

2

Arbitraje seguido en el marco del procedimiento entre
BULLARD, FALLA & EZCURRA ABOGADOS S.C.R.L.
Demandante

c.

Instituto Metropolitano de Transporte de Lima – PROTRANSPORTE
Demandado

Laudo de derecho

Árbitro Único
Ricardo Antonio León Pastor

Secretaría del tribunal
Miguel Santa Cruz Vital
Edith Poma Ayala

Tipo de arbitraje:
Nacional, de derecho y ad hoc



Lima, 24 de abril de 2019

REPRESENTACIÓN DE LAS PARTES

En representación del demandante:

Carmen Celinda Fernández Hidalgo
(apoderada)

Av. Las Palmeras N°310, San Isidro –
Lima – Perú

En representación del demandado:

Olga Adriana Pérez Uceda (apoderada)

Jr. Cusco N° 286, Cercado de Lima –
Lima – Perú



TABLA DE CONTENIDO

REPRESENTACIÓN DE LAS PARTES.....	2
ANTECEDENTES Y PARTES	4
CONVENIO ARBITRAL	5
PROCEDIMIENTO ARBITRAL.....	5
SOLICITUD, DESIGNACIÓN E INSTALACIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO	5
CONTESTACIÓN Y RECONVENCIÓN.....	7
CONTESTACIÓN DE RECONVENCIÓN	¡Error! Marcador no definido.
DETERMINACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS Y ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS.....	8
AUDIENCIA ÚNICA.....	8
ALEGATOS ESCRITOS	9
ANÁLISIS DEL CASO.....	10
ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS.....	11
DECISIONES	15



ANTECEDENTES Y PARTES

1. El instituto Metropolitano Protransporte de Lima (en adelante, Protransporte) fue demandado en la vía arbitral por la empresa Perú Masivo S.A. (en adelante, Perú Masivo); por lo cual, requirió contratar servicios de asesoría legal para la defensa correspondiente. En ese marco, se expidió la Res. N°044-2012-MML/IMPL/GG (anexo A1) el 13 de julio de 2012 que aprobó la exoneración del procedimiento de selección para la contratación directa del estudio Bullard, Falla y Ezcurra Abogados S.R.L (en adelante, BFE).
2. El valor referencial del procedimiento de selección se determinó por la suma de S/342,200.00 según informe ejecutivo N°115-2012-MML/IMPL del 20 de julio de 2012. Sobre la base de la exoneración aprobada por Protransporte, BFE presentó su propuesta técnica y económica (anexo A2) proponiendo un honorario fijo y un honorario de éxito.
3. En atención a la propuesta de BFE, las partes suscribieron el contrato N°014-2012-MML/IMPL (en adelante, el contrato) el 26 de julio de 2012. En la cláusula tercera del contrato, las partes acordaron el pago de un honorario fijo y un honorario de éxito, veamos:

Cláusula tercera: Monto Contractual

El monto del presente contrato asciende a la suma de **S/342,200.00 (Trescientos cuarenta y Dos Mil Doscientos con 00/100 soles)**, incluido el IGV, calculado en base a tarifa horaria, conforme a la propuesta económica presentada por **EL CONTRATISTA**.

Este monto comprende el costo del servicio, todos los tributos, seguros e impuestos, así como todo aquello que sea necesario para la correcta ejecución de la prestación materia del presente contrato.

Asimismo, las partes han convenido el pago de un honorario de éxito, el cual será cancelado en las condiciones y forma establecidas en la Propuesta Económica y en las Bases. (Subrayado nuestro).

4. En la carta de propuesta económica (anexo B10) se acordó que:
 - b) **Honorarios de éxito**
Hemos previsto adicionalmente un honorario de éxito, según se detalla a continuación:
 - a) 1.5% de lo que se deje de pagar del monto demandado hasta un total de S/ 53,000,000.00; y
 - b) 0.5% sobre el exceso del monto señalado en el punto anterior.
5. El 18 de febrero de 2016, el tribunal arbitral que conocía del caso Perú Masivo contra Protransporte emitió el laudo de derecho en el expediente N°2267-2012-CCL (anexo A5). Protransporte había sido demandado para que pague S/71,696,492.00; sin embargo, el tribunal arbitral solo le condenó a pagar la suma S/38,093,045.00.
6. En atención al resultado del arbitraje seguido entre Perú Masivo y Protransporte es que BFE determinó como honorario de éxito la suma de S/ 594,769.22 obtenida según el siguiente cuadro:

