

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

Árbitro Único
ALFREDO F. SORIA AGUILAR

CASO ARBITRAL N° S-068-2010

Demandante: EFFIO Y ASOCIADOS S.A.C

**Demandado: PROGRAMA NACIONAL CONTRA LA VIOLENCIA
FAMILIAR Y SEXUAL**

RESOLUCION N° 10
Lima, 6 de Febrero de 2012

VISTOS

1. EXISTENCIA DE UN CONVENIO ARBITRAL

Con fecha 11 de febrero de 2010, Effio y Asociados S.A.C. (en adelante EL CONTRATISTA) y el Programa Nacional Contra la Violencia Familiar y Sexual (en adelante PNCVFS) suscribieron el contrato N°003-2010-PNCVFS derivado de la Adjudicación Directa Selectiva N° 006-2009-PNCVFS para la "Contratación del Servicio de Toma de Inventario Físico" (en adelante, el Contrato).

En la Cláusula Décimo quinta del Contrato, se estipuló que "Todos los conflictos que deriven de la ejecución e interpretación

del presente contrato, incluidos los que se refieran a su nulidad e invalidez, serán resueltos de manera definitiva e inapelable mediante arbitraje unipersonal de derecho, bajo la organización y administración de los órganos del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje del Organismo Supervisor de las Contrataciones el Estado –OSCE y de acuerdo a su Reglamento, de conformidad con lo establecido en los artículos 215º y 216º del Reglamento”.

2. DESIGNACIÓN E INSTALACIÓN DE ÁRBITRO ÚNICO

Mediante Resolución N° 699-2010-OSCE/PRE de fecha 23 de Diciembre de 2010, se designó al abogado Alfredo Fernando Soria Aguilar, como Árbitro Único que se encargará de resolver el presente proceso arbitral a realizarse entre Effio y Asociados S.A.C. y el Programa Nacional Contra la Violencia Familiar y Sexual – PNCVFS.

Las partes han aceptado plenamente la designación del Árbitro Único, ya que no se ha presentado ninguna oposición que ponga en duda su independencia e imparcialidad.

Con fecha 29 de marzo de 2011 se realizó la instalación del proceso arbitral con Árbitro Único. En el Acta de Instalación, se estableció que las partes se someten a las disposiciones del Reglamento del Sistema Nacional de Arbitraje del OSCE.

3. PRETENSIONES Y POSICIONES DE LAS PARTES

3.1. DEMANDA

3.1.1. Pretensiones de EL CONTRATISTA:

En su escrito de fecha 21 de junio de 2010 (presentada ante el OSCE el 23 de junio de 2010) EL CONTRATISTA demanda a PNCVFS a fin de que se declare lo siguiente:

- Se deje sin efecto la Resolución del Contrato Nro. 003-2010-PNCVFS efectuado por PNCVFS y comunicada por vía notarial el 1 de junio de 2010 al CONTRATISTA.
- Se tenga por cumplida la prestación del Servicio de Toma de Inventario Físicos realizada por EL CONTRATISTA a favor de PNCVFS.
- Ordenar a PNSVFS el pago a favor DEL CONTRATISTA la suma ascendente a s/. 67,620.20, más los intereses de ley.
- Ordenar el pago de los gastos del presente proceso arbitral, incluyendo honorarios profesionales del árbitro, de abogados, costas y costos del propio proceso arbitral.

3.1.2. Posición de EL CONTRATISTA:

Los principales argumentos que sustentan las pretensiones de la demanda de EL CONTRATISTA son los siguientes:

- a) La supuesta causa que respalda la resolución de EL CONTRATO, es el incumplimiento de la obligación de EL

CONTRATISTA de subsanar las observaciones que la Entidad realizó, sin embargo dicha afirmación no se ajusta a la realidad ya que las observaciones efectuadas por la Entidad fueron subsanadas en un período prudente de acuerdo a la fecha en que estas fueron entregadas. PNCVFS es responsable del retraso de dichas subsanaciones, puesto que las observaciones sobre los informes fueron notificadas en fechas posteriores a la pactada.

- b) Se cumplió con la prestación del servicio de toma de inventario general y conciliación de los bienes patrimoniales del Programa Nacional Contra la Violencia Familiar y Sexual al 31 de diciembre del 2009.
- c) EL CONTRATISTA por haber cumplido con la obligación de prestar el Servicio de Toma de Inventarios a favor del PNCVFS, le corresponde la contraprestación de la suma ascendente a s/67,620.00 tal como lo estipula la cláusula Tercera de EL CONTRATO. Asimismo, la entidad no ha cancelado el monto pactado en la fecha correspondiente, por lo cual se exige el pago de los intereses que la ley establece.
- d) PNCVFS debe ser el encargado de aportar el pago de las costas y costos del presente proceso arbitral, debido a su actitud lesiva y arbitraria en contra de EL CONTRATISTA.

3.2. CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Con fecha 12 de agosto de 2010, PNCVFS presenta ante el OSCE la contestación de demanda, solicitando que se declare infundada la demanda sosteniendo, entre otros argumentos de hecho y de derecho, lo siguiente:

- a) El CONTRATISTA no cumplió con presentar los informes preliminares en la fecha establecida en la cláusula quinta de EL CONTRATO, en el cual se indica que se debió presentar dos informes preliminares de avance a los veinte (20) días calendario y el segundo a los cincuenta (50) días calendario una vez aprobado el plan y cronograma de trabajo. Es decir, el 03 de marzo del 2010 fue la fecha correspondiente para la entrega del primer informe preliminar, no obstante recién el 17 de febrero solicitó los requerimientos necesarios para la Toma de Inventario. Así, EL CONTRATISTA presentó informes preliminares fuera de fecha e incompletos.
- b) EL CONTRATISTA señala haber realizado el inventariado en marzo, sin embargo en las actas de inventario señala que el CEM PUCALLPA fue inventariado el 22/04/2010 con 102 bienes y el CEM HUACHO fue inventariado el 14/04/2010 con 97 bienes.
- c) Asimismo, EL CONTRATISTA no cumplió con los requisitos necesarios para el Informe Final, puesto que sólo se limita a entregar una lista de lugares

inventariados, cuando un Informe de Avance debe contener la descripción de tareas, evaluación de los avances logrados, descripción de los problemas si se hubieran presentado, etc. De la misma forma, indicaron lugares que fueron inventariados con posterioridad, inclusive ciertos almacenes periféricos no fueron inventariados por motivos ajenos al alcance del PNCVFS.

- d) EL CONTRATISTA no cumplió con subsanar la observación realizada al Informe Final el 14/05/2010.
- e) EL CONTRATISTA no cumplió con presentar de manera completa la Conciliación de Sobrantes y Faltantes, ya que no consideró la serie, modelo, marca, orden de compra con otros bienes del registro patrimonial.
- f) EL CONTRATISTA no subsanó en su totalidad las observaciones realizadas por PNCVFS.

4. PUNTOS CONTROVERTIDOS DEL PRESENTE PROCESO

De conformidad con lo expresado por las partes en la Audiencia de Instalación y Determinación de Puntos controvertidos, de fecha 10 de junio del 2011, éstos quedaron establecidos de la siguiente forma:

- 4.1 Determinar si corresponde dejar sin Efecto la Resolución del Contrato N°003-2010-PNCVFS.

- 4.2 Determinar si se debe tener por cumplida la prestación que corresponde al CONTRATISTA.
- 4.3 Determinar si corresponde o no, el pago de la suma de S/. 67,620 (Setenta y Siete Mil Seiscientos Veinte y 00/100 Nuevos soles), más los intereses de ley; por parte de la Entidad.
- 4.4 Determinar a quién corresponde asumir el pago de los gastos (costas y costos) derivados del presente proceso de arbitraje.

5. ACTUACIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS

El Árbitro Único admitió los siguientes medios probatorios presentados por ambas partes:

5.1. Medios probatorios ofrecidos por EL CONTRATISTA

Con fecha 10 de junio del 2011 se llevó a cabo la Audiencia de Instalación y Determinación de Puntos Controvertidos. En el Saneamiento Probatorio de dicha Audiencia, se admitieron todos los medios probatorios ofrecidos por EL CONTRATISTA en su demanda presentada con fecha 22 de junio del 2010, consignados en el acápite IV. MEDIOS PROBATORIOS. Así como los medios probatorios contenidos en el escrito de fecha 09 de junio de 2011.

