

Arbitraje seguido entre

CONSORCIO SAN LUIS

OSCE
DIRECCIÓN DE ARBITRAJE

13 SEP 2017

RECIBIDO

Moral
Hrs Ingreso:
Exp:

Y

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS

EN RELACIÓN CON EL CONTRATO N° 169-2015-EF/43.03/SAU
para la contratación del “Servicio de Acondicionamiento, Mantenimiento y
Reparación de Ambientes de la Dirección General de Endeudamiento y Tesoro
Público (DGETP) del Ministerio de Economía y Finanzas”

Monto del Contrato: S/. 1'158,075.57

Cuantía de la Controversia: S/. 117,887.31

Concurso Público N° 007-2015-EF/43

Honorarios del Árbitro Único: S/. 2,700.00 netos

Honorarios Secretaría Arbitral: S/. 1,440.00 incluyendo IGV

Materia: Devolución de penalidades y otros.

LAUDO DE DERECHO

Árbitro Único

Nilo Vizcarra Ruiz

Secretaria Arbitral

Katherine Quiroz Acosta

Tipo de Arbitraje

Nacional | Derecho | Ad Hoc

Lima, 13 de setiembre de 2017

/

GLOSARIO DE TÉRMINOS

CONTRATO	Contrato N° 169-2015-EF/43.03/SAU para la contratación del “Servicio de Acondicionamiento, Mantenimiento y Reparación de Ambientes de la Dirección General de Endeudamiento y Tesoro Público (DGETP) del Ministerio de Economía y Finanzas”, suscrito el 2 de setiembre de 2015.
CONTRATISTA/DEMANDANTE / CONSORCIO (indistintamente)	Consortio San Luis integrado por Franco Leonardo Apolaya Alejandría y AS Ingenieros Contratistas y Ejecutores S.A.C. – ASICOE S.A.C.
ENTIDAD / DEMANDADA / MEF (indistintamente)	Ministerio de Economía y Finanzas
OSCE	Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado
SNA	Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje del OSCE
LCE	Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo N° 1017, incluidas las modificatorias aprobadas por Ley N° 29873.
RLCE	Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF, incluidas las modificatorias aprobadas por Decreto Supremo N° 138-2012-EF
LA / Ley de Arbitraje (indistintamente)	Decreto Legislativo N° 1071 que norma el arbitraje
TUO RSNA	Texto Único Ordenado del Reglamento del SNA, aprobado por Resolución N° 016-2004/CONSUCODE/PRE, de fecha 15 de enero de 2004, y modificado por Resolución N° 172-2012-OSCE/PRE, de fecha 2 de julio de 2012.

RESOLUCIÓN N° 12

En Lima, a los trece días del mes de setiembre del año dos mil diecisiete, el abogado Nilo Vizcarra Ruiz, en calidad de Árbitro Único y, luego de haber realizado las actuaciones arbitrales de conformidad con la Ley y las reglas establecidas por las partes, valorado las pruebas ofrecidas y actuadas en este arbitraje, escuchado los argumentos y deliberado en torno a las pretensiones planteadas en la demanda y en la contestación de demanda, dicta el siguiente Laudo para poner fin, por decisión de las partes, a las controversias planteadas:

VISTOS:

I. ANTECEDENTES DE LA RELACIÓN JURÍDICA ENTRE LAS PARTES:

1.1 De la cláusula arbitral:

El Convenio Arbitral se encuentra incorporado en la Cláusula Décimo Octava del Contrato N° 169-2015-EF/43.03/SAU cuyo objeto era la contratación del “Servicio de Acondicionamiento, Mantenimiento y Reparación de Ambientes de la Dirección General de Endeudamiento y Tesoro Público (DGETP) del Ministerio de Economía y Finanzas” (en adelante, el CONTRATO), suscrito el 2 de setiembre de 2015 entre el Consorcio San Luis (en adelante, el CONTRATISTA, el CONSORCIO o DEMANDANTE, indistintamente) y el Ministerio de Economía y Finanzas (en adelante, la ENTIDAD, el MEF o la DEMANDADA, indistintamente), cuyo texto es el siguiente:

“CLÁUSULA DÉCIMA OCTAVA: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Cualquiera de las partes tiene el derecho a iniciar el arbitraje administrativo a fin de resolver las controversias que se presenten durante la etapa de ejecución contractual dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 144°, 170°, 175°, 177, 176°, 177° y 181° de EL REGLAMENTO o, en su defecto, en el artículo 52° de LA LEY.

Facultativamente, cualquiera de las partes podrá someter a conciliación la referida controversia, sin perjuicio de recurrir al arbitraje en caso no se llegue a un acuerdo entre ambas, según lo señalado en el artículo 214° de EL REGLAMENTO.

En ese sentido, todos los conflictos que se 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 Arbitraje del OSCE y de acuerdo a su Reglamento, de conformidad con lo establecido en los artículos 215º y 216º de EL REGLAMENTO.

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

En tal sentido, las partes convinieron resolver todas las controversias derivadas del CONTRATO mediante arbitraje institucional de derecho a cargo del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje (en adelante, SNA) del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (en adelante, OSCE).

II. DEMANDA ARBITRAL interpuesta por el CONTRATISTA

Mediante escrito presentado el 10 de febrero de 2016, el CONTRATISTA presentó su escrito de demanda arbitral, solicitando al Árbitro Único, el amparo de las siguientes pretensiones:

“I. PETITORIO:

1. Que se deje sin efecto el Oficio N° 0208-2016-EF/43.03 notificada (sic) con fecha 04-02-2016 mediante el cual nos comunican que se ha generado una Penalidad Total por el importe de S/ 117,887.31 (Ciento Diecisiete Mil Ochocientos Ochenta y Siete con 31/100 Soles), según su Cálculo de Penalidad adjunto a su Memorándum N° 0194-2016-EF/43.03 por haber incurrido en 27 días de retraso en la culminación de las actividades del servicio”.
2. Que se determine que nuestro Consorcio llevó a cabo la ejecución de las actividades del contrato en forma diligente.
3. Que se efectúe la devolución de los montos descontados por las penalidades impuestas de manera arbitraria a nuestro Consorcio a través de Oficio N° 0208-2016-EF/43.03 notificada con fecha 04-02-2016 según Cálculo de Penalidad adjunto a su Memorándum N° 0194-2016-EF/43.03, más los respectivos intereses legales correspondientes.
4. Que se reconozca a nuestro Consorcio todo concepto por daño o perjuicio ocasionados por nuestra parte contractual, pudiendo incorporar los

conceptos por mayores costos, daño directo, lucro cesante, daño moral y/o cualquier otro pertinente”.

5. *Se nos reconozca las costas y costos del proceso Arbitral, así como otros en los cuales nuestra parte ha tenido que incurrir durante todo el tiempo que no se llegue a una solución y/o decisión firme ante la presente controversia surgida entre las partes”.*

Dichas pretensiones se sustentan en los argumentos de hecho y derecho que obran en el escrito que los contiene, conforme es de verse de autos.

III. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA POR LA ENTIDAD

Mediante escrito presentado el 8 de marzo de 2016, la ENTIDAD presentó su escrito de apersonamiento y contestación de la demanda arbitral, “negando y contradiciendo los argumentos de dicha demanda”, y solicitando “que, en su momento, se declare *Improcedente o, en su caso, Infundada*”, según las consideraciones de hecho y de derecho que obran en dicho escrito.

IV. AMPLIACION DE LA DEMANDA ARBITRAL INTERPUESTA POR EL CONTRATISTA

Mediante escrito presentado el 10 de mayo de 2016, el CONTRATISTA presentó su escrito de ampliación de demanda arbitral, solicitando al Árbitro Único, el amparo de las siguientes pretensiones:

“Sexta Pretensión Principal

Que se determine que el Contrato N° 169-2015-EF/43.03/SAU ha finalizado el 8 de enero de 2016, en función de lo dispuesto en el Acta de Recepción del servicio correspondiente al Segundo Piso del Edificio Central, donde se da conformidad, se reconoce y verifica el cumplimiento del contrato, los planos y especificaciones técnicas sin observaciones, así como de conformidad con lo dispuesto en la Cláusula Décima del Contrato.

(...)

Séptima Pretensión Principal

Que se determine que el Contrato N° 169-2015-EF/43.03/SAU fue culminado sin penalidad alguna de conformidad con las Actas de Recepción del servicio correspondientes al Octavo y Segundo Piso del Edificio Central de fechas 29 de diciembre de 2015 y 08 de enero de 2016 respectivamente.

(...)

Octava Pretensión Principal

Que se determine que las prestaciones de la ejecución del Contrato N° 169-2015-EF/43.03/SAU son las establecidas en el apartado 5.1 de los Términos de Referencia de las

Bases Integradas, así como lo establecido en la Primera Adenda de fecha 28 de diciembre de 2015.

(...)

Novena Pretensión Principal

Que se determine que la prestación referida a los 06 puestos de trabajo adicionales a los previstos en el contrato N° 169-2015-EF/43.03/SAU para el acondicionamiento de las oficinas de la sede central del MEF comunicada por medio del Oficio N° 2144-2015-EF/43.03, no se encuentra dentro de las prestaciones del Contrato N° 169-2015-EF/43.03/SAU, ni en la Primera Adenda de fecha 28 de diciembre de 2015.

(...)

Décima Pretensión Principal

Que se determine que el Acta de Recepción de fecha 29 de enero de 2016 correspondiente al 2do piso del Edificio Central, suscrita unilateralmente y de manera arbitraria e irregular por la Entidad es ineficacia, invalida y/o carece de efectos para el Contrato N° 169-2015-EF/43.03/SAU.

(...)

Décimo Primera Pretensión Principal

Que, en atención a que las prestaciones referidas a los 06 puestos de trabajo adicionales a lo inicialmente previsto en las oficinas que se acondicionaron en las oficinas de la sede central del MEF comunicada por medio del Oficio N° 2144-2015-EF/43.03, no forman parte del Contrato N° 169-2015-EF/43.03/SAU, ni de la Primera Adenda de fecha 28 de diciembre de 2015, por lo que no se puede aplicar penalidad por dichas prestaciones.”

Dichas pretensiones se sustentan en los argumentos de hecho y derecho que obran en el escrito que los contiene, conforme es de verse de autos.

V. DESIGNACIÓN E INSTALACIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO

5.1. Designación del Árbitro Único

Mediante Carta N° 1051-2016-OSCE/DAR del 2 de setiembre de 2016, notificada el 7 de setiembre de 2016, la Dirección de Arbitraje del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE (en adelante, el OSCE), informó que, mediante Resolución N° 317-2016-OSCE/PRE de fecha 22 de agosto de 2016, la Presidencia Ejecutiva del OSCE había designado como Árbitro Único al abogado Nilo Vizcarra Ruiz, la misma que fue aceptada por el mencionado abogado mediante Carta de fecha 8 de setiembre de 2016, indicando no tener impedimento ni incompatibilidad alguna para ejercer el cargo señalado.

5.2. Instalación de Árbitro Único

Con fecha 11 de noviembre de 2016, se llevó a cabo la Audiencia de Instalación del Árbitro Único en la sede institucional del OSCE, contando con la presencia de los representantes de ambas partes.

En dicha Audiencia, el Árbitro Único declaró haber sido designado conforme a Ley, ratificándose en la aceptación de su cargo de árbitro y señalando carecer de incompatibilidad y/o compromiso alguno con las partes.

Asimismo, en dicha Audiencia las partes asistentes manifestaron su conformidad con la designación del Árbitro Único efectuada, señalando que no tenían conocimiento de causal de recusación o cuestionamiento alguno contra él.

De igual manera, las partes ratificaron sus domicilios, dejaron constancia de las normas aplicables al presente proceso, así como recibieron un ejemplar de la Liquidación de Gastos Arbitrales elaborada por la Secretaría del SNA del OSCE, según consta en dicha Acta.

VI. AUDIENCIA DE DETERMINACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS Y ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS

Mediante Resolución N° 3 de fecha 1 de febrero de 2017, el Árbitro Único citó a las partes a la Audiencia de Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios para el día lunes 15 de febrero de 2017, en la Sede del Arbitraje, la misma que se realizó en dicha fecha con la participación de los representantes de ambas partes, conforme consta en el acta correspondiente.

6.1 Conciliación:

En dicho acto, el Árbitro Único invitó a las partes a conciliar, sin embargo, éstas manifestaron que de momento no es posible. En ese sentido, el Árbitro Único dejó constancia de ello, expresando que la conciliación podría darse en cualquier estado del proceso.

Ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo, el Árbitro Único procedió con la Audiencia.

6.2 Fijación de Puntos Controvertidos:

El Árbitro Único, considerando las pretensiones formuladas por el CONTRATISTA y los argumentos de defensa esgrimidos por la ENTIDAD en su contestación de demanda; procedió a fijar como puntos controvertidos los siguientes:

Primera Pretensión Principal:

Determinar si corresponde o no declarar “se deje sin efecto el Oficio N° 0208-2016-EF/43.03 notificada con fecha 04-02-2016 mediante el cual se ha generado una Penalidad Total por el importe de S/ 117,887.31 (Ciento Diecisiete Mil Ochocientos Ochenta y Siete con 31/100 Soles), según su Cálculo de Penalidad adjunto a su Memorándum N° 0194-2016-EF/43.03 por haber incurrido en 27 días de retraso en la culminación de las actividades del servicio”.

Segunda Pretensión Principal:

Determinar si corresponde o no determinar que nuestro consorcio llevo a cabo la ejecución de las actividades del contrato se llevó en forma diligente”.