Monto ahorrado	S/33,603,447.00
Monto de honorario de éxito pactado (1.5% del monto ahorrado)	S/504,051.71
IGV	S/90,727.51
TOTAL	S/594,769.22

RL

- 4
7. El 26 de julio de 2016 (anexo A6) BFE requirió a Protransporte el pago del honorario de éxito antes señalado. Protransporte respondió el 26 de agosto de 2016 (anexo A7) solicitando una negociación sobre el particular.
 8. El 19 de setiembre de 2016, BFE remitió un informe a Protransporte (anexo A8) a solicitud de este último, en el cual expuso y analizó los resultados del patrocinio llevado a cabo.
 9. El 21 de octubre de 2016, Alfredo Bullard, socio de BFE envió un correo electrónico (anexo A9) a Protransporte para comunicarles que habiendo solicitado este último un descuento en el honorario de éxito, el estudio les otorgaría una rebaja del 15% del monto de la acreencia.
 10. El 10 de abril de 2018, casi dos años después, Protransporte remitió a BFE una carta notarial (anexo a12) indicándole no tener disponibilidad presupuestal para cubrir la deuda, toda vez que en el expediente de contratación que dio mérito al contrato se consideró únicamente la certificación presupuestal del honorario fijo. Este hecho detonó el inicio del arbitraje.

CONVENIO ARBITRAL

11. En la cláusula décimo quinta del contrato, las partes acordaron lo siguiente:

Cláusula décimo quinta: Solución de Controversias

Cualquier controversia que se derive de la ejecución, interpretación, nulidad e invalidez del presente Contrato será resuelta mediante un arbitraje de derecho, de conformidad con lo establecido en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento.

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

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

PROCEDIMIENTO ARBITRAL

SOLICITUD, DESIGNACIÓN E INSTALACIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO

12. El 15 de junio de 2018, BFE remitió a PROTRANSPORTE su solicitud de arbitraje, solicitando que la controversia sea dilucidada pro tres (3) árbitros. Sin embargo, este último respondió la solicitud el 6 de julio de 2018 manifestando su desacuerdo con la forma y composición del tribunal arbitral.
13. El 13 de agosto de 2018, el OSCE designó como árbitro único al suscrito – en vista de la falta de acuerdo de las partes antes expuesta – de conformidad a lo establecido en el artículo 220º del RLCE. Mi aceptación fue presentada al OSCE 22 de agosto de 2018.
14. La instalación del árbitro único se llevó a cabo el 12 de noviembre de 2018, según consta del acta suscrita en dicha fecha (que, en adelante, llamaremos “acta de instalación”)

LEY APPLICABLE

15. En el acta de instalación dejamos constancia de que al presente arbitraje le sería aplicable la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo N°1017 y modificado



Ley 29873, así como el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N°184-2008-EF y modificado por Decreto Supremo N°138-2012-EF.

16. Respecto a las reglas procesales del arbitraje, se determinaron en el acta de instalaciones todas las reglas pertinentes, dejándose constancia de que en caso de insuficiencia se aplicaría de forma supletoria el Decreto Legislativo N°1071 (en adelante, Ley de Arbitraje).
17. Finalmente, las partes otorgaron facultades al Árbitro Único para que en lo no previsto en los dispositivos antes señalados, disponga las reglas que considere necesarias para el adecuado desarrollo del procedimiento arbitral, respetando los principios de igualdad, celeridad, concentración, buena fe y economía procesal.

COSTOS ARBITRALES

18. En la audiencia de instalación, determinamos como honorarios del Árbitro Único la suma de S/. 10,466.00 que debían ser asumidos por cada parte en proporciones iguales por la suma de S/ 5,233.00.
19. Asimismo, determinamos como honorarios de la secretaría arbitral la suma de S/6,675.00 que debían ser asumidos por cada parte en proporciones iguales por la suma de S/3,337.50.
20. El 13 de diciembre de 2018, BFE cumplió con acreditar el pago de los gastos arbitrales en la proporción a su cargo, sin embargo, PROTRANSPORTE no cumplió con acreditar el costo de los gastos en la proporción a su cargo, por lo cual, decidimos facultar a BFE para que asuma en vía de subrogación el pago correspondiente a la parte contraria.
21. El 16 de enero de 2019, BFE cumplió con acreditar el pago de los gastos arbitrales en la proporción a cargo de PROTRANSPORTE en vía de subrogación.