5.2. Medios probatorios ofrecidos por PNCVFS

Con fecha 10 de junio del 2011 se llevó a cabo la Audiencia de Instalación y Determinación de Puntos Controvertidos. En el Saneamiento Probatorio de dicha Audiencia, se admitieron todos los medios probatorios ofrecidos por EL PROGRAMA NACIONAL CONTRA LA VIOLENCIA FAMILIAR Y SEXUAL en su escrito con fecha 11 de agosto del 2010, signados con el acápite V.MEDIOS PROBATORIOS, así como también los medios de prueba ofrecidos por la Procuraduría Pública del Ministerio de la Mujer y el Desarrollo Social en el escrito de fecha 29 de marzo de 2011.

5.3. Audiencia de Pruebas

Conforme con lo señalado en el numeral 1 del artículo 42 del Decreto Legislativo 1071 (Decreto Legislativo que norma el Arbitraje) el Tribunal arbitral tiene la facultad de decidir si han de celebrarse audiencias para la presentación de alegaciones y la actuación de pruebas. En tal sentido, el Árbitro Único, considerando que todos los medios de prueba admitidos y aportados al proceso son documentales, decidió prescindir de la Audiencia de Pruebas, teniéndose por actuados para ser merituados al momento de laudar, sin que exista tacha o cuestionamiento alguno de las partes y sin que hubiese sido necesaria la actuación de prueba adicional, a juicio del Árbitro.

6. ALEGATOS

Dentro del plazo otorgado, el Programa Nacional Contra la Violencia Familiar y Sexual hizo entrega de sus alegatos el día 20 de julio del 2011.

Asimismo, EL CONTRATISTA cumple con presentar sus alegatos escritos mediante escrito Nº 6 recibidos por la oficina de Dirección de Arbitraje Administrativo con fecha 22 de julio del 2011.

7. AUDIENCIA DE INFORMES ORALES

Con fecha 26 de julio del 2011 se realizó la Audiencia de Informes Orales. El Árbitro Único concedió la palabra a los representantes del Effio y Asociados S.A.C. y luego al representante del Programa Nacional Contra la Violencia Familiar y Sexual. A continuación concedió el derecho de réplica correspondiente. Finalmente, el Árbitro Único formuló algunas preguntas relacionadas a la materia en controversia, las mismas absueltas por las partes.

CONSIDERANDO:

Primero.- Que, el Contrato fue válidamente suscrito el 11 de Febrero de 2010 por los representantes de las partes contendientes en el presente proceso arbitral, sin que en ningún momento se haya cuestionado la validez de su contenido ni la capacidad de los agentes que lo suscribieron.

Segundo.- Que, mediante el Contrato, el Contratista se obligó frente a PNCVFS a realizar el Servicio de Toma de Inventory Físico, según las especificaciones que constan en los documentos integrantes del Contrato.

Conforme con lo expresado en la Cláusula Sexta del Contrato, lo pactado se encuentra conformado por el Contrato y además, por las Bases Integradas, la oferta ganadora y los documentos derivados del proceso de selección que establezcan obligaciones para las partes.

Según lo estipulado en la Cláusula Tercera del Contrato, en contraprestación, PNCVFS se obligó a pagar la cantidad total de S/. 67,620.00 (Sesenta y siete mil seiscientos veinte y 00/100 Nuevos Soles), a todo costo, incluido IGV.

Tercero.- Que, con fecha 01 de junio de 2010, el Contratista recibe la Carta Notarial Nº 004-2010-PNCVFS (en adelante, la Carta Resolutoria) a través de la cual el PNCVFS, invocando el artículo 165 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, comunicó al Contratista, su decisión de resolver el Contrato, por haber alcanzado el monto máximo de la penalidad por mora en la ejecución, es decir, el 10% del monto contractual.

Cuarto.- Específicamente la Carta Resolutoria señala que "considerando el tiempo transcurrido desde la fecha de denegatoria de ampliación de plazo solicitado por su representada, es decir el

22.04.2010; hasta el 31.05.2010, se aprecia que el monto máximo de la penalidad por mora de ejecución supera el 10% del monto del contrato vigente, conforme pasamos a detallar:

Fecha carta denegatoria de plazo: 23.04.2010

Fecha de cálculo: 31.05.2010

Diferencia de días: 38

Penalidad diaria: $\frac{0.10 \times S/. 67,620}{0.40 \times 60} = S/. 281.75$

Monto total de la penalidad = Número de días (38) x penalidad Diaria (S/. 281.75) = S/. 10,706.50

10% del monto contratado = 010 x S/. 67,620 = **S/. 6,762.00"**

Quinto.- La Carta Resolutoria no especifica cuál o cuáles de todos los incumplimientos informados en sus distintas comunicaciones¹ son aquellos por los que la Entidad penaliza al Contratista.

La Carta Resolutoria solo se refiere genéricamente a que el Contratista "debía cumplir con la entrega de los entregables conforme al numeral 9.13 de los términos de referencia", que el Contratista debía cumplir con la "Presentación de Informes de Avances" y que además, respecto de las Cartas Notariales 002-2010-PNCVFS-UA y

¹ Carta Notarial 001-2010-PNCVFS-UA, Carta Notarial 002-2010-PNCVFS-UA y Carta Notarial 003-2010-PNCVFS-UA.

003-2010-PNCVFS-UA "se aprecian observaciones que a la fecha no han sido subsanadas en su totalidad". Por ello, en el sexto considerando, analizaremos cada uno de los supuestos incumplimientos contenidos en las distintas comunicaciones para verificar si la aplicación de la penalidad fue realizada conforme a ley y en consecuencia, la Entidad tenía derecho a resolver el Contrato.

Sexto.- Conforme lo establece el artículo 165 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado:

"En caso de **retraso injustificado** en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la Entidad le aplicará al contratista una penalidad por cada día de atraso, hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente o, de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse (...) Cuando se llegue a cubrir el monto máximo de la penalidad, la **Entidad podrá resolver el contrato por incumplimiento**"².

En consecuencia, conforme a ley, para que la Entidad pueda aplicar la penalidad ante el incumplimiento, no solamente debe verificarse la existencia de un retraso en el cumplimiento de la prestación, sino que además, dicho retraso debe ser injustificado.

² El énfasis es añadido.

6.1. Respecto a las Sedes no Inventariadas³

6.1.1. Sobre la existencia de incumplimiento o retraso en lo relativo a sedes no inventariadas

PNCVFS requirió el cumplimiento de lo pactado, exigiendo al Contratista que cumpla sus prestaciones respetando lo estipulado en el Contrato N° 003-2010-PNCVFS. Ello se encuentra acreditado en los siguientes documentos:

Documento	Fecha de Recepción	Requerimiento
Carta N° 024-2010-PNCVFS-UA ⁴ (Denegatoria de ampliación de plazo)	22/04/2010	PNCVFS señaló al Contratista expresamente lo siguiente: "instamos al cumplimiento de las condiciones, obligaciones y responsabilidades pactadas en el Contrato N° 003-2010-PNCVFS ⁵ ".
Carta N° 024-2010-PNCVFS-UA ⁶	23/04/2010	PNCVFS requiere nuevamente al Contratista a: "presentar los entregables establecidos en el numeral 9.13 de las Bases integradas"
Carta Notarial N° 001-2010-PNCVFS-UA ⁷	10/05/2010	Carta que contiene las primeras observaciones de la Entidad.
Carta Notarial N° 002-2010-PNCVFS-UA ⁸	18/05/2010	La Entidad formula observaciones por segunda vez.

³ Observación efectuada a través de la carta Notarial N° 001-2010-PNCVFS-UA.

⁴ Prueba que consta en el Anexo 1-R de la contestación de la demanda.

⁵ Conforme con lo reconocido expresamente en la Cláusula del Contrato N° 003-2010-PNCVFS, el contrato «está conformado por las Bases Integradas, la oferta ganadora y los documentos derivados del proceso de selección que establezcan obligaciones para las partes».

⁶ Prueba que consta en el Anexo 1-H de la demanda. Esta carta tiene la misma numeración (Carta 024-2010-PNCVFS-UA) que la carta denegatoria de ampliación.

⁷ Prueba que consta en el Anexo 1-I de la demanda.

⁸ Prueba que consta en el Anexo 1-K de la demanda.

Carta Notarial N° 003-2010-PNCVFS-UA ⁹	27/05/2010	La Entidad formula observaciones por tercera vez.
---	------------	---

A través de las comunicaciones resumidas en el cuadro anterior, PNCVFS requirió el cumplimiento de lo pactado en el Contrato N° 003-2010-PNCVFS, lo cual incluye el fiel cumplimiento de lo expresado en las Bases Integradas y otros documentos derivados del proceso de selección¹⁰.