Tercera Pretensión Principal:

Determinar si corresponde o no ordenar “se efectúe la devolución de los montos descontados por las penalidades impuestas de manera arbitraria a nuestro Consorcio a través de Oficio N° 0208-2016-EF/43.03 notificada con fecha 04-02-2016 según Cálculo de Penalidad adjunto a su Memorándum N° 0194-2016-EF/43.03, más los respectivos intereses legales correspondientes”.

Cuarta Pretensión Principal:

Determinar si corresponde o no “reconocer a nuestro Consorcio todo concepto por daño o perjuicio ocasionados por nuestra parte contractual, pudiendo incorporar los conceptos por mayores costos, daño directo, lucro cesante, daño moral y/o cualquier otro pertinente”.

Quinta Pretensión Principal:

Determinar si corresponde o no “reconocer las costas y costos del proceso Arbitral, así como otros en los cuales nuestra parte ha tenido que incurrir durante todo el tiempo que no se llegue a una solución y/o decisión firme ante la presente controversia surgida entre las partes”.

Sexta Pretensión Principal:

Determinar si corresponde o no “determinar que el Contrato N° 169-2015-EF/43.03/SAU ha finalizado el 8 de enero de 2016, en función de lo dispuesto en el Acta de Recepción del servicio correspondiente al Segundo Piso del Edificio Central, donde se da conformidad, se reconoce y verifica el cumplimiento del contrato, los planos y especificaciones sin observaciones, así como de conformidad con lo dispuesto en la Cláusula Décima del Contrato”.

Sétima Pretensión Principal:

Determinar si corresponde o no “determinar que el Contrato N° 169-2015-EF/43.03/SAU fue culminado sin penalidad alguna de conformidad con las Actas de Recepción del servicio correspondiente al Octavo y Segundo Piso del Edificio Central de fechas²⁹ (sic) de diciembre de 2015 y 8 de enero de 2016 respectivamente”.

Octava Pretensión Principal:

Determinar si corresponde o no “determinar que pretensiones de la ejecución del Contrato N° 169-2015-EF/43.03/SAU son las establecidas en el apartado 5.1 de los (sic) Términos de Referencia de las Bases Integradas, así como lo establecido en la Primera Adenda de fecha 28 de diciembre de 2015”.

Novena Pretensión Principal:

Determinar si corresponde o no “determinar que la prestación referida a los 06 puestos de trabajo adicionales a los previstos en el contrato N° 169-2015-EF/43.03/SAU para el acondicionamiento de las oficinas de la sede central del MEF comunicada por medio del Oficio N° 2144-2015-EF/43.03, no se encuentra dentro de las prestaciones del Contrato N° 169-2015-EF/43.03/SAU, ni en la Primer Adenda de fecha 28 de diciembre de 2015”.

Décima Pretensión Principal:

Determinar si corresponde o no “determinar que el Acta de Recepción de fecha 29 de enero de 2016 correspondiente al 2do piso del Edificio Central, suscrita unilateralmente y de manera arbitraria e irregular por la Entidad es ineficacia (sic), invalida (sic) y/o carece de efectos para el Contrato N° 169-2015-EF/43.03/SAU”.

Décima Primera Pretensión Principal:

Determinar si corresponde o no declarar que “en atención a que las prestaciones referidas a los 06 puestos de trabajo adicionales a lo inicialmente previsto en las oficinas que se acondicionaron en las oficinas de la sede central del MEF comunicada por medio del oficio 2144-2015-EF/43.03, no forman parte del Contrato N° 169-2015-EF/43.03/SAU, ni de la Primera Adenda de fecha 28 de diciembre de 2015, por lo que no se puede aplicar penalidad por dicha prestaciones”.

En relación con dichos puntos controvertidos, el Árbitro Único dejó establecido que se reservaba el derecho de analizar los puntos controvertidos no necesariamente en el orden en el que están señalados en el Acta y que podía omitir pronunciarse sobre algún punto controvertido, si ello careciera de objeto en razón del pronunciamiento sobre otro u otros puntos controvertidos con los que guarde vinculación, expresando las razones de dicha omisión.

Asimismo, el Árbitro Único dejó constancia de que las premisas señaladas como puntos controvertidos son meramente referenciales, por lo que podrá omitir, ajustar

o interpretar dichas premisas a la luz de las respuestas dadas a otros puntos controvertidos, sin que el orden empleado o el ajuste, omisión o interpretación genere nulidad de ningún tipo.

Respecto de dichas declaraciones del Árbitro Único, las partes asistentes expresaron su conformidad, conforme consta en el Acta correspondiente.

6.3 De la Admisión y Actuación de Medios Probatorios

Seguidamente, el Árbitro Único procedió a admitir los siguientes medios probatorios.

Medios probatorios ofrecidos por el CONTRATISTA:

Se admitieron los medios probatorios ofrecidos por el CONTRATISTA en su:

- Escrito de Demanda Arbitral presentado con fecha 10 de febrero de 2016, detallados en el acápite "VI. MEDIOS PROBATORIOS" que en 12 puntos habían sido remitidos como anexos a su escrito.
- Escrito con sumilla "Remitimos medios probatorios de la ampliación de la demanda" presentado con fecha 11 de mayo de 2016, detallados en el acápite "OTROSI DECIMOS: que se adjunta la documentación siguiente en calidad de anexos" que en 32 puntos han sido remitidos como anexos de su escrito.

El Árbitro Único dejó constancia que no se habían presentado impugnaciones u oposiciones a la admisión de los medios probatorios ofrecidos por el CONTRATISTA.

Medios probatorios ofrecidos por la ENTIDAD:

Se admitieron los medios probatorios ofrecidos por la ENTIDAD en su:

- Escrito con sumilla "Apersonamiento y otro" presentado con fecha 9 de marzo de 2016, detallados en el acápite "5. Ofrecimiento de Medios Probatorios" que en 20 puntos han sido remitidos como anexos de su escrito.

El Árbitro Único dejó constancia que no se habían presentado impugnaciones u oposiciones a la admisión de los medios probatorios ofrecidos por la ENTIDAD.

VII. AUDIENCIA DE INFORMES ORALES

Mediante Resolución N° 6 de fecha 29 de marzo de 2017, el Árbitro Único, entre otros, citó a las partes a la Audiencia de Informes Orales para el día 19 de abril de 2017, en la Sede del Arbitraje, la misma que fuera reprogramada a pedido de la ENTIDAD, mediante Resolución N° 7 de fecha 18 de abril de 2017, para el 12 de mayo de 2017, y

vuelta a reprogramar a pedido de ambas partes para el 9 de junio de 2017, fecha en la que finalmente se llevó a cabo la referida audiencia con la participación de los representantes de ambas partes, conforme consta en el acta correspondiente.

En dicha audiencia, el Árbitro Único concedió el uso de la palabra a los representantes de ambas partes, primero del CONTRATISTA y después de la ENTIDAD, para que informen lo que consideren conveniente a su derecho, luego de lo cual formuló preguntas relativas a la materia controvertida a ambos representantes, las mismas que fueron absueltas por ellos.