DEMANDA ARBITRAL

22. El 3 de diciembre de 2018, BFE presentó su escrito de demanda formulando las siguientes pretensiones:

Primera pretensión principal: Que se ordene a Protransporte pague la suma ascendente a S/594,769.22 incluido el IGV, correspondiente al honorario de éxito del caso Perú Masivo, de acuerdo al contrato N°014-2012-MML/IMPL/AN y a la Propuesta de Honorarios enviada mediante carta N°418-2012-BFE.

Pretensión accesoria a la pretensión principal: Que se ordene a Protransporte el pago de los intereses legales correspondientes.

Segunda pretensión principal: Que se ordene a Protransporte el pago de las costas y costos del proceso.

23. La tesis de BFE consiste en que el 19 de setiembre de 2016 (Anexo A8) se cumplió con presentar el informe legal solicitado por la demandada, acreditando el cumplimiento de sus obligaciones. Según lo anterior y conforme al artículo 180º del RLCE y a la cláusula quinta del contrato, si bien la prestación terminaba una vez culminado el arbitraje, BFE tenía derecho a la contraprestación del servicio desde otorgada la conformidad por la oficina.

RD

24. Asimismo, el artículo 181º del RLCE señala que el plazo máximo para otorgar la conformidad es de diez (10) días, el cual deberá computarse desde el 19 de setiembre de 2016, habiendo vencido el 4 de octubre de 2016. Posterior a ello, Protransporte debió haber efectuado el pago a más tardar diez días hábiles siguientes, es decir, el 17 de octubre de 2016, lo cual no hizo.
25. Sostiene que Protransporte alegará que de acuerdo a la Ley del Sistema Nacional de Presupuesto – Ley N°28411 – no procederá el pago por no haber sido presupuestado, inobservando una norma de orden público, sin embargo, sobre esto, alega que dicha hipótesis se basa para casos referidos a actos administrativos y no de cumplimiento de contratos.
26. Señala que el hecho de que Protransporte no haya presupuestado en el valor referencial del procedimiento de selección el monto del honorario de éxito es algo que debe ser imputado únicamente a dicha entidad, no siendo BFE responsable por ello ni mucho menos víctima de la negligencia de la entidad.
27. Respecto al pago de intereses, invoca los artículos 48º de la LCE y 181º del RLCE que habilitan al pago de intereses cuando el retraso en el pago sea injustificado.

CONTESTACIÓN Y RECONVENCIÓN

28. El 9 de enero de 2019, Protransporte presentó su escrito de contestación de demanda y formuló reconvención. Sobre el particular, considerando que los argumentos de la contestación de demanda y de la reconvención son idénticos, los expondremos de forma indistinta. No obstante, cabe anotar que la reconvención fue archivada por falta de pago.
29. La tesis de Protransporte es que según el informe ejecutivo N°115-2012-MML se determinó como valor referencial la suma de S/342,200.00, lo cual fue presupuestado y se emitió al respecto el certificado presupuestal (anexo B8) por dicho monto.
30. Esto también fue incluido en el Plan Nacional de Contrataciones de Protransporte, conforme al artículo 12º de la LCE y al artículo 10º del RLCE que disponen que para convocar un procedimiento de selección es requisito indispensable que esté incluido en el Plan Anual de Contrataciones (PAC).
31. Sostiene que BFE pretende cobrar un honorario de "éxito" a pesar de que el resultado del laudo emitido en el expediente N°2267-2012-CCL (anexo A5) no fue favorable a Protransporte; aunado a ello, el artículo 27º de la Ley del Sistema Nacional de Presupuesto establece que **son nulos de pleno derecho los actos administrativos o de administración que incumplan la limitación a los créditos presupuestarios de la entidad**.
32. Asimismo, el artículo 15º de la LCE establece que para la contratación de servicios con honorario de éxito estos pueden ser considerados siempre que se justifique la necesidad y que el monto esté incluido en el valor referencial junto al honorario fijo.
33. Es en ese marco que sostiene que la estipulación contractual de la cláusula tercera *in fine* del contrato es inexigible y debe ser considerada como no puesta por vulnerar el principio de legalidad.