Asimismo, según el Numeral 3 de los Términos de Referencia de las Bases, relativo a la Cobertura del Servicio, “El inventario del PNCVFS se realizará considerando todos los Centros Emergencia Mujer, CAI, Casas refugio, Almacenes y otros lugares donde se encuentren bienes del PNCVFS, ubicados a nivel nacional de acuerdo al Anexo A”¹¹.

El Anexo A de las Bases Integradas¹², especifica los lugares de prestación de los servicios contratados, así como un aproximado de la cantidad de bienes sujeto al servicio de toma de inventario.

⁹ Prueba que consta en el Anexo 1-M de la demanda.

¹⁰ Conforme con lo reconocido expresamente en la Cláusula del Contrato N° 003-2010-PNCVFS, el contrato «está conformado por las Bases Integradas, la oferta ganadora y los documentos derivados del proceso de selección que establezcan obligaciones para las partes ».

¹¹ Página 10 de las Bases Integradas. El énfasis es añadido.

¹² Página 22 de las Bases Integradas.

A través de la Carta Notarial N° 001-2010-PNCVFS-UA, recibida por el Contratista el 10 de mayo de 2010, el PNCVFS comunica al contratista que el informe presentado por éste último presenta Sedes que no han sido inventariadas. Específicamente señala lo siguiente:

"SEDES NO INVENTARIADAS

CEM Pucallpa, autorizada con Oficio Circular N° 001-2010-PNCVFS-UA-LOG del 18.02.2010

ALMACEN MIMDES, PRONAA SANTA ANITA y CEM LIMA, no autorizados por el (sic) Oficina de Control Patrimonial del MIMDES".

El contratista, a través de la Carta C.N° 055-2010-EA¹³ declaró lo siguiente:

"la sede del CEM Pucallpa si fue inventariada, pero como fue la última sede en inventariarse porque el acceso a la ciudad fue peligroso por los fenómenos climatológicos por todos conocidos y a los paros de los cocaleros, se omitió el registro de su información. Adjuntamos copia de las Hojas de Captura y su respectiva Acta de inventario, así como los nuevos reportes y resultados incluyendo estos bienes."

En la misma Carta C.N° 055-2010-EA, el Contratista reconoce además, de manera expresa y por escrito, que:

¹³ Prueba que consta en el Anexo 1-J de la demanda.

"por motivos ajenos al contratista, no pudieron ser inventariados los bienes de los siguientes locales:

2.1. PRONAA Santa Anita	205 items
2.2. Almacén MIMDES	115 items
2.3. Depósito MIMDES	83 items
2.4. CEM Cercado (Jr. Camaná)	<u>250 items</u>
TOTAL : 653 items".	

En consecuencia, respecto de las Sedes no Inventariadas existiría el siguiente resultado, que graficamos para su mejor explicación:

Local	Descripción	Items	Subsanación
CEM PUCALLPA (Distrito de Callería, Provincia Coronel Portillo) ¹⁴ .	Centro de Emergencia Mujer	84 items	SI
PRONAA Santa Anita. Lima ¹⁵ .	Almacén periférico	205 items	NO
Almacén MIMDES. Lima ¹⁶ .	Almacén periférico	115 items	NO
Depósito MIMDES. Lima ¹⁷ .		83 items	NO
CEM Lima Cercado ¹⁸ . Lima.	Centro de Emergencia Mujer	250 items	NO

Respecto del CEM PUCALLPA (Distrito de Callería, Provincia Coronel Portillo) que fue subsanado

¹⁴ Local exigible según la página 24 de las Bases Integradas.

¹⁵ Local exigible según la página 24 de las Bases Integradas.

¹⁶ Local exigible según la página 24 de las Bases Integradas.

¹⁷ Local exigible según la página 24 de las Bases Integradas.

¹⁸ Local exigible según la página 23 de las Bases Integradas.

Debido a que la observación de la falta de inventario de CEM Pucallpa (Distrito de Callería, Provincia Coronel Portillo) fue subsanada por el Contratista dentro del plazo otorgado por la Entidad¹⁹, no corresponde que se aplique penalidad alguna al Contratista, tal como lo expresa la **Opinión N° 027-2010/DTN** del OSCE, la cual señala lo siguiente: <en caso que la prestación haya sido cumplida de manera defectuosa, la Entidad tiene la potestad de establecer un plazo para que las observaciones sean subsanadas en la oportunidad debida. Cabe señalar que, **en caso la Entidad otorgue el plazo correspondiente, no procedería la aplicación de penalidades durante dicho período, en la medida que, si bien es cierto el contratista no cumplió con las prestaciones a su cargo, la Entidad optó, atendiendo a la naturaleza de las observaciones, por extender el plazo para su cumplimiento oportuno»**. (El énfasis es agregado).

Respecto del (i) PRONAA Santa Anita, (ii) Almacén MIMDES, (iii) Depósito MIMDES y (iv) CEM Cercado (Jr. Camaná) que no fueron subsanados

¹⁹ Dentro de los cinco (5) días otorgados por la Entidad. Al respecto ver Anexo 1-I y Anexo 1-J de la demanda.

Según lo expresado en la Carta Resolutoria, el Contratista **"debía cumplir como máximo hasta el doce de abril del 2010"**, lo cual es conforme con la Cláusula Quinta del Contrato que establece que "El plazo de ejecución del servicio se computará desde el primer día hábil de la suscripción del contrato por un período no mayor a sesenta (60) días calendarios". Es decir, a más tardar el 12 de abril de 2010.

Tal como lo expresan Felipe Osterling y Mario Castillo "El retraso es la demora en el cumplimiento de la obligación debida" ²⁰, es decir, el cumplimiento no oportuno de la prestación debida.

En consecuencia, dado que el Contratista al 12 de abril de 2010, no había cumplido con la prestación conforme con lo pactado, **el Contratista se encuentra en una situación de retraso** respecto de sus obligaciones relativas al Servicio de Toma de Inventory en todas las Sedes pactadas, dado que **no cumplió con brindar el servicio en las Sedes: (i) PRONAA Santa Anita, (ii) Almacén MIMDES, (iii) Depósito MIMDES y (iv) CEM Cercado (Jr. Camaná)**.

²⁰ OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Comentarios al Artículo 1333 del Código Civil. En : Código Civil Comentado. Tomo VI. Derecho de las Obligaciones. Gaceta Jurídica. Lima. 2004. p.1014.

6.1.2. Sobre la justificación o no, del retraso o incumplimiento

Dado que ni la Ley de Contrataciones del Estado, ni su Reglamento, ni ninguna otra norma de derecho público, determinan cuándo un retraso es injustificado, resulta de aplicación el 1343 del Código Civil²¹, el cual señala que: “Para exigir la pena no es necesario que el acreedor pruebe los daños y perjuicios sufridos. Sin embargo, ella **sólo puede exigirse cuando el incumplimiento obedece a causa imputable al deudor**, salvo pacto en contrario”²².

En consecuencia, será considerado como un retraso injustificado a aquel incumplimiento de la prestación que sea imputable al deudor de la obligación. Es decir, no basta la verificación del incumplimiento sino que resulta necesario que el incumplimiento sea imputable al deudor.

Efectivamente, “el retraso –para poder ser moratorio- debe ser necesariamente culposo o doloso, lo que significa que tiene que haber culpa o dolo en el sujeto que queda constituido en mora (...). No sería lógico que al deudor se le exija cumplir, si precisamente no puede dar cumplimiento a la

²¹ Efectivamente, como lo reconoce el artículo 142 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, “En lo no previsto en la Ley y el presente reglamento, son de aplicación supletoria las normas de derecho público y, solo en ausencia de éstas, las de derecho privado”. Asimismo como lo expresa el Artículo IX del Título Preliminar del Código Civil “Las disposiciones del Código Civil se aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza”.

²² El énfasis es añadido.

obligación debido a una causa que no le resulta imputable, y cuya remoción tampoco le es posible”²³.

Conforme con lo dispuesto en el artículo 1329 del Código Civil, “Se presume que la inejecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor”. Esta presunción ha sido desvirtuada por el Contratista en el presente proceso arbitral dado que las pruebas ofrecidas por las partes indican que las Sedes no Inventariadas, constituyen un incumplimiento derivado de una causa no imputable al Contratista.