Seguidamente, y en atención a la exposición de las partes, así como a las respuestas dadas a sus preguntas, el Árbitro Único dispuso reabrir etapa probatoria y requerir al CONTRATISTA la presentación de diversa documentación, según consta en dicha acta.

VIII. FIJACIÓN DEL PLAZO PARA LAUDAR

Finalmente, mediante Resolución N° 10 de fecha 11 de julio de 2017, el Árbitro Único dispuso, entre otros, fijar el plazo para laudar en veinte (20) días hábiles; plazo que, mediante Resolución N° 11 de fecha 18 de agosto de 2017, se prorrogó por quince (15) días hábiles adicionales, y que vence indefectiblemente el 13 de setiembre de 2017, en razón de lo cual, el presente laudo se está emitiendo dentro del plazo para laudar establecido previamente.

CONSIDERANDO:

IX. CUESTIONES PRELIMINARES

1. Antes de iniciar el análisis de la materia controvertida, corresponde confirmar, como en efecto se hace, lo siguiente:

- Que, el Árbitro Único se constituyó de acuerdo al convenio arbitral suscrito por las partes.
- Que, en momento alguno se recusó al Árbitro Único, o se impugnó o reclamó contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación.
- Que el CONTRATISTA presentó su demanda dentro del plazo establecido en la normativa aplicable, habiendo ejercido plenamente su derecho a accionar por una tutela jurisdiccional efectiva.
- Que la ENTIDAD fue debidamente emplazada con la demanda, contestó ésta y ejerció plenamente su derecho de defensa.

- Que las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como para presentar alegatos e, inclusive, de informar oralmente.
 - Que el proceso arbitral, en todo momento, se ha llevado a cabo respetando el derecho de ambas partes al debido proceso como garantía jurisdiccional, no habiéndose formulado impugnación alguna en ese sentido.
 - Que el Árbitro Único ha procedido a dictar el presente Laudo dentro del plazo acordado con las partes.
2. De otro lado, el Árbitro Único deja constancia que en el estudio, análisis y deliberación previos a la emisión del presente laudo se ha tenido en cuenta todos los argumentos y las alegaciones efectuadas por las partes, así como todos los medios probatorios aportados, haciendo un análisis y una valoración conjunta de los mismos, así como utilizando una apreciación razonada, buscando en todos los casos esclarecer los puntos controvertidos, de manera que, aunque en el análisis contenido en los siguientes considerandos no se haga mención a algún argumento o medio probatorio admitido y actuado, esto no debe interpretarse como una ausencia de valoración de dicho argumento o medio probatorio por el Árbitro Único, sino tan solo como una priorización de las referencias a aquéllos que a juicio del Árbitro Único han sido considerados como más relevantes.

X. **MARCO LEGAL APLICABLE**

1. El Árbitro Único considera necesario delimitar las normas aplicables al presente arbitraje, considerando los hechos acaecidos y las referencias hechas por las partes, en relación a este tema.
2. Desde el punto de vista sustantivo, teniendo en consideración la fecha de convocatoria del proceso de selección (30 de abril de 2015) respecto de la cual se deriva el CONTRATO celebrado entre las partes, la normativa aplicable al presente arbitraje es la siguiente: la Constitución Política del Perú, la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por el Decreto Legislativo N° 1017, y modificada por la Ley N° 29873, publicada el 1 de junio de 2012 (en adelante, la LCE); y su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 184-2008-EF, modificado por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF, publicado el 7 de agosto de 2012, y el Decreto Supremo N° 116-2013-EF, publicado el 7 de junio del 2013 (en adelante, el RLCE), las normas de derecho público y las de derecho privado, en ese orden de preferencia.

3. Asimismo, desde el punto de vista procesal, y considerando la cláusula arbitral pactada por las partes y fecha de presentación de la demanda, se aplican al arbitraje las reglas establecidas en el Texto Único Ordenado del Reglamento del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje - SNA, aprobado por Resolución N° 016-2004/CONSUCODE/PRE, de fecha 15 de enero de 2004, y modificado por Resolución N° 172-2012-OSCE/PRE, de fecha 2 de julio de 2012 (en adelante, TUO RSNA), la LCE, el RLCE y, de manera supletoria, el Decreto Legislativo N° 1071, que norma el arbitraje (en adelante, "Ley de Arbitraje" o "LA", indistintamente), siempre que no se oponga a lo establecido en el TUO RSNA, la LCE o el RLCE.

XI. HECHOS RELEVANTES

Antes de entrar al análisis de la materia controvertida, el Árbitro Único considera necesario hacer un recuento de los hechos más relevantes de la relación sustantiva entre las partes:

1. El 2 de setiembre de 2015, las partes suscribieron el CONTRATO con un plazo de ejecución de noventa (90) días calendario y por el monto de S/ 1'158,075.57 incluido IGV (Un millón ciento cincuenta y ocho mil setenta y cinco con 57/100 Soles).
2. El 21 de setiembre de 2015, las partes suscribieron el Acta de Entrega de Ambiente de Trabajo correspondiente al Octavo Piso.
3. El 2 de octubre de 2015, las partes suscribieron el Acta de Entrega de Ambiente de Trabajo correspondiente al Segundo Piso.
4. El 16 de diciembre de 2015, la ENTIDAD emite su Informe N° 717-2015-EF/43.03 de la Oficina de Abastecimiento, con el que sustenta la necesidad de aprobar la ejecución de prestaciones adicionales por la suma de S/ 28,432.47, así como la reducción de otras por la suma de S/ 7,634.95.
5. El 16 de diciembre de 2015, mediante Resolución Directoral N° 485-2015-EF/43.03, la ENTIDAD resolvió autorizar la ejecución de prestaciones adicionales al CONTRATO por la suma de S/ 28,432.47, monto que representaba aproximadamente el 2.46% del valor del contrato original, así como la reducción de prestaciones por la suma de S/ 7,634.95, monto que representaba aproximadamente el 0.66% del valor del contrato original.