RO

DETERMINACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS Y ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS

34. El 5 de marzo de 2019, determinamos los siguientes puntos materia de controversia:

Primer punto controvertido:

Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único ordene a PROTRANSPORTE pagar a favor del DEMANDANTE la suma de S/594,769.22, incluido el impuesto general a las ventas, correspondiente al honorario de éxito del Caso Perú Masivo, de acuerdo al Contrato N°014-2012-MML/IMPL/AN y a la propuesta de honorarios enviada mediante Carta N°418-2012-BFE.

Segundo punto controvertido:

En caso se ampare el Primer Punto Controvertido determinar si corresponde o no que el Árbitro Único ordene a PROTRANSPORTE pagar a favor del DEMANDANTE, los intereses legales que correspondan.

Costos del proceso: Además, el Árbitro Único deberá pronunciarse en el laudo acerca de los costos del presente arbitraje.

35. En el mismo acto, declaramos admitidos los medios probatorios ofrecidos por las partes en su escrito de demanda, contestación de demanda y reconvenCIÓN, tras dejar constancia de que, conforme a la regla 28 del acta de instalación, estos fueron incorporados al arbitraje al no haber sido cuestionados por la parte contraria.

36. Sin embargo, advertimos que mediante resolución N° 9 dejamos constancia que la entidad no cubrió los costos relativos a la reconvenCIÓN, razón por la cual archivamos la misma. Así, quedaron subsistentes solo el primer y segundo punto controvertidos.

AUDIENCIA ÚNICA

37. El 1 de abril de 2019, se llevó a cabo la audiencia única con la presencia de los representantes de las partes, en dicha oportunidad, las partes formularon los siguientes argumentos.

Por parte de BFE:

- a. El demandante reclama el incumplimiento de pago por 594 mil soles por honorario de éxito, conforme con el contrato de asesoría legal N° 014-2012 a favor de Protransporte, y conforme con la carta de propuesta económica N° 418-2012.
- b. En el laudo se ordenó dejar de pagar 33 millones a Protransporte, monto de éxito al que debe aplicarse el 1.5% para determinar el honorario de éxito.
- c. Las partes han intercambiado correos electrónicos sobre el particular. También hubo un ofrecimiento de descuento del 15% por pronto pago, lo que no ha ocurrido.
- d. El día 26/08/2016 Protransporte reconoció la deuda, pidiendo al demandante la presentación de un informe final informe que efectivamente se entregó, pero sin conseguir el pago.
- e. La entidad sostiene ahora que el pago no se efectuó porque no se presupuestó oportunamente, obligació cuyo cumplimiento le comete únicamente a la entidad y no al demandante. ¿Quién debía constituir el crédito presupuestal para asegurar el honorario de éxito? La respuesta es Protransporte.

- 6
- f. ¿De quién dependía la determinación del monto del éxito? Ello dependió del tribunal arbitral que decidió el caso arbitral.
 - g. Protransporte se escuda en su propio incumplimiento para no hacer el pago que actualmente debe y que está acreditado.
 - h. La entidad no ha informado sobre recurso de anulación ni impugnación alguna contra el laudo. Nunca antes la entidad se ha defendido diciendo que el laudo no está firme. Además, la asesoria legal concluyó con la emision del laudo.

Por parte de PROTRANSPORTE:

- a. El monto del honorario de éxito no formaba parte del expediente de contratación, no se señaló la fuente de financiamiento, tampoco se encontraba afianzado por el demandante al momento de presentar la carta fianza.
- b. En informe N°15-2012 se refiere al valor referencial del contrato, solo vinculado al honorario fijo. El requerimiento presupuestal es por 345 mil soles y en el plan anual de contrataciones se refiere el mismo monto. Por ello, la demandante sabía que el monto presupuestal era solo por el honorario fijo, no respecto al honorario de éxito.
- c. Si bien según la literalidad del contrato se hablaba de honorario de éxito, no había provisión presupuestal para pagarlo, por ello las pretensiones del demandante son infundadas.
- d. Según el artículo 27º de la Ley General de Presupuesto, norma de derecho público, los créditos presupuestarios son limitativos, son nulos los actos administrativos que incumplen las limitaciones presupuestales. Hay responsabilidad administrativa de los funcionarios que intervinieron en la administración del contrato.
- e. El laudo es de fecha 18/02/2016. Ha sido objeto de recursos de anulación y acciones de amparo. El monto no es firme. Pero el contrato con el Estudio culminó con la emisión del laudo final.