Efectivamente, las pruebas acreditan que el Contratista fue diligente al poner en conocimiento de la Entidad, el impedimento de ingreso a los locales: (i) PRONAA Santa Anita, (ii) Almacén MIMDES, (iii) Depósito MIMDES y (iv) CEM Cercado (Jr. Camaná). Este hecho fue comunicado a PNCVFS por lo menos en dos oportunidades, según consta en la carta C.Nº 042-2010-EA, recibida por PNCVFS con fecha 6 de abril de 2010²⁴ y en la carta C.Nº 045-2010-EA, recibida por PNCVFS con fecha 19 de abril de 2010²⁵. Sin embargo, la Entidad se negó a colaborar con el Contratista para que éste último pueda cumplir con su prestación. Como lo expresa

²³ OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Compendio de Derecho de las Obligaciones. Palestra Editores. Lima. 2008. p.911.

²⁴ Dentro del plazo de cumplimiento de la prestación debida por el Contratista. Ver Anexo 1-B de la demanda.

²⁵ Ver Anexo 1-C de la demanda.

Barchi “el comportamiento del acreedor para que pueda ser calificado como ‘cooperación’ debe ser, en principio, necesario para el cumplimiento”²⁶.

En consecuencia, el Contratista no resulta imputable por el incumplimiento de la obligación porque actuó con la diligencia ordinaria requerida y porque la Entidad no le facilitó el acceso a los locales en los que el Contratista debía cumplir su prestación. En consecuencia, el Contratista no debe responder por el incumplimiento de la obligación de inventariar las sedes: (i) PRONAA Santa Anita, (ii) Almacén MIMDES, (iii) Depósito MIMDES y (iv) CEM Cercado (Jr. Camaná), tal como lo dispone el artículos 1314²⁷ del Código Civil. Efectivamente, como lo expresan Osterling y Castillo “Basta, como regla general, actuar con la diligencia ordinaria requerida, para no ser responsable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento irregular, y en estos casos no sería exigible la cláusula penal”²⁸.

Según los medios probatorios aportados, no existe prueba alguna que acredite que el PNCVFS haya permitido el acceso a

²⁶ BARCHI VELAOCHAGA, Luciano. “Mora del acreedor y resolución del contrato por Incumplimiento del deber de colaboración”. En: Estudios de Derecho Privado, Ediciones Jurídicas, Lima, 1994. p. 166-167.

²⁷ Artículo 1314 del Código Civil.- “Quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso”.

²⁸ OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones. Biblioteca para leer el Código Civil. Vol. XVI. Cuarta Parte. Tomo XV. Fondo Editorial PUCP. Lima. 2003. P. 2688.

los referidos locales o que haya mostrado alguna voluntad de hacerlo. Por el contrario, PNCVFS señaló expresamente que el Contratista no contaba con la autorización para realizar su prestación en los referidos locales.

Efectivamente, en la Carta Notarial N° 001-2010-PNCVFS-UA²⁹, el PNCVFS comunica al contratista que **la Oficina de Control Patrimonial del MIMDES no autorizó la realización del servicio en los locales observados.**

Específicamente, dicha carta señala lo siguiente:

“SEDES NO INVENTARIADAS

CEM Pucallpa, autorizada con Oficio Circular N° 001-2010-PNCVFS-UA-LOG del 18.02.2010
ALMACEN MIMDES, PRONAA SANTA ANITA y CEM LIMA, **no autorizados por el (sic) Oficina de Control Patrimonial del MIMDES”.**

La colaboración de la Entidad para que el Contratista pueda cumplir su prestación era indispensable. No existe forma que el Contratista pueda cumplir con su prestación de inventariar y cumplir las demás prestaciones establecidas en los términos de referencia, si es que la Entidad no le permite el acceso a todos los locales pactados. Como lo señala Eduardo Gregorini

²⁹ Prueba aportada como Anexo 1-I de la demanda.

"El locador³⁰ tiene derecho además a que (...) **se le preste la colaboración adecuada**, que puede consistir en el suministro completo de información o se le entregue en tiempo y forma la cosa sobre la cual deba prestarse el servicio requerido" ³¹. En consecuencia, la Entidad habría omitido una conducta exigida por la naturaleza de la prestación a desarrollar, lo cual constituye un obstáculo no imputable al contratista y en consecuencia, no podría aplicarse penalidad alguna al Contratista por esta situación.

Sin perjuicio de lo mencionado, el Árbitro Único considera que el Contratista también actuó con la diligencia ordinaria requerida, solicitando no solamente la documentación y autorizaciones a la Entidad, sino también la ampliación de plazo para cumplir con lo pactado conforme al contrato y las Bases. Sin embargo, la Entidad se negó a colaborar con el Contratista para que pueda cumplir con su prestación. En consecuencia, en aplicación del citado artículo 1314 del Código Civil, esta sería una razón adicional para considerar que la falta de inventario de las sedes (i) PRONAA Santa Anita, (ii) Almacén MIMDES, (iii) Depósito MIMDES y (iv) CEM Cercado (Jr. Camaná) no fueron por causa imputable al Contratista.

³⁰ Léase quien ejecuta el servicio.

³¹ GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo. Locación de Servicios y Responsabilidades Profesionales. La Ley. Buenos Aires. 2001. P. 93-94. El énfasis es nuestro.

Por todas estas razones, el Árbitro Único considera que **el retraso fue justificado y en consecuencia, no puede aplicarse penalidades al Contratista por las sedes que no fueron inventariadas.**

6.2. Respeto a las Actas de Inventario³²

La Entidad señaló que el Contratista no adjuntó las Actas de Inventarios de cada sede del PNCVFS.

A través de la Carta C. N° 055-2010-EA³³, dentro del plazo otorgado por PNCVFS, el Contratista subsana la referida observación. En dicha comunicación, el Contratista manifiesta expresamente que “adjunta archivador con las Actas de Inventario de todas las sedes inventariadas, debidamente firmadas”.

En consecuencia, dado que la subsanación se efectuó dentro del plazo otorgado por la Entidad, no resulta aplicable la imposición de penalidades en contra del Contratista. Este criterio ha sido establecido por la **Opinión N° 027-2010/DTN del OSCE**, la cual expresa que:

³² Observación efectuada a través de la Carta Notarial N° 001-2010-PNCVFS-UA. Prueba presentada como Anexo 1-I de la demanda.

³³ Prueba presentada como Anexo 1-J de la demanda.

*"en caso que la prestación haya sido cumplida de manera defectuosa, la Entidad tiene la potestad de establecer un plazo para que las observaciones sean subsanadas en la oportunidad debida. Cabe señalar que, **en caso la Entidad otorgue el plazo correspondiente, no procedería la aplicación de penalidades durante dicho período**, en la medida que, si bien es cierto el contratista no cumplió con las prestaciones a su cargo, la Entidad optó, atendiendo a la naturaleza de las observaciones, por extender el plazo para su cumplimiento oportuno"³⁴.*

Con posterioridad a la respuesta del Contratista (Carta C. N° 055-2010-EA) no se constata nuevas observaciones o requerimientos por parte de PNCVFS, sobre este aspecto. Asimismo, PNCVFS no ha acreditado que, tras la respuesta del Contratista, haya subsistido el incumplimiento. Inclusive en las posteriores Cartas Notariales 002, 003, 004, 030, la Entidad no vuelve a mencionar esta observación, lo cual es referido por el propio Contratista, en su defensa.

En consecuencia, el Árbitro Único interpreta que la **observación realizada por PNCVFS sobre las Actas de Inventario, fue subsanada por el Contratista, dentro del plazo otorgado por PNCVFS, en consecuencia no resulta aplicable**

³⁴ El énfasis es añadido.

penalidad por este concepto, conforme lo expresa el criterio de la Opinión N° 027-2010/DTN del OSCE.

6.3. Respecto a los Bienes no Digitados³⁵

En la presente observación, la Entidad menciona que, en la información recepcionada (CD) falta control de calidad de la digitación, además de no ingresar los siguientes ítems al CD:

- CEM Utcumbaba.
- Cámara Fotográfica 74220897000019.
- Folio 202-01 (01 ítem) Sede Central.
- Teclados del 7408950000035 al 74089500000361 (12 ítems)
- Folio 01-051.

Sobre el particular, el Contratista responde en la Carta C N° 055-2010-EA que los bienes sí fueron considerados en la Toma de Inventory y que fueron digitados en su momento.

Con posterioridad a la respuesta del Contratista (Carta C. N° 055-2010-EA) la Entidad no incide nuevamente sobre este aspecto. Por otro lado, cabe precisar que PNCVFS no ha acreditado fehacientemente en el presente proceso que, tras la respuesta del Contratista, haya subsistido el incumplimiento.

³⁵ Observación efectuada a través de la Carta Notarial N° 001-2010-PNCVFS-UA.