6. El 17 de diciembre de 2015, mediante Carta N° 026-2015-CONSORCIO SAN LUIS, el CONTRATISTA comunica a la ENTIDAD la culminación del servicio correspondiente al Octavo Piso del Edificio Central.
7. El 18 de diciembre de 2015, mediante Oficio N° 2110-2015-EF/43.03, la ENTIDAD, a través de su Oficina General de Administración, requiere al CONTRATISTA la presentación de diversa documentación para la formalización de la contratación de prestaciones adicionales y la reducción de prestaciones.
8. El 21 de diciembre de 2015, las partes suscribieron el Acta de Observaciones del Servicio correspondiente al Octavo piso del Edificio Central, en el que se otorga al CONTRATISTA un plazo de diez (10) días calendarios para subsanar las observaciones.
9. El 21 de diciembre de 2015, mediante Oficio N° 2144-2015-EF/43.03 de fecha 18 de diciembre de 2015, la ENTIDAD comunica al CONTRATISTA la necesidad de incluir seis (6) puestos de trabajo adicionales a lo inicialmente previsto en las oficinas que se venían acondicionando.
10. El 28 de diciembre de 2015, las partes suscribieron la Primera Adenda al CONTRATO para la ejecución de prestaciones adicionales al Contrato por la suma de S/ 28,432.47, monto que representaba aproximadamente el 2.46% del valor del contrato original, así como la reducción de prestaciones por la suma de S/ 7,634.95, monto que representaba aproximadamente el 0.66% del valor del contrato original, modificando la suma total del CONTRATO a S/ 1'178,873.09 (Un millón ciento setenta y ocho mil ochocientos setenta y tres con 09/100 Soles).
11. El 28 de diciembre de 2015, mediante Carta N° 030-2015-CONSORCIO SAN LUIS, el CONTRATISTA informó a la Entidad de la culminación del servicio correspondiente al Segundo Piso del Edificio Central.
12. El 28 de diciembre de 2015, mediante Carta N° 031-2015-CONSORCIO SAN LUIS, el CONTRATISTA informó a la Entidad de la culminación de la subsanación de las observaciones del Servicio correspondiente al Octavo piso del Edificio Central.
13. El 29 de diciembre de 2015, las partes suscribieron el Acta de Recepción del servicio correspondiente al Octavo piso del Edificio Central, en la que además la ENTIDAD otorga su conformidad al servicio prestado.
14. El 29 de diciembre de 2015, las partes suscribieron el Acta de Observaciones del servicio correspondiente al Segundo piso del Edificio Central, en la que se

realizaron observaciones a las actividades civiles y de instalaciones eléctricas y se otorgó al CONTRATISTA un plazo de diez (10) días calendarios para subsanar las observaciones.

15. El 29 de diciembre de 2015, mediante Carta N° 029-2015-CONSORCIO SAN LUIS, el CONTRATISTA solicitó a la Entidad el desembolso de la tercera armada, correspondiente al saldo del total del precio acordado por la suma de S/ 507,189.94 (Quinientos siete mil ciento ochenta y nueve con 94/100 Soles) a cuyo efecto remitió su Factura N° 001-000008 por la citada suma.
16. El 8 de enero de 2016, las partes suscribieron el Acta de Recepción del servicio correspondiente al Segundo Piso del Edificio Central, en la que además la ENTIDAD otorga su conformidad al servicio prestado.

En dicha acta se señala lo siguiente:

"ACTA DE RECEPCIÓN

NOMBRE DEL SERVICIO : CONTRATACIÓN DEL SERVICIO DE
ACONDICIONAMIENTO,
MANTENIMIENTO Y REPARACION
DE AMBIENTES DE LA DIRECCIÓN
GENERAL DE ENDEUDAMIENTO Y
TESORO PÚBLICO (DGETP)
SEGUNDO PISO

(...)

Siendo las 15:00 horas del día **Viernes 08 de Enero de 2016**, y teniendo como finalidad suscribir el acta de recepción del servicio (...) situado en **2vo (sic) piso** del Edificio Central del Ministerio de Economía y Finanzas.

Luego de recorrer y verificar el cumplimiento del contrato, los planos y especificaciones técnicas y no habiendo Observaciones, se da conformidad y se recepción (sic) el servicio.

(...)”.

(el resaltado es nuestro).

Dicha acta se encuentra suscrita, además del representante del CONTRATISTA, por tres (3) funcionarios de la ENTIDAD: (i) Ing. David Huachaca Talaverano, (ii) Ing. Edgar Rodríguez Cayetano, y (iii) Ing. Oswaldo Inocente Urbano.



En relación con este hecho es necesario señalar que existe discrepancia sobre su existencia y/o validez, según hemos de señalar y analizar más adelante.

17. El 11 de enero de 2016, la Oficina de Abastecimiento de la ENTIDAD emite una Conformidad del Servicio prestado por el CONTRATISTA en la que no se precisa la existencia de observación alguna en relación con la existencia de penalidad alguna.

En relación con dicho documento, resulta relevante señalar que obra en autos otra Conformidad del Servicio emitida por la misma Oficina de Abastecimiento en la que, con posterioridad, el 29 de enero de 2016, otorga su conformidad “con aplicación de penalidades”, como vamos a ver más adelante.

18. El 11 de enero de 2016, mediante Informe N° 009-2016-OIU/SAN LUIS/MEF, el Coordinador de Servicio MEF se dirige a la Unidad de Infraestructura – Oficina de Abastecimiento de la ENTIDAD con el objeto de informar sobre la culminación de los trabajos a cargo del CONTRATISTA.

Resulta relevante señalar que, a diferencia del Informe signado con el mismo número pero emitido el 27 de enero de 2016 (al que nos vamos a referir seguidamente), en este se señala, entre otros, lo siguiente:

“ANTECEDENTES:

(...)

12. Con fecha 08 de Enero de 2016, se suscribe el acta de recepción final de servicio “Acondicionamiento, mantenimiento y reparación de ambientes (...) del segundo piso del Edificio Central MEF”.

ANÁLISIS:

19. (...) el contratista ha entregado los documentos solicitados, referidos a las actividades civiles y a las actividades eléctrica (sic), los cuales son conforme.

(...)

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES:

(...)

En tal sentido, se recomienda continuar con los trámites de pago correspondiente al saldo pendiente del monto del contrato (...”).

En relación con este hecho es necesario señalar que existe discrepancia sobre su existencia y/o validez, según obra en autos otro Informe signado con el mismo número y suscrito por la misma persona que hace referencia a hechos distintos, según hemos de ver seguidamente.

19. El 27 de enero de 2016, mediante Informe N° 009-2016-OIU/SAN LUIS/MEF, el Coordinador de Servicio MEF se dirige a la Unidad de Infraestructura – Oficina de Abastecimiento de la ENTIDAD con el objeto de informar sobre la culminación de los trabajos a cargo del CONTRATISTA.

Resulta relevante señalar que, a diferencia del Informe signado con el mismo número pero emitido el 11 de enero de 2016 (que hemos reseñado precedentemente), en este se señala, entre otros, lo siguiente:

"ANTECEDENTES:

(...)

12. Con fecha 27 de Enero de 2016, se verificó el cumplimiento del servicio, por lo cual se suscribe el acta de recepción (...) del segundo piso del Edificio Central MEF".

ANÁLISIS:

19. (...)

Del cuadro anterior se observa que el contratista ha incumplido en 27 días de atrasos injustificados por los que corresponde la aplicación de penalidades.

(...)

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES:

(...)

En tal sentido, se recomienda continuar con los trámites de pago correspondiente al saldo pendiente del monto del contrato (...) del cual deberá descontarse la penalidad incurrida por retraso injustificado de 27 días calendario en la ejecución del servicio".

20. El 27 de enero de 2016, mediante NOTA N° 039-2016-EF/AREA DE INFRAESTRUCTURA, el Área de Infraestructura de la ENTIDAD comunica a la Oficina de Abastecimiento la conclusión de actividades por parte del CONTRATISTA.