ALEGATOS ESCRITOS

38. El 22 de abril de 2019, Protransporte presentó su escrito de alegatos según los siguientes argumentos:
- a. Existe como cuestión previa la obligación del Tribunal Arbitral de tener en cuenta que al presente arbitraje le es aplicable la LCE y el principio de legalidad, no las normas del derecho privado en lo que a los honorarios de éxito a favor del demandante respecta.
 - b. Los requisitos, reglas y condiciones deberán ser evaluados al amparo de la LCE; lo cual se enmarca en el principio de legalidad, el laudo deberá determinar que tan alineadas se encuentran las pretensiones de la demanda a lo dispuesto en la normativa de contratación pública.
 - c. Según la Opinión N°063-2018/DTN, para convocar un proceso de selección era requisito indispensable que este se encontrase incluido en el Plan Anual de Contrataciones y que contara con el Expediente de Contrataciones debidamente aprobado, siendo el valor referencial un requisito indispensable para convocar un proceso de selección por lo mismo. El valor referencial debe incluir además – en caso de honorarios de éxito – el monto máximo que la entidad este dispuesta a pagarle al contratista.
 - d. No niega la existencia del contrato bajo examen ni la literalidad de sus cláusulas sobre el pago de los honorarios de éxito, sin embargo, existen requisitos previstos en el artículo 15º de LCE tales como:

- ✓ Que el honorario de éxito forme parte del valor referencial determinado en función al estudio de posibilidades que ofrecía el mercado.
 - ✓ Que el valor referencial del contrato este dado por el honorario fijo más el monto máximo que la Entidad pagaría como honorario de éxito.
 - ✓ Se encuentre justificado en un informe emitido por el órgano encargado de las contrataciones de la entidad.
- e. Según informe ejecutivo N°115-2012-MML/IMPL del 20 de julio de 2012, el valor referencial para la contratación de los servicios de BFE ascendía a S/. 342.200.00, resultando que desde el inicio el contratista tuvo conocimiento de que los honorarios de éxito no se encontraban presupuestados. Así, en el certificado presupuestal de la solicitud de requerimiento N°001-01037 se estableció un presupuesto total de S/. 345,150.00

ANÁLISIS DEL CASO

39. Antes de entrar a analizar el presente caso, veamos cuales son los medios probatorios admitidos al presente arbitraje:

Por parte de BFE:

- ✓ Resolución N°044-2012-MML/IMPL/GG de fecha 13 de julio de 2012
- ✓ Carta N°428-2012-BFE de fecha 13 de julio de 2012
- ✓ Contrato N°014-2012-MML/IMPL/AN de fecha 26 de julio de 2012
- ✓ Copia del laudo arbitral de fecha 18 de febrero de 2016
- ✓ Copia de la carta notarial de fecha 26 de julio de 2016
- ✓ Copia de la carta N°16-2016-MML/IMPL/OAJ de fecha 26 de agosto de 2016
- ✓ Copia de la carta N°537-2016-BFE/cf
- ✓ Copia del correo electrónico de fecha 21 de octubre de 2016
- ✓ Copia de correo electrónico de fecha 22 de agosto de 2016
- ✓ Copia de la carta notarial N°094-2018-BFE-MML/IMPL/GG de fecha 12 de marzo de 2018
- ✓ Copia de la carta notarial N°67-2018-MML/IMPL/GG de fecha 10 de abril de 2018

Por parte de PROTRANSPORTE:

- ✓ Resolución de Gerencia General N°044-2012-MML/IMPL/GG del 13 de julio de 2012
- ✓ Opinión N°070-2010-DTN OSCE
- ✓ Resolución N°46-2012-MML/IMPL/GG de fecha 20 de julio de 2012
- ✓ Carta de propuesta económica del Estudio Bullard
- ✓ Carta Fianza del Estudio Bullard por la suma de S/34,200.00
- ✓ Opiniones OSDE 007-2008/DPO y 007-2009/DPO
- ✓ Contrato N°014-2012-MML-IMPL/AN

40. Corresponde anotar que ninguno de los documentos antes señalados ha sido cuestionado por las partes.

41. Ahora bien, con fecha 13 de julio de 2012, se emitió la Resolución Gerencial N°044-2012-MML/IMPL/GG que aprobó la exoneración del procedimiento de selección para la contratación directa de BFE para que brinde el servicio de asesoría y patrocinio legal en el arbitraje seguido por Perú Masivo contra Protransporte.