En conclusión, el Árbitro Único interpreta que la **observación referida a los bienes no digitados no tiene sustento ni ha sido acreditada. En consecuencia, no resulta aplicable penalidad por este concepto.**

6.4. Respeto de los Bienes no Inventariados³⁶

La Entidad indica que los siguientes ítems no fueron incluidos en el proceso de inventario:

CÓDIGO PATRIMONIAL	DESCRIPCIÓN
7408050000003	Computadora Personal Portátil Ubicada en UGTAI Sede Central
74089950000295	CPU María Esther Chávez Ubicada en UGATI Sede Central
4622521000048	ESTABILIZADOR Emma Espinoza UGTAI Sede Central.

Sin embargo, el Contratista a través de la Carta C N° 055-2010-EA, responde sobre dicha observación, expresando que, el día 12 de mayo, verificando la existencia de dichos bienes en los lugares indicados, el Contratista tomó inventario de los mismos, considerándolos en los nuevos resultados e incluyéndolos en las Hojas de Captura correspondientes.

³⁶ Observación efectuada a través de la carta Notarial N° 001-2010-PNCVFS-UA.

Según lo expresado por el Contratista, los bienes no inventariados no fueron incluidos en su oportunidad porque en aquella fecha no fueron encontrados.

Por tanto, el Árbitro Único considera que la presente **observación relativa a los bienes no inventariados también fue subsanada**, dado que el Contratista incluyó dichos bienes en el respectivo inventario y Hojas de Captura, dentro del plazo otorgado por PNCVFS. En consecuencia, dado que la subsanación se efectuó dentro del plazo otorgado por la Entidad y conforme con la Opinión N° 027-2010/DTN del OSCE referida líneas arriba³⁷, no resulta aplicable la imposición de penalidades en contra del Contratista por este concepto.

Cabe anotar que, con posterioridad a la respuesta del Contratista (Carta C. N° 055-2010-EA) PNCVFS no expresa que se mantenga el incumplimiento ni acredita fehacientemente en el presente proceso que, tras la respuesta del Contratista, haya subsistido el incumplimiento.

6.5. Respecto del Proceso de Conciliación entre los Bienes Faltantes y Sobrantes³⁸

³⁷ Ver numeral 6.2. de los Considerando del presente laudo.

³⁸ Observación efectuada a través de la carta Notarial N° 002-2010-PNCVFS-UA.

En el literal a) de la Carta Notarial N° 002-2010-PNCVFS-UA la Entidad menciona que, respecto del Proceso de Conciliación entre los Bienes Faltantes y Sobrantes, los Bienes Faltantes no fueron empatados con los Bienes Sobrantes.

El Contratista responde a esta segunda Carta Notarial del PNCVFS³⁹, a través de la Carta Notarial 058-2010-EA. Sobre este aspecto, el Contratista señala que subsanó dicho aspecto, realizando una nueva conciliación de los equipos y reasignando sus ubicaciones. Según lo expresado por el Contratista, del listado entregado, todos los bienes se han conciliado según su modificación, incluso la impresora láser faltante 387, pues su serie está errada en la data que entregó el PNCVFS al Contratista.

Pese a lo expuesto por el Contratista, en la Carta Notarial N° 003-2010-PNCVFS-UA, la Entidad señaló que "de la revisión del proceso de conciliación de bienes Faltantes y bienes Sobrantes se advierte que algunos bienes continúan sin conciliar, es por ello, que la presente observación no ha sido subsanada". Esta observación es genérica y no específica ni acredita fehacientemente el supuesto incumplimiento del Contratista. Para aplicar una penalidad, es necesaria la

³⁹ Carta Notarial N° 002-2010-PNCVFS-UA. Ver Anexo 1-L de la demanda.

existencia de un incumplimiento el cual debe ser acreditado por el acreedor. En consecuencia, el Árbitro Único considera que lo referido en la Carta Notarial N° 003-2010-PNCVFS-UA, es una simple apreciación de parte que no acredita el incumplimiento.

En conclusión, el Árbitro Único interpreta que la presente **observación relativa a la conciliación entre los bienes faltantes y sobrantes también fue subsanada dentro del plazo otorgado por la Entidad⁴⁰**, dado que el Contratista efectuó una nueva conciliación de los bienes y reasignó sus ubicaciones.

En consecuencia, dado que la subsanación se efectuó dentro del plazo otorgado por la Entidad y conforme con la Opinión N° 027-2010/DTN del OSCE referida líneas arriba⁴¹, no resulta aplicable la imposición de penalidades en contra del Contratista por este concepto.

⁴⁰ El plazo de cinco días calendario otorgado por la Entidad (Carta Notarial N° 002-2010-PNCVFS-UA) vencía el día domingo 23 de mayo de 2010, sin embargo, debe considerarse el día lunes 24 de mayo de 2010 como fecha de vencimiento, dado que conforme con lo establecido en el artículo 183 numeral 5 del Código Civil: «**El plazo cuyo último día sea inhábil, vence el primer día hábil siguiente**».

⁴¹ Ver numeral 6.2. de los Considerando del presente laudo.

6.6. Respecto del Comparativo de los Bienes Inventariados con la Data del Software de Inventory Móbiliario Institucional (SIMI)⁴²

En el literal b) de la Carta Notarial N° 002-2010-PNCVFS-UA la Entidad solicita al Contratista, la subsanación del Comparativo de los Bienes Inventariados con la Data del Software de Inventory Móbiliario Institucional (SIMI).

La respuesta del Contratista fue mediante la Carta C.N° 058-2010-EA, adjuntando el SIMI final, mencionando que el anterior SIMI no era el final y fue presentado por error.

A criterio del Árbitro Único, al haberse aclarado el SIMI anterior y además, al haberse adjuntado el SIMI final solicitado por la Entidad, **se considera subsanada la observación relativa al Comparativo de los Bienes Inventariados con la Data del Software de Inventory Móbiliario Institucional (SIMI)**. Esta subsanación **también fue realizada dentro del plazo otorgado por la Entidad**⁴³. En consecuencia, dado que la subsanación se efectuó dentro del plazo otorgado por la Entidad y conforme

⁴² Observación efectuada a través de la Carta Notarial N° 002-2010-PNCVFS-UA.

⁴³ El plazo de cinco días calendario otorgado por la Entidad (Carta Notarial N° 002-2010-PNCVFS-UA) vencía el día domingo 23 de mayo de 2010, sin embargo, debe considerarse el día lunes 24 de mayo de 2010 como fecha de vencimiento, dado que conforme con lo establecido en el artículo 183 numeral 5 del Código Civil: «**El plazo cuyo último día sea inhábil, vence el primer día hábil siguiente**».

con la Opinión N° 027-2010/DTN del OSCE referida líneas arriba⁴⁴, no resulta aplicable la imposición de penalidades en contra del Contratista por este concepto.

6.7. Respeto de Bienes No Propiedad inventariados como Bienes Sobrantes⁴⁵

En el literal c) de la Carta Notarial N° 002-2010-PNCVFS-UA la Entidad solicita al Contratista, la subsanación de los Bienes No Propiedad inventariados como Bienes Sobrantes.

El Contratista informa la subsanación de la presente observación mediante la Carta C.N° 058-2010-EA respondiendo lo siguiente:

"PNCVFS no nos entregó la relación de control, la única referencia que teníamos para identificarlos era la declaración de los usuarios. Usualmente ellos dan buenas referencias pero a veces omiten información como en este caso".

De la revisión de las Bases se concluye que la entrega de este tipo de información era una obligación del PNCVFS frente al Contratista. Efectivamente, el numeral 6.3. de los Términos de Referencia señalan que:

⁴⁴ Ver numeral 6.2. de los Considerando del presente laudo.

⁴⁵ Observación efectuada a través de la Carta Notarial N° 002-2010-PNCVFS-UA.

"el proveedor tendrá acceso a la información relacionada al inventario realizado por el PNCVFS al 31.12.2008 y **toda la base de datos e información sobre los bienes asignados así como su ubicación**".

Pese a que la información relativa a Bienes No Propiedad inventariados como sobrantes, no fueron proporcionados por la Entidad al Contratista, el Contratista cumplió diligentemente con efectuar las correcciones del caso, dentro del plazo otorgado por la Entidad, tras la comunicación de PNCVFS.

Según lo referido en la misma Carta C.Nº 058-2010-EA del Contratista, éste último "en base a esta nueva información de que el bien es de terceros, el bien ya lo hemos extraído de los bienes sobrantes".