En este punto es preciso mencionar que obran en autos dos (2) documentos de la misma fecha (27 de enero de 2016), suscritos por el mismo funcionario (“Ing. David Huachaca Talaverano”), basados ambos en los mismos Informes (Informe N° 009-2016-OIU/SAN LUIS/ME” e “Informe N° 01-2016-MEF/ERC”), signados ambos como “NOTA N° 039-2016-EF/AREA DE INFRAESTRUCTURA”, uno presentado por la ENTIDAD y el otro presentado por el CONTRATISTA, que, si bien coinciden en la conclusión de actividades por parte del CONTRATISTA, difieren en cuanto a la existencia de retraso y penalidades a cargo de éste.



Así, la “NOTA N° 039-2016-EF/AREA DE INFRAESTRUCTURA” presentada por la ENTIDAD señala que “de acuerdo a lo indicado en los documentos de la referencia b) y c)” (Informe N° 009-2016-OIU/SAN LUIS/ME” e “Informe N° 01-2016-MEF/ERC”), y conforme al cuadro inserto en ella la “Fecha de término real” de los trabajos en el Segundo Piso fue el “27/01/2016”, agregando en su párrafo final que el CONTRATISTA “ha incurrido en penalidad por 27 días de retraso injustificado, por lo cual se recomienda continuar con los trámites de pago correspondiente al saldo pendiente del monto del contrato (...) del cual deberá descontarse la penalidad correspondiente”.

En cambio, la “NOTA N° 039-2016-EF/AREA DE INFRAESTRUCTURA” presentada por el CONTRATISTA señala que también “de acuerdo a lo indicado en los informes de la referencia b) (...) e informe de la referencia c)” (Informe N° 009-2016-OIU/SAN LUIS/ME” e “Informe N° 01-2016-MEF/ERC”) el CONTRATISTA “ha concluido el servicio, conforme a las bases, términos de referencia, contrato y adenda” sin hacer mención a la fecha específica en la que se habría concluido efectivamente dicho servicio, agregando en su párrafo final que “se recomienda continuar con el trámite de pago a favor del contratista (...) por el saldo del contrato”, sin hacer referencia a retraso o penalidad alguna.

21. El 29 de enero de 2016, la Entidad suscribió una segunda Acta de Recepción del servicio correspondiente al Segundo Piso del Edificio Central, la misma que fue suscrita solamente por los representantes de la Entidad, sin la participación o suscripción del representante del CONTRATISTA.

En dicha acta se señala lo siguiente:

“ACTA DE RECEPCIÓN

NOMBRE DEL SERVICIO : CONTRATACIÓN DEL SERVICIO DE
ACONDICIONAMIENTO,
MANTENIMIENTO Y REPARACION
DE AMBIENTES DE LA DIRECCIÓN
GENERAL DE ENDEUDAMIENTO Y
TESORO PÚBLICO (DGETP)
SEGUNDO PISO

(...)

Siendo las 15:00 horas del día **Viernes 29 de Enero de 2016**, y teniendo como finalidad suscribir el acta de recepción del servicio (...) situado en **2vo (sic) piso** del Edificio Central del Ministerio de Economía y Finanzas.

Luego de recorrer y verificar el cumplimiento del contrato, los planos y especificaciones técnicas y no habiendo Observaciones, se da conformidad y se recepción (sic) el servicio.
(...)"
(el resaltado es nuestro).

Dicha acta se encuentra suscrita únicamente por los mismos tres (3) funcionarios de la ENTIDAD que -según el dicho del CONTRATISTA- suscribieron el Acta del 11 de enero de 2016, vale decir: (i) Ing. David Huachaca Talaverano, (ii) Ing. Edgar Rodríguez Cayetano, y (iii) Ing. Oswaldo Inocente Urbano, sin la participación de representante alguno del CONTRATISTA.

22. El 29 de enero de 2016, la Oficina de Abastecimiento de la ENTIDAD emite una Conformidad del Servicio prestado por el CONTRATISTA en la que se precisa que dicha conformidad se otorga “con aplicación de penalidades”, a diferencia de aquella emitida el 11 de enero de 2016 sobre el mismo servicio en la que no se había especificado penalidad alguna.
23. El 29 de enero de 2016, mediante Memorando N° 0194-2016-EF/43.03, la Oficina General de Administración comunica a la Dirección de la Oficina de Finanzas de la ENTIDAD de la existencia de retraso injustificado en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del CONTRATISTA por 27 días calendario y de la necesidad de aplicación de penalidades por dicho plazo por la suma de S/ 117'887.31 (Ciento diecisiete mil Ochocientos ochenta y siete con 31/100 Soles).

Resulta relevante subrayar que dicho Memorándum hace referencia al Informe N° 039-2016-EF/AREA DE INFRAESTRUCTURA para sustentar la existencia de retraso injustificado y penalidades, con lo que solo pudo haber hecho referencia a la versión presentada por la Entidad.

24. El 4 de febrero de 2016, mediante Oficio N° 0208-2016-EF/43.03, la Oficina General de Administración de la ENTIDAD informa al CONTRATISTA de la existencia y aplicación de una penalidad por el monto de S/ 117'887.31 (Ciento diecisiete mil ochocientos ochenta y siete con 31/100 Soles), el mismo que sería descontado del saldo pendiente de pago a favor del CONTRATISTA.
25. El 5 de febrero de 2016, mediante Carta N° 006-2016-CONSORCIO SAN LUIS, el CONTRATISTA le solicitó a la ENTIDAD la devolución del monto pretendido retener por concepto de penalidad “al haberse demostrado que la imposición de penalidad es indebida”.

En relación con dicha solicitud, el CONTRATISTA señaló:

- (i) Que, con fecha 28 de diciembre de 2015, remitió sus Cartas Nos. 030 y 031 con las que informaba de la culminación de los trabajos en el Segundo Piso y la subsanación de las observaciones en el Octavo Piso.
- (ii) Que respecto de dichas comunicaciones “*la Entidad no ha presentado formalmente al Consorcio ninguna observación que concierne al incumplimiento de obligaciones al 28-12-2015 (...) motivo por el cual el 29-12-2015 las partes suscribimos el Acta de Recepción del Servicio*”.¹
- (iii) Que, con fecha 29 de diciembre de 2015, remitió su solicitud de desembolso de la tercera armada correspondiente al saldo contractual pendiente de pago.
- (iv) Que, respecto de dicho requerimiento de pago,
“*con fecha 04-02-2015 la Entidad ha abonado a nuestra Cuenta del Banco BanBif los siguientes conceptos:*
 - S/. 310,000.00 Cod CCE 222 FC 0001-8-9862368
 - S/. 1,111.25 Cod CCE 222 FC 0001-8-9862369*(...) por lo que “al haberse hecho efectivo el pago de nuestra Factura 001-Nº 000008 de fecha 28-12-2015, se está consintiendo el cumplimiento de nuestras obligaciones a dicha fecha”.*³
- (v) Que, “*para sustentar el Cálculo de la Penalidad, la Entidad previamente no ha discriminado y/o especificado cuáles son las partidas no concluidas de nuestra Valorización al 28-12-2015 para determinar que adolecieron de retraso (...) consecuentemente, al imputar hechos sobre el cual no dieron la oportunidad de ejercer nuestro derecho de formular los descargos técnicos del caso, nos han causado indefensión*”.⁴

26. El 5 de febrero de 2016, mediante Carta Nº 007-2016-CONSORCIO SAN LUIS, el CONTRATISTA le solicitó a la Entidad el pago por la ejecución de prestaciones adicionales al Contrato ordenadas mediante Oficio Nº 2144-2015-EF/43.03 de fecha

¹ Numeral 6 de la página 3 de su Carta Nº 006-2016-CONSORCIO SAN LUIS, presentada el 5 de febrero de 2016.