42. En la propuesta técnica y económica de BFE, se propuso un honorario fijo y un honorario de éxito, respecto a esto último, se acordó lo siguiente:

b) Honorarios de éxito

Hemos previsto adicionalmente un honorario de éxito, según se detalla a continuación:

- a. 1.5% de lo que se deje de pagar del monto demandado hasta un total de S/ 53,000,000.00;
- b. 0.5% sobre el exceso del monto señalado en el punto anterior.

43. BFE y Protransporte suscribieron el contrato bajo examen en atención a la propuesta técnica del demandante, prueba de ello es lo estipulado en la cláusula sexta del contrato:

CLÁUSULA SEXTA. – PARTES INTEGRANTES DEL CONTRATO

El presente contrato está conformado por las bases integradas, la oferta ganadora y los documentos derivados del proceso de selección que establezcan obligaciones para las partes. (Énfasis agregado).

44. El resultado del arbitraje contra Perú Masivo fue el siguiente:

Monto demandado	S/71,696,492.00
Monto que Protransporte pagó a P Masivo	S/38,093,045.00
Monto ahorrado	S/33,603,447.00

45. En atención a lo anterior y conforme a la cláusula tercera del contrato, BFE estableció como honorarios de éxito a su favor la suma de S/504,051.71 obtenida luego de obtener el 1.5% del monto ahorrado por Protransporte en el arbitraje, es decir, S/33,603,447.00.
46. El 26 de julio de 2016 (anexo A6) BFE requirió a Protransporte el pago del honorario de éxito antes señalado. Protransporte respondió el 26 de agosto de 2016 (anexo A7) mediante carta N°16-2016-MML/IMPL/OAJ solicitando una negociación sobre el particular.
47. En atención a la solicitud de Protransporte, el 21 de octubre de 2016, BFE le envió un correo electrónico aplicándole un descuento del 15% del monto de la deuda. Sin embargo, esto no recibió respuesta del demandado hasta el 10 de abril de 2018 en donde indica al demandante no tener disponibilidad presupuestal para asumir el pago correspondiente.
48. Considerando el panorama anterior, procederemos a analizar los puntos controvertidos.

ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

Primer punto controvertido:

Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único ordene a PROTRANSPORTE pagar a favor del DEMANDANTE la suma de S/594,769.22, incluido el impuesto general a las ventas, correspondiente al honorario de éxito del Caso Perú Masivo, de acuerdo al Contrato N°014-2012-MML/IMPL/AN y a la propuesta de honorarios enviada mediante Carta N°418-2012-BFE.