En consecuencia, el Árbitro Único concluye que la Entidad no colaboró con la entrega oportuna de la relación de control, lo cual ocasionó que el Contratista no pueda cumplir oportunamente con su prestación.

Pese a ello, el Contratista cumplió con realizar su prestación conforme con lo pactado en este extremo, apenas se le brindó la información correspondiente. En conclusión, **no**

resulta aplicable penalidad sobre este aspecto dado que el retraso fue justificado. La justificación fue la falta de colaboración de la Entidad para proporcionar la información necesaria para cumplir este aspecto de lo pactado.

Cabe indicar que la Entidad no observó este aspecto en las comunicaciones siguientes ni aportó prueba fehaciente que acredite que la observación se mantiene.

6.8. Respeto de Bienes Inventariados sin etiquetado⁴⁶

En el literal d) de la Carta Notarial N° 002-2010-PNCVFS-UA la Entidad solicita al Contratista, la subsanación de los Bienes Inventariados sin etiquetado.

En respuesta, a través de la Carta Notarial 058-2010-EA, el Contratista explica que el MIMDES y el PRONAA no colaboraron para inventariar y etiquetar los bienes del PNCVFS ubicados en sus locales. Según el Contratista, uno de los locales a los que no pudo ingresar para realizar el etiquetado final fue el PRONAA Callao. Al respecto, más allá del dicho del Contratista, no existe prueba fehaciente que acredite o deje constancia que se le haya negado el acceso

⁴⁶ Observación efectuada a través de la Carta Notarial N° 002-2010-PNCVFS-UA.

al Contratista en el local PRONAA Callao. No obstante, como lo informó el Contratista, en su carta de respuesta, luego de una serie de gestiones, pudo ingresar el día jueves 20 de mayo de 2010 para realizar el etiquetado pendiente. Asimismo, aclara que con respecto al bien 74648119001084 Silla Fija de Madera se verificó su inventariado y etiquetado.

En consecuencia, si bien existiría incumplimiento del Contratista respecto de este extremo, sin embargo, al haberse subsanado dentro del plazo otorgado por la Entidad⁴⁷ **no resulta aplicable la imposición de penalidades en contra del Contratista por este concepto.** Este criterio se encuentra reconocido en la Opinión N° 027-2010/DTN del OSCE referida líneas arriba⁴⁸.

6.9. Respecto de Bienes con estado de conservación errónea⁴⁹

En el literal e) de la Carta Notarial N° 002-2010-PNCVFS-UA la Entidad comunica al Contratista que existen “Bienes con estado de conservación errónea”.

El Contratista señala en la Carta C. N° 058-2010-EA que los estados de los bienes son definidos de manera subjetiva y

⁴⁷ El plazo de cinco días calendario otorgado por la Entidad (Carta Notarial N° 002-2010-PNCVFS-UA) vencía el día domingo 23 de mayo de 2010, sin embargo, debe considerarse el día lunes 24 de mayo de 2010 como fecha de vencimiento, dado que conforme con lo establecido en el artículo 183 numeral 5 del Código Civil: «**El plazo cuyo último día sea inhábil, vence el primer día hábil siguiente.**»

⁴⁸ Ver numeral 6.2. de los Considerando del presente laudo.

⁴⁹ Observación efectuada a través de la Carta Notarial N° 002-2010-PNCVFS-UA.

agrega las calificaciones que utiliza. Asimismo, indica que el inventariador es el encargado de evaluar el estado de conservación de los bienes y que dependerá de su análisis la calificación de cada uno de los bienes. Asimismo, agrega en la referida comunicación que, a dos meses de haberse culminado el levantamiento físico pueden haber ocurrido cambios en el estado, por lo que procedió a cambiar el estado de los bienes observados por la Entidad.

Al haber aclarado la evaluación de la conservación de los bienes y al haber cambiado el estado de los bienes observados, el Árbitro Único concluye que ha sido subsanada por el Contratista la observación relativa a los Bienes con estado de conservación errónea.

En consecuencia, dado que la subsanación se efectuó dentro del plazo otorgado por la Entidad y conforme con la Opinión N° 027-2010/DTN del OSCE referida líneas arriba⁵⁰, **no resulta aplicable la imposición de penalidades en contra del Contratista por este concepto.**

⁵⁰ Ver numeral 6.2. de los Considerando del presente laudo.

6.10. Asignación Física de la etiqueta o placa patrimonial ⁵¹

A través de la Carta Notarial N° 003-2010-PNCVFS-UA, la Entidad realiza una tercera comunicación remitiendo sus observaciones relativas al Informe Final presentado por el Contratista.

En el literal a) de la Carta Notarial N° 003-2010-PNCVFS-UA la Entidad señala que el Contratista debió proceder a la asignación física de la etiqueta o de la placa patrimonial terminada la identificación del bien Sobrante con el Bien Faltante⁵².

En respuesta, el Contratista remite la Carta C.N°059-2010-EA. En dicha comunicación el Contratista señala que:

"3. Debido a las observaciones presentadas la última vez, se conciliaron aproximadamente 60 bienes adicionales que efectivamente hay que regularizar su etiquetado.

4. Pero la subsanación final de este etiquetado no podremos hacerlo mientras Uds. sigan haciendo observaciones sobre nuevas conciliaciones, por lo que **una vez que estén**

⁵¹ Observación efectuada a través de la Carta Notarial N° 003-2010-PNCVFS-UA.

⁵² Cabe indicar que, horas después de recibida por el Contratista la Carta Resolutoria, PNCVFS remitió la Carta Notarial 030-2010-PNCVFS-UA, en la que indica que el contratista no sólo debió afirmar que etiquetó los bienes, sino que el Contratista también debió adherir la etiqueta del Código Patrimonial del bien faltante al bien sobrante, así como el retiro de la etiqueta con indicación sobrante. La referida Carta Notarial N° 030-2010-PNCVFS-UA, exige además al Contratista, la evidencia con documentos del trabajo de subsanación.

conformes con la conciliación, procederemos a regularizar el etiquetado”.

De lo expresado por el Contratista en el párrafo anterior, el Árbitro Único concluye que la asignación física de la etiqueta o de la placa patrimonial no fue realizada dentro del plazo otorgado por la Entidad en su Carta Notarial N° 003-2010-PNCVFS-UA. Efectivamente, el Contratista señala que no podrá efectuar dicho etiquetado hasta que la Entidad se encuentre conforme con la Conciliación.

Al respecto, los Términos de Referencia en el numeral 9.5 indican que: *"una vez concluida la conciliación⁵³ de bienes faltantes y sobrantes y determinada la relación de bienes conciliados, el contratista deberá proceder al etiquetado general de todos los bienes, incluidos los que no tienen etiqueta o que estas se encuentren deterioradas"*. Es decir, es necesaria la culminación de la conciliación para que el Contratista pueda realizar el etiquetado general, tal como lo solicita la Entidad.

Según lo expresado por el numeral 9.3 de los Términos de la Referencia “El contratista deberá efectuar el proceso de conciliación de los bienes faltantes y los sobrantes en

⁵³ El énfasis es añadido.

general, para identificar los bienes que pudieran encontrarse en la condición de faltantes en un área y sobrantes en otra”.

En tal sentido, no existe ninguna necesidad que la Entidad apruebe o brinde su conformidad con la conciliación que debe ser realizada por el Contratista, sin embargo, proceder en el marco de la buena fe contractual⁵⁴, implica en estas circunstancias, que la Entidad colabore pronunciándose respecto del resultado de la conciliación presentada por el Contratista, para que éste último pueda proceder a cumplir con su prestación de etiquetado. Efectivamente, como lo expresan Osterling y Castillo “la actividad cooperadora del acreedor se presenta como elemento esencial para una fiel actuación del contenido de la obligación”⁵⁵.

Asimismo, debido a que el PNCVFS no facilitó el acceso al Contratista para que pueda realizar dicha labor en los siguientes lugares: (i) PRONAA Santa Anita, (ii) Almacén MIMDES, (iii) Depósito MIMDES y (iv) CEM Cercado (Jr. Camaná), el Contratista se encontraba igualmente imposibilitado de cumplir su prestación relativa a la asignación física de la etiqueta o de la placa patrimonial,

⁵⁴ Artículo 1362 del Código Civil.- « Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes ».

⁵⁵ OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones. Biblioteca para leer el Código Civil. Vol. XVI. Cuarta Parte. Tomo XIV. Fondo Editorial PUCP. Lima. 2003. P. 2294.

pues la misma, tenía que ejecutarse en todos los lugares especificados en el Anexo A⁵⁶.

