicados por la Entidad para imponer las penalidades.

- 5.22. Dicha inacción, resulta siendo determinante en este caso, pues con el inicio de este proceso el Contratista ha buscado que la Entidad le informe de los conceptos y criterios que han sustentado las deducciones efectuadas por la Entidad. Precisamente por ello es que el Contratista, en el numeral 7 del acápite V de su demanda ofreció como medio probatorio *«El Informe Técnico – Legal que deberá remitir al Árbitro Único el Banco de la Nación respecto de los motivos que generaron las deducciones en contra del contratista, así como el método de comprobación/verificación utilizada para ello»*, prueba que fue admitida mediante la Resolución N° 3 del 25 de noviembre del 2017 y respecto de la cual, en la audiencia del 8 de enero del 2018, se concedió a la Entidad diez días para que cumpliera con presentarla.
- 5.23. Así, el Informe Técnico presentado por la Entidad con su escrito del 18 de enero del 2018 fue presentado a pedido del Contratista, y por lo tanto, con él la Entidad cumplió con su deber contractual de comunicar de las penalidades impuestas a su contraparte. Siendo que el Contratista –como se ha visto- no formuló ninguna objeción ni cuestionamiento respecto de dicho informe técnico, el árbitro considera que no existe mérito para declarar la ineficacia de dichas penalidades, ni tampoco existe mérito para declarar su improcedencia. Por ende, tanto la primera como la tercera pretensiones de la demanda resultan infundadas también en estos extremos.

5.24. Ahora bien, en la segunda y cuarta pretensiones principales de la demanda el Contratista pretende que se ordene la devolución de los montos deducidos por la Entidad. Dichas pretensiones son de carácter accesorio, pues están supeditadas al pronunciamiento respecto de la nulidad, ineficacia e improcedencia de las deducciones aplicadas por la Entidad. En la medida que en los acápite precedentes hemos desestimado la primera y la tercera pretensiones de la demanda, estas pretensiones accesorias deben ser también desestimadas. Igual suerte debe correr la quinta pretensión de la demanda con la que el Contratista pretende el pago de los intereses legales devengados de los montos deducidos.

VI. LOS COSTOS ARBITRALES

6.1. Finalmente, corresponde analizar el último punto controvertido, determinando el modo en el que las partes deberán asumir los costos arbitrales. Sobre el particular, el artículo 73 del Decreto Legislativo N° 1071 que norma el Arbitraje dispone que *«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».*

Ante la ausencia de acuerdo expreso entre las partes sobre este aspecto, corresponde distribuir los costos arbitrales conforme se indica a continuación.

6.2. El árbitro ha apreciado que ambas partes han actuado basados en la existencia de razones para litigar que a su criterio resultaban atendibles, y por ello han litigado convencidos de sus posiciones ante la controversia. Por ello, considera que cada parte debe asumir sus propios costos. Y, en cuanto a los costos comunes, entendiendo por tales los honorarios de la secretaría y del árbitro, dichos costos deben ser asumidos en proporciones iguales por cada una de las partes.

Por las razones expuestas, de conformidad con el Acta de Instalación y el Decreto Legislativo N° 1071 que norma el arbitraje, el árbitro resolviendo en Derecho **LAUDA**:

PRIMERO: Declarar **infundada** la excepción de incompetencia deducida por el Banco de la Nación.

SEGUNDO: Declarar **infundada** la primera pretensión de la demanda. En consecuencia **no** corresponde declarar la nulidad, improcedencia o ineficacia de la deducción efectuada por el Banco de la Nación ascendente a S/.16,117.99.

TERCERO: Declarar **infundada** la segunda pretensión de la demanda. En consecuencia, no corresponde disponer que el Banco de la Nación devuelva o reintegre a Consulting & Management S.A.C. el importe deducido ascendente a S/.16,117.99.

CUARTO: Declarar **infundada** la tercera pretensión de la demanda. En consecuencia **no** corresponde declarar la nulidad, improcedencia o ineficacia de la deducción efectuada por el Banco de la Nación ascendente a S/.8,773.58.

QUINTO: Declarar **infundada** la segunda pretensión de la demanda. En consecuencia, **no** corresponde disponer que el Banco de la Nación devuelva o reintegre a Consulting & Management S.A.C. el importe deducido ascendente a S/.8,773.58.

SEXTO: Declarar **infundada** la quinta pretensión de la demanda. En consecuencia, **no** corresponde disponer que el Banco de la Nación pague intereses legales por los montos deducidos.

SÉPTIMO: **Ordenar** que cada una de las partes asuman los costos arbitrales en los que hubieran incurrido y en partes iguales los costos arbitrales relativos a los honorarios del árbitro y de la secretaría arbitral.

OCTAVO: A la sexta pretensión de la demanda, relacionada con los costos arbitrales: **estese** a lo decretado en el sexto punto resolutivo.



Víctor Manuel Huayama Castillo
Árbitro Único