49. Se ha probado en el presente arbitraje que las partes acordaron que correspondía a BFE un honorario fijo y un honorario de éxito en caso el resultado del arbitraje contra Perú Masivo sea favorable a la entidad; se ha probado también que en el arbitraje seguido por Perú Masivo, Protransporte ahorró un total de S/33,603,447.00. Estos hechos no son controvertidos por las partes.
50. Asimismo, conforme con las declaraciones de la entidad durante el arbitraje, ella no niega la existencia de las cláusulas en que se pacta la forma de cálculo del honorario de éxito.
51. Lo que la entidad cuestiona es que ella misma fue la parte que no tomó las previsiones necesarias para reflejar una estimación del honorario de éxito ni en el valor referencial del contrato ni en la tramitación del crédito presupuestal correspondiente, conforme a las normas presupuestarias aplicables.
52. La situación es esencialmente similar a la de un propietario que necesite remodelar su casa, porque si no lo hace ahora los costos de una remodelación tardía se duplicarían, y en consecuencia contrate servicios de remodelación con un proveedor especializado. Le pida al proveedor que ejecute sus prestaciones y, una vez satisfechas sus necesidades, le diga al proveedor que no puede pagarle porque no ha tramitado el préstamo bancario para satisfacer el pago de la acreencia.
53. Esta respuesta del propietario sería sorprendente e intolerable. En el trámite del crédito bancario nada tenía que hacer el proveedor de los servicios, pues simplemente no tenía titularidad. Es un tradicional principio del derecho romano clásico que nadie puede beneficiarse de sus propios errores o incumplimientos, simplemente porque tales incumplimientos no fundan derecho alguno, sino todo lo contrario, los incumplimientos son sancionados por el derecho aplicable.
54. La respuesta de la entidad durante el arbitraje ha sido que estas relaciones con su proveedor son de derecho público y aplican normas presupuestarias que prevén la nulidad de actos administrativos que no contemplen las limitaciones presupuestales correspondientes. Pero se equivoca. No nos encontramos ante la generación de actos administrativos que vinculan a una entidad con un administrado, sino ante un contrato entre una entidad y un proveedor, donde aplican las reglas del derecho común de los contratos, con las normas especiales de la Ley de Contrataciones con el Estado.
55. No hay ninguna regla de esta ley que autorice a una entidad a incumplir con un pago debido a un contratista porque "olvidó" tramitar el crédito presupuestario *ad hoc*. No podría existir una norma tal porque sería enteramente abusiva. Si bien las entidades cuentan con potestades extraordinarias en la ejecución de sus contratos, como por ejemplo la aplicación del *ius variandi*, ninguna de tales atribuciones justifica el no pago cuando ha recibido a satisfacción los servicios contratados. Por ello el procurador de la entidad no ha podido citar regla alguna de esta ley que ampare su pretensión de tener el derecho de no pagar.
56. Adicionalmente, se ha probado que Protransporte reconoció la existencia de la deuda a favor de BFE en atención a la carta N°16-2016-MML/IMPL/OAJ en donde solicita negociar sobre el particular. Lo que incluso reconoce el demandado en su escrito de alegatos.
57. Si bien Protransporte señala que no procede el pago por no haber sido presupuestado en el valor referencial del procedimiento de selección, el OSCE ha señalado expresamente en la Opinión N°063-2018/DTN, en una consulta efectuada por la propia entidad demandada, lo siguiente:



Cuando la Entidad decidía otorgar honorarios de éxito en un proceso de selección, esta era responsable de definir la condición por el cuál este sería otorgado; verificando que fuera usual en el mercado otorgar honorarios de éxito para el cumplimiento de dicho objetivo, y su necesidad y monto fueran debidamente justificados, en armonía con lo previsto en el artículo 15 del anterior Reglamento.

En el marco de los contratos de servicios con pagos de honorarios de éxito, la Entidad era responsable de determinar —de acuerdo a la naturaleza, finalidad y el contexto de la contratación en particular— qué es lo que consideraba como un resultado beneficioso (de “éxito”) con el fin de establecerlo como la condición para otorgar dichos honorarios de éxito.

58. Así, el propio OSCE ha reconocido que es entera responsabilidad de la entidad determinar en el contrato y sus partes integrantes la condición por la cual los honorarios de éxito serían otorgados, asimismo, qué se entendía por éxito en el marco de la ejecución del contrato de servicios.
59. En el presente caso, ni en el contrato ni en sus partes integrantes, Protransporte determinó los tópicos antes mencionados en el párrafo, entenderemos entonces por éxito lo señalado por el propio OSCE en la aludida opinión:

[S]egún la Real Academia de la Lengua Española, “éxito” significa: “*Resultado feliz de un negocio, actuación, etc.*”¹. En ese sentido, considerando que el objeto de todo contrato público debía ser razonable cuantitativa y cualitativamente, y encontrarse orientado a satisfacer el interés público, al establecer honorarios de éxito debía entenderse que la condición a la cual se encontraba sujeto su otorgamiento debía resultar en beneficio de la Entidad —siendo que la finalidad de la contratación es satisfacer un interés público— y nunca en desmedro; debiendo precisarse que correspondía a cada Entidad, de acuerdo a la naturaleza y finalidad de la contratación, definir lo que —en ese contexto— consideraba como un resultado beneficioso (de “éxito”). (Énfasis agregado).

60. Siguiendo este razonamiento, es éxito todo resultado favorable a la entidad, lo que en los hechos se produjo, ya que Protransporte dejó de pagar a Perú Masivo la suma de S/33,603,447.00. En ese orden de ideas, declararemos fundada la primera pretensión de la demanda.