² Numeral 7 de la página 3 de su Carta Nº 006-2016-CONSORCIO SAN LUIS, presentada el 5 de febrero de 2016.

³ Numeral 8 de la página 3 de su Carta Nº 006-2016-CONSORCIO SAN LUIS, presentada el 5 de febrero de 2016.

⁴ Numeral 9 de la página 3 de su Carta Nº 006-2016-CONSORCIO SAN LUIS, presentada el 5 de febrero de 2016.

18 de diciembre de 2015, las mismas que ascendían a la suma de S/ 16,879.60 (Diecisésis mil ochocientos setenta y nueve con 60/100 Soles); a cuyo efecto adjuntó la Factura N° 001-000010 por dicho monto expedida el 5 de febrero de 2016.

XII. ANÁLISIS DE LA MATERIA CONTROVERTIDA

Las posiciones de las partes invocadas a continuación, en el análisis de cada punto controvertido, han sido obtenidas del escrito de demanda, contestación de demanda, absolución de contestación de demanda, ampliación de demanda, alegatos y demás escritos presentados por las partes.

Asimismo, conforme a lo establecido en el Acta de Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios de fecha 15 de febrero de 2017, los puntos controvertidos fijados son referenciales, reservándose el Árbitro Único el derecho de modificarlos, ampliarlos y analizarlos en el orden que considere más conveniente.

PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO:

Relacionado con la Primera Pretensión Principal:

Determinar si corresponde o no declarar “se deje sin efecto el Oficio N° 0208-2016-EF/43.03 notificada con fecha 04-02- 2016 mediante el cual se ha generado una Penalidad Total por el importe de S/ 117,887.31 (Ciento Diecisiete Mil Ochocientos Ochenta y Siete con 31/100 Soles, según su Cálculo de Penalidad adjunto a su Memorándum N° 0194-2016-EF/43.03 por haber incurrido en 27 días de retraso en la culminación de las actividades del servicio”.

Posición del CONTRATISTA:

Escrito de demanda presentado el 10 de febrero de 2016:

En relación con el presente punto controvertido, el CONTRATISTA ha señalado en su escrito de demanda presentado con fecha 10 de febrero de 2016 que:

- (i) Que, con fecha 28 de diciembre de 2015, remitió sus Cartas Nos. 030-2015-CONSORCIO SAN LUIS y 031-2015-CONSORCIO SAN LUIS, con las que informaba de la culminación de los trabajos en el Segundo Piso y la subsanación de las observaciones en el Octavo Piso, respectivamente.
- (ii) Que respecto de dichas comunicaciones “la Entidad no ha presentado formalmente al Consorcio ninguna observación que concierne al incumplimiento de obligaciones al 28-12-2015 (...) motivo por el cual el 29-12-2015 las partes suscribimos el Acta de Recepción del Servicio”.⁵

⁵ Numeral 1 del rubro C de la página 4 del escrito de demanda presentado el 10 de febrero de 2016.

- (iii) Que, con fecha 29 de diciembre de 2015, remitió su solicitud de desembolso de la tercera armada correspondiente al saldo contractual pendiente de pago.
- (iv) Que, respecto de dicho requerimiento de pago,
“con fecha 04-02-2015 la Entidad ha abonado a nuestra Cuenta del Banco BanBif los siguientes conceptos:
- S/. 310,000.00 Cod CCE 222 FC 0001-8-9862368
 - S/. 1,111.25 Cod CCE 222 FC 0001-8-9862369”⁶
- (...) por lo que “al haberse hecho efectivo el pago de nuestra Factura 001-N° 000008 de fecha 28-12-2015, se está consintiendo el cumplimiento de nuestras obligaciones a dicha fecha”.*⁷
- (v) Que, “para sustentar el Cálculo de la Penalidad, la Entidad previamente no ha discriminado y/o especificado cuáles son las partidas no concluidas de nuestra Valorización al 28-12-2015 para determinar que adolecieron de retraso (...) consecuentemente, al imputar hechos sobre el cual no dieron la oportunidad de ejercer nuestro derecho de formular los descargos técnicos del caso, nos han causado indefensión”.⁸

Como puede apreciarse, la posición inicial del CONTRATISTA reitera básicamente la postura expuesta por él en su Carta N° 006-2016-CONSORCIO SAN LUIS presentada a la ENTIDAD el 5 de febrero de 2016, con la que inicialmente solicitó la devolución de la penalidad determinada por la ENTIDAD mediante Oficio N° 0208-2016-EF/43.03 notificado el 4 de febrero de 2016.

Escrito de ampliación de demanda presentado el 10 de mayo de 2016:

Con motivo de la presentación de su escrito de ampliación de demanda presentado con fecha 10 de mayo de 2016, el CONTRATISTA ha señalado también que:

- a. El 8 de enero de 2016, “suscribimos el Acta de Recepción del servicio correspondiente al Segundo Piso del Edificio Central, donde se da conformidad, se reconoce y verifica el cumplimiento del contrato, los planos y especificaciones técnicas sin observaciones, quedando de esta manera cumplidas nuestras obligaciones contractuales dentro de la fecha establecida”.
- b. “(...) de manera totalmente arbitraria, con fecha 27 de enero de 2016, mediante NOTA N° 039-2016-EF/REA DE INFRAESTRUCTURA, el Área de Infraestructura de la Entidad comunica a la Oficina de Abastecimiento

⁶ Numeral 2 del rubro C de la página 4 del escrito de demanda presentado el 10 de febrero de 2016.

⁷ Numeral 3 del rubro C de la página 4 del escrito de demanda presentado el 10 de febrero de 2016.

⁸ Numerales 4 y 6 del rubro C de la página 5 del escrito de demanda presentado el 10 de febrero de 2016.

que nuestro consorcio habría incurrido en penalidad por 27 días de retraso injustificado ...”.

- c. “(...) con fecha 29 de enero de 2016, la Entidad unilateralmente y de manera arbitraria suscribe una segunda supuesta “Acta de Recepción del servicio correspondiente al 2do piso del Edificio Central”, quedando constancia que dicha Acta no fue suscrita por el representante legal de nuestro Consorcio”.