Como han escrito Osterling y Castillo "podemos concluir que la inejecución de la obligación puede también obedecer a culpa del acreedor, inclusive a culpa exclusiva del de este.

Aquí resulta evidente el efecto liberatorio y desde luego la inimputabilidad del deudor, **no siéndole exigible el cumplimiento de la cláusula penal estipulada**⁵⁷.

En consecuencia, el Árbitro Único considera que **no corresponde la aplicación de penalidades sobre este aspecto**, dado que el Contratista ha manifestado su disposición para cumplir con lo pactado y porque además, la prestación no podía ser cumplida sin la colaboración de la contraparte (autorización de acceso a todos los lugares pactados, conformidad respecto de la conciliación, etc.).

⁵⁶ Según el Numeral 3 de los Términos de Referencia de las Bases, relativo a la Cobertura del Servicio, "El inventario del PNCVFS se realizará considerando todos los Centros Emergencia Mujer, CAI, Casas refugio, Almacenes y otros lugares donde se encuentren bienes del PNCVFS, ubicados a nivel nacional de acuerdo al Anexo A". Precisamente dicho Anexo A incluye los cuatro lugares citados.

⁵⁷ OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones. Biblioteca para leer el Código Civil. Vol. XVI. Cuarta Parte. Tomo XV. Fondo Editorial PUCP. Lima. 2003. P. 2690.

6.11. Sobre la Nueva Hoja de Captura ⁵⁸

PNCVFS exigió al Contratista "remitir una nueva hoja de captura o similar con la información conciliada, la cual se solicitó en el documento de la referencia b)⁵⁹, señalando el levantamiento de las observaciones de manera pormenorizada y documentada".

Al respecto, el Contratista precisó que la nueva Hoja de Captura por cada bien sobrante conciliado que solicita la Entidad, no es un aspecto incluido en los Términos de Referencia.

De la revisión de las Bases se concluye que las mismas no requerían lo exigido por la Entidad, en consecuencia, el Árbitro Único considera que el Contratista no se encuentra en incumplimiento respecto de esta prestación. Por esta razón **el Contratista no puede ser penalizado por la Entidad por este concepto.**

6.11.Respecto del Comparativo de los Bienes Inventariados con la data del Software de Inventario Mobiliario Institucional (SIMI)⁶⁰

En el literal b) de la Carta Notarial N° 003-2010-PNCVFS-UA la Entidad señala que los registros efectuados por el

⁵⁸ Observación efectuada a través de la Carta Notarial N° 003-2010-PNCVFS-UA.

⁵⁹ Se refiere a la Carta Notarial N° 002-2010-PNCVFS-UA.

⁶⁰ Observación efectuada a través de la Carta Notarial N° 003-2010-PNCVFS-UA.

Contratista no pueden editarse por no contener en el campo DOC_ALTA, el Número de la Orden de Compra o documento fuente de adquisición, lo cual es exigencia del aplicativo (SIMI) en el proceso de edición del registro.

En respuesta, a través de la Carta C.N°059-2010-EA, el Contratista informa que adjunta el campo DOC_ALTA con el documento fuente de adquisición. Asimismo, adjunta el SIMI modificado.

Al respecto, el Árbitro Único considera que puede considerarse un abuso del derecho⁶¹ que, habiéndose observado a través de la Carta Notarial N° 002-2010-PNCVFS-UA otros aspectos relativos al SIMI, la Entidad omita referirse en dicha oportunidad, respecto de la falta del Número de la Orden de Compra o documento fuente de adquisición, que deben incluirse en el campo DOC_ALTA del SIMI. No puede interpretarse de otra forma la actuación de la Entidad en este aspecto, pues no resulta razonable que la Entidad requiera en sucesivas cartas, subsanaciones distintas, cuando todas ellas pudieron ser expuestas en una sola comunicación.

⁶¹ Artículo II del Título Preliminar “La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho”.

Por ello, resulta pertinente citar a Rubio, que manifiesta que:

“el acto que se califica como abuso del derecho es un acto en principio lícito, es decir, que formalmente constituye ejercicio de un derecho subjetivo dentro del sistema jurídico de que se trate.

Sin embargo, ese acto lícito contraría el espíritu o los principios del Derecho en el transcurso de su ejecución, y por tanto, se configura una laguna del derecho que debe ser resuelta por el Juez, ante la carencia de una disposición restrictiva o prohibitiva específica que impida el acto como se realiza”.

Si bien la Entidad tiene derecho a reclamar el cumplimiento de lo pactado, el ejercicio de ese derecho debe efectuarse de manera regular y no de forma abusiva, como ocurrió en el presente caso, donde existieron distintas observaciones que, en cartas sucesivas remitió la Entidad al Contratista. Como es evidente, si el contenido de las distintas cartas, se hubieran referido a las mismas observaciones que no fueron subsanadas, no habría cuestionamiento alguno.

Es más, para entender la orientación de las normas especiales sobre Contratación del Estado, por ejemplo, existen plazos máximos para la recepción y conformidad⁶²

⁶² Ver Artículo 176 y Artículo 181 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (Decreto Supremo N° 184-2008-EF).

que no deben superar los 10 días calendarios, existiendo la obligación de la Entidad de **consignar claramente en el acta respectiva, el sentido de las observaciones que existieran.**

Por otro lado, el comportamiento de la Entidad de no realizar todas sus observaciones en una sola comunicación, sino por el contrario, realizarlas de manera sistemática, con posterioridad a cada subsanación efectuada por el Contratista, puede ser calificada también como un acto contrario a la buena fe contractual.

En consecuencia, el derecho no podría legitimar o brindar una consecuencia jurídica favorable a quien actuó de mala fe o ejerciendo de manera abusiva un derecho. Por ello, la doctrina expresa que:

*"producido el acto contrario a la buena fe, pueden aplicarse, a título explicativo, las siguientes sanciones: a) la privación de las ventajas que corresponden a quien actúa de buena fe; b) la sanción contra la validez o eficacia del acto o negocio jurídico de que se trate; y c) el nacimiento de la responsabilidad civil, con la obligación de resarcir los daños derivados de tal conducta"*⁶³.

⁶³ Ver DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general. Biblioteca para leer el Código Civil. Vol. XI. Primera Parte. Tomo II. Fondo Editorial PUCP. Lima. 1993. P. 45.

En conclusión, el Árbitro Único considera que **no podría sancionarse con penalidad al Contratista por haber subsanado este concepto fuera del plazo establecido por la Entidad en su última comunicación (Carta Notarial N° 003-2010-PNCVFS-UA)**⁶⁴ porque el **comportamiento de la Entidad constituye una actuación contraria a la buena fe y un ejercicio abusivo de su derecho.**

6.12. Sobre los Bienes con estado de conservación errónea ⁶⁵

En el literal c) de la Carta Notarial N° 003-2010-PNCVFS-UA la Entidad solicita el informe del sustento (documentado) por el que determinó el estado de los bienes inventariados.

En respuesta, a través de la Carta C.N° 059-2010-EA, el Contratista reitera que los bienes son definidos de manera subjetiva y que los parámetros que solicita la empresa se encuentran estipulados en los Términos de Referencia y se encuentran sustentados en las definiciones del Glosario de la SBN.

⁶⁴ Efectivamente, la Carta Notarial N° 003-2010-PNCVFS-UA, recibida por el Contratista el 27 de mayo de 2010, otorgó un plazo no mayor de dos (2) días calendarios. Sin embargo, el Contratista cumplió con realizar la referida subsanación, recién el 31 de mayo de 2010, adjuntando el SIMI modificado a su Carta C.N° 059-2010-EA. Es decir, la referida subsanación se realizó a los dos días calendario después del plazo establecido por la Entidad en su Carta Notarial N° 003-2010-PNCVFS-UA.

⁶⁵ Observación efectuada a través de la Carta Notarial N° 003-2010-PNCVFS-UA.

Efectivamente, en el numeral 9.10 de los Términos de Referencia se expresa que el formato para el Estado de Conservación deberá contar con la siguiente calificación:

"B (Bueno): cuando el bien se encuentra en óptimo estado de conservación y de funcionamiento.

R (Regular): el bien presenta algún deterioro (no significativo) y/o su funcionamiento presenta algunos inconvenientes que puedan ser subsanados con reparaciones menores.

M (Malo): presenta un gran deterioro en su conservación y/o fallas en su funcionamiento que ameritan una reparación mayor.

I (Muy Malo): inservible o chatarra".