Segundo punto controvertido:

En caso se ampare el Primer Punto Controvertido determinar si corresponde o no que el Árbitro Único ordene a PROTRANSPORTE pagar a favor del DEMANDANTE, los intereses legales que

61. Sobre el particular, el artículo 48° de la LCE establece lo siguiente:

Artículo 48. – Intereses y penalidades

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

62. En el presente caso, se ha demostrado que el atraso de Protransporte en el pago de los honorarios de éxito a favor de BFE no se debió a un caso fortuito o a razones de fuerza

¹ Según la primera acepción del término “éxito” del Diccionario de la lengua española, Edición del Tricentenario. Disponible en: <http://dle.rae.es/?id=HGAP1jB>

RD

mayor, por lo cual, corresponderá que el demandado reconozca a favor del demandante los intereses correspondientes.

63. Ahora bien, el artículo 181º del RLCE establece que el contratista tendrá derecho al pago de intereses, cuyo retraso se contabilizará desde la oportunidad en que el pago debió efectuarse.
64. El demandante solicita que el cómputo del plazo antes señalado se contabilice a partir del 3 de octubre de 2016, al respecto, consideraremos dicha fecha como fecha inicial a solicitud del demandante, pese a que en los actuados arbitrales se verifica que BFE requirió el pago a Protransporte el 26 de julio de 2016, fecha a partir de la cual Protransporte tenía 15 días hábiles conforme a lo establecido en el artículo acotado 181º del RLCE.
65. Siendo el caso, corresponde remitirnos a la calculadora de intereses legales del Banco Central de la Reserva, veamos:

Por favor ingresar los siguientes datos:

Monto de la Deuda:	594 769,22
Moneda:	Moneda Nacional (Sol Oro)
Fecha Inicial:	3/Octubre/2016
Día de Pago:	24/Abril/2019
Tasa de Interés:	Legal Efectiva
Interés Generado:	39 155,16
Monto + Interés:	633 924,38

66. Por lo tanto, corresponderá a Protransporte reembolsar a BFE la suma de S/39,155.16 (Treinta y nueve mil ciento cincuenta y cinco con 16/100 soles) por concepto de intereses legales.

Costos del proceso: Determinar a qué parte procesal le corresponde asumir los costos irrogados en el presente arbitraje.

67. Sobre el particular, el artículo 73º de la Ley de Arbitraje establece lo siguiente:

Artículo 73. – Asunción o distribución de costos

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. (Énfasis agregado).

68. En el presente caso, no existe acuerdo de las partes sobre la asunción de los costos arbitrales, por lo tanto, siendo Protransporte la parte vencida, corresponde que asuma los gastos irrogados por la contienda.

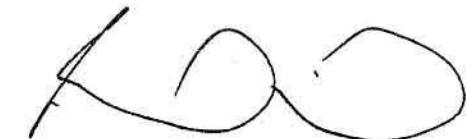
DECISIONES

PRIMERA: DECLARAMOS FUNDADA la primera pretensión de la demanda y ORDENAMOS al Instituto Metropolitano de Lima – Protransporte, pagar la suma de S/594,769.22, incluido el impuesto general a las ventas a favor de BULLARD, FALLA Y EZCURRA ABOGADOS S.R.L. correspondiente al honorario de éxito del Caso Perú Masivo, de acuerdo al Contrato N°014-2012-MML/IMPL/AN y a la propuesta de honorarios enviada mediante carta N°418-2012-BFE.

SEGUNDA: DECLARAMOS FUNDADA la segunda pretensión de la demanda y ORDENAMOS al Instituto Metropolitano de Lima – Protransporte, pagar la suma de S/39,155.15 a favor de BULLARD, FALLA Y EZCURRA ABOGADOS S.R.L. por concepto de intereses legales devengados por el retraso en el pago del honorario de éxito señalado en el punto resolutivo anterior.

TERCERA: DECLARAMOS que corresponde al Instituto Metropolitano de Lima – Protransporte, asumir los costos arbitrales del presente arbitraje, por lo cual, deberá reembolsar a favor de BULLARD, FALLA Y EZCURRA ABOGADOS S.R.L. los montos consignados en los párrafos 18 y 19 del presente laudo.

Notifíquese. –



Dr. Ricardo Antonio León Pastor
Árbitro Único