De la revisión de los Términos de Referencia, el Árbitro Único concluye que las Bases no exigen la entrega de documentación o sustentación de la calificación efectuada por el Contratista. En consecuencia, al calificar los bienes conforme con lo exigido en los Términos de Referencia, el Contratista cumplió con la prestación debida. Por ello, **la observación realizada por la Entidad en este extremo, carece de sustento contractual y legal**. Por lo tanto, **no**

corresponde la aplicación de penalidad por este aspecto.

6.13. Respecto del Proceso de etiquetado de bienes patrimoniales⁶⁶

En el literal d) de la Carta Notarial N° 003-2010-PNCVFS-UA la Entidad observa que "de la revisión de los bienes etiquetados en función al período 2009, se advierte incongruencia en la conciliación de la información física real de los bienes etiquetados con la información del 2008. De la revisión del informe final y del proceso antes mencionado, se ha detectado bienes que han sido erróneamente conciliados, desconociendo el criterio empleado por su representada para dicho proceso de conciliación".

Al respecto, en la Carta C.N° 059-2010-EA, el Contratista responde que:

*"hemos analizado las fotografías entregadas y efectivamente **aparentan ser errores** de etiquetado que podemos subsanar inmediatamente.*

*El tema es que la observación es extemporánea y **cabe la posibilidad de que haya habido alteraciones posteriores**, toda vez que el Sr. Roberto Zegarra estuvo*

⁶⁶ Observación efectuada a través de la Carta Notarial N° 003-2010-PNCVFS-UA.

*supervisando personalmente el etiquetado final y **no observó nada anormal en su momento”.***

En el presente proceso, no se adjuntó prueba que acredite fehacientemente el incumplimiento de este aspecto. Si bien el Contratista muestra su disposición para realizar la subsanación respectiva, no acepta el cuestionamiento de la Entidad dado que utiliza los términos “aparentan ser errores”, “cabe la posibilidad de que haya habido alteraciones posteriores” y que en todo caso, el representante de la Entidad “no observó nada anormal en su momento”.

En consecuencia, al no haberse acreditado de manera fehaciente el incumplimiento, el Árbitro Único no puede considerar incumplida la obligación relativa a este aspecto. Por ello, el Árbitro Único concluye que respecto de esta prestación, no resulta aplicable penalidad alguna.

Séptimo.- Considerando lo acreditado en el presente proceso arbitral, y conforme con el análisis específico de cada uno de los aspectos observados por la Entidad, el Árbitro Único concluye que, dado que ninguno de los incumplimientos observados por la Entidad eran pasibles jurídicamente de ser sancionados con penalidad, el PNCVFS no se encontraba facultada a resolver el contrato por alcanzar el

monto máximo de la penalidad, conforme con lo establece el artículo 165 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (Decreto Supremo 184-2008-EF). En consecuencia, la resolución contractual aplicada por PNCVFS resulta ineficaz.

Octavo.- Respecto de la pretensión referida a que se tenga por cumplida la prestación que corresponde al Contratista, el Árbitro Único declara que, si bien por causas no imputables al Contratista éste no pudo ejecutar algunas prestaciones pactadas, eso no significa que el Contratista haya cumplido a cabalidad lo pactado.

Sin duda, el incumplimiento, que existe en el presente caso, no puede ser pasible de penalidad o resolución, conforme hemos precisado en caso supuesto. Sin embargo, ello no implica que el Contratista haya cumplido la prestación que le correspondía conforme con los términos de la referencia de las bases administrativas aprobadas por la Entidad.

Noveno.- Dado que el contrato no fue resuelto conforme a ley, se mantiene vigente el derecho a cobro de la contraprestación a favor del Contratista. En consecuencia, corresponde que PNCVFS pague a favor del Contratista, la suma de S/. 67,620.00 monto establecido en la cláusula tercera del Contrato.

Décimo.- Debido a que la suma, referida en el Considerando anterior, no fue pagada por el PNCVFS en su oportunidad, corresponde que el PNCVFS pague los intereses legales aplicables hasta la fecha en que se haga efectivo el referido pago, conforme lo establece el artículo 48 de la Ley de Contrataciones del Estado⁶⁷.

El computo de los referidos intereses se iniciará a partir del día siguiente de los diez (10) días calendario de recibida la prestación del Contratista, conforme lo expresa el artículo 181 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado⁶⁸.

Conforme lo reconocen ambas partes, se entiende que existió la entrega del Informe Final recién el 14 de mayo de 2010⁶⁹. En consecuencia, los intereses legales comenzarán a computarse a partir del 25 de mayo de 2010.

⁶⁷ Artículo 48 de la Ley de Contrataciones del Estado (Decreto Legislativo 1017).- En caso de atraso por parte de la Entidad, salvo que se deba a caso fortuito o fuerza mayor, **ésta reconocerá al contratista los intereses legales correspondientes**. El énfasis es añadido.

⁶⁸ Artículo 181 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (Decreto Legislativo 1017).- “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 dar 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 recibidos éstos”.

⁶⁹ Efectivamente la Carta del Contratista C.N° 055-2010-EA lleva como asunto “Informe Final del Inventario General y Conciliación de los Bienes Patrimoniales del Programa Nacional Contra la Violencia Familiar y Sexual al 31.12.2009”. Asimismo, el PNCVFS reconoce dicha fecha en la Carta Notarial N° 002-2010-PNCVFS-UA al señalar que “en atención al asunto del rubro y documento de la referencia, por el cual se recibió el Informe Final de Inventario General y Conciliación de Bienes Patrimoniales del PNCVFS el 14 de mayo del presente año”.

Undécimo.- Respecto de la condena de Costas y Costos del presente proceso arbitral, el numeral 1 del artículo 73 del Decreto Legislativo 1071 (Ley de Arbitraje) dispone que:

"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."

El convenio arbitral contenido en el Contrato no contiene un pacto sobre las costas y costos del procedimiento arbitral. En consecuencia, atendiendo a que no existe pacto de las partes sobre las costas y costos, el Arbitro Único considera que las partes han tenido motivos atendibles para considerar necesario recurrir a la vía arbitral a fin de resolver la presente controversia, por lo cual considera que cada parte asuma los costos, costas y gastos que, hasta la fecha del presente laudo, hayan asumido o cubierto en forma individual. Ello sin perjuicio de que el PNCVFS proceda a reembolsar a favor del Contratista la suma de S/. 645.25 (Seiscientos Cuarenta y Cinco y 25/100 Nuevos Soles) correspondiente al pago de la secretaría arbitral que, en subrogación, tuvo que efectuar el Contratista, conforme con lo expresado en la Resolución N° 7 del presente proceso arbitral,

más los respectivos intereses legales computables desde la fecha en que el Contratista hizo efectivo el referido pago en subrogación, hasta la fecha en que el PNCVFS cumpla con cancelar efectivamente dicha suma.

Por las razones y fundamentos expuestos, de acuerdo con lo establecido por la Ley de Contrataciones del Estado y su respectivo Reglamento, así como con lo dispuesto en las normas aplicables al presente proceso arbitral, el Árbitro Único, en DERECHO,

LAUDA:

PRIMERO: Declarar **FUNDADA** la pretensión relativa a que se deje sin efecto la Resolución de Contrato N° 003-2010-PNCVFS, referido al « Servicio de Toma de Inventario Físico», efectuada por el PNCVFS. En consecuencia, se declara ineficaz la resolución efectuada por el PNCVFS.

SEGUNDO: Declarar **INFUNDADA** la pretensión referida a que se tenga por cumplida la prestación que corresponde al Contratista.

TERCERO: Declarar **FUNDADA** la pretensión referida que el PNCVFS cumpla con pagar la suma de S/. 67,620.00 (Sesenta y siete mil seiscientos veinte y 00/100 Nuevos Soles) contenido en la Cláusula Tercera del Contrato, más los intereses legales aplicables a partir del

25 de mayo de 2010, hasta la fecha en que haga efectivo el referido pago.

CUARTO: ORDENAR que cada parte asuma los costos, costas y gastos que, hasta la fecha del presente laudo, hayan asumido o les corresponda, en forma individual.

QUINTO: ORDENAR que el PNCVFS proceda a reembolsar a favor del Contratista la suma de S/. 645.25 (Seiscientos Cuarenta y Cinco y 25/100 Nuevos Soles) correspondiente al pago de la Secretaría Arbitral que, en subrogación, tuvo que efectuar el Contratista, más los respectivos intereses legales computables desde la fecha en que el Contratista efectuó dicho pago, hasta la fecha en que el PNCVFS cumpla con reembolsar efectivamente dicha suma.

Notifíquese a las partes.

**ALFREDO F. SORIA AGUILAR
ÁRBITRO ÚNICO**