En relación con dicha Acta, el CONTRATISTA añade que “dicho documento no tendría validez ni eficacia alguna, toda vez que con fecha 08 de enero de 2016, ambas partes suscribieron la real Acta de Recepción del servicio correspondiente al Segundo Piso del Edificio Central, donde se da conformidad, se reconoce y verifica el cumplimiento del contrato, los planos y especificaciones técnicas sin observaciones.”

Añade también el CONTRATISTA en el numeral 3.12 de su escrito de ampliación de demanda que:

“3.12. No obstante lo anteriormente señalado, la Entidad ha pretendido elaborar de manera unilateral e irregular una supuesta Acta de Recepción, con la finalidad de poder alegar un incumplimiento y aplicar una penalidad de conformidad con lo dispuesto en el artículo 165 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, documento que debe ser declarado inválido e ilegal.”

En relación con dicho hecho, el CONTRATISTA afirma que:

“3.13. (...) la supuesta “Acta de Recepción” presenta varios vicios de forma en la medida que no presenta firma de nuestro representante y asimismo vicios de fondo al no haber sido emitida en la fecha en que se culminó las prestaciones y por ende, presentar un falseamiento de la realidad toda vez, además de contradecir el Acta de Recepción de fecha 08 de enero de 2016 que fue emitido por la propia Entidad de manera regular y conforme al artículo 176 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.”

En razón de lo expuesto, concluye el CONTRATISTA:

“3.14. (...) ha quedado demostrado la ineeficacia y/o invalidez del Acta de Recepción de fecha 29 de enero de 2016 correspondiente al 2do piso del

Edificio Central; motivo por el cual debe declararse fundada nuestra demanda en este extremo.”

Escrito de absolución de la contestación de demanda presentado el 16 de mayo de 2016:

Con motivo de la presentación de su escrito de absolución de la contestación de demanda presentado con fecha 16 de mayo de 2016, el CONTRATISTA ha señalado en el numeral 1 de dicho escrito que:

“1. (...) en la contestación de la demanda, la Entidad ha omitido señalar un hecho relevante de la presente controversia: la culminación, dentro del plazo contractual, de las prestaciones del Contrato 169-2015-EF743.03/SAU y la Adenda N°01, con lo cual no habría retraso injustificado y por ende, no habría penalidad por Mora, conforme a los términos del artículo 165 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.”

Añade el CONTRATISTA en el segundo párrafo del numeral 3 de su escrito de absolución de la contestación de demanda que.

“Cabe señalar que, inclusive, se levantó el Acta de Conformidad del segundo piso de fecha 11 de enero de 2016, con lo cual no existe duda alguna sobre el cumplimiento de las obligaciones contractuales dentro del plazo establecido en el Contrato y la Adenda N° 01.”

Agrega también el CONTRATISTA en el numeral 7 de su escrito de absolución de la contestación de demanda que.

“7. (...) la Entidad en su escrito de contestación de demanda no solo omite, maliciosamente, pronunciarse sobre el Acta de Recepción de fecha 08 de enero de 2016 y el Acta de Conformidad de fecha 11 de enero de 2016, sino que, de manera totalmente ilegal y contraria a la Buena fe contractual, ha pretendido elaborar de manera unilateral e irregular una supuesta “Acta de Recepción”, con la finalidad de poder alegar un incumplimiento y aplicar una penalidad (...), documento que debe ser declarado inválido e ilegal.

Cabe señalar que el “Acta de recepción” de fecha 29 de enero de 2016, no cuenta con la firma de nuestro representante legal, justamente, porque nunca existió comunicación de la misma a nuestra parte y fue elaborada de manera unilateral e irregular.”

Escrito de Alegatos presentado el 5 de abril de 2017:

A través de su escrito de Alegatos presentado el 5 de abril de 2017, el CONTRATISTA reitera lo señalado en sus escritos de ampliación de demanda y de absolución de la contestación de la demanda agregando en el segundo párrafo del numeral 5, en relación con el Acta de Recepción de fecha 8 de enero de 2016, que:

“(...) dicho documento fue entregado por la Entidad en el folio 336 del Memorando N° 507-2016-EF/43.03 en atención al Informe N° 135-2016-EF/43.03 que remite 359 folios de la conformidad de prestación y de la documentación que sustenta el pago correspondiente al Contrato N° 169-2015-EF/43.03.SAU.”

Agrega el CONTRATISTA también en su escrito de Alegatos, esta vez en el numeral 6 del mismo que:

“(...) en el folio 337 del referido Memorando N° 507-2016-EF/43.03 (...), la entidad remitió el Acta de Conformidad del segundo piso de fecha 11 de enero de 2016, con lo cual no existe duda alguna sobre el cumplimiento de las obligaciones contractuales dentro del plazo establecido en el Contrato y la Adenda N° 01 ...”

En dicha Acta de Conformidad, el funcionario a cargo de la Entidad suscribe la conformidad sin observación alguna ...”

Posición de la ENTIDAD:

Escrito de contestación de demanda presentado el 9 de marzo de 2016:

Respecto de la suscripción del Acta de Recepción de fecha 29 de diciembre de 2015, a la que el CONTRATISTA se ha referido en su escrito de demanda, la ENTIDAD ha señalado que:

“(...) no resulta cierto lo manifestado por el Contratista en su demanda arbitral al señalar que el 29 de diciembre de 2015, las partes suscribieron el Acta de Recepción del Servicio cuando, conforme se aprecia del Acta que se adjunta al presente, la recepción del servicio era sólo por el Octavo Piso del Edificio Central, y no del Segundo piso que fue materia de las observaciones.”⁹

⁹ tercer párrafo de la página 11 de su escrito de contestación de demanda presentado con fecha 9 de marzo de 2016

En relación con la misma afirmación del CONTRATISTA, la ENTIDAD ha señalado que:

“(…) no resulta válida la afirmación efectuada por el Contratista cuando indica que el MEF no habría presentado formalmente al Contratista ninguna observación que concierne al incumplimiento de las obligaciones al 28 de diciembre de 2015 en que se notificaron las Cartas N° 030-2015-CONSORCIO SAN LUIS y N° 031-2015-CONSORCIO SAN LUIS, toda vez que conforme se aprecia del Acta de Observaciones de fecha 29 de diciembre de 2015, que se adjunta al presente, el representante legal del Consorcio San Luis, Ing. Pedro Apolaya Sotelo, suscribió dicha Acta (documento formal), comprometiéndose a subsanar las observaciones efectuadas a las actividades en las instalaciones eléctricas en el Piso 2 (anexo 1) y a las actividades civiles en el Piso 2 (anexo 2), en un plazo de diez (10) días calendario, es decir, hasta el 08 de enero de 2016 …”¹⁰

En relación con la alegada falta de discriminación y/o especificación de las partidas no concluidas al 28-12-2015, la ENTIDAD ha señalado que:

“Asimismo, tampoco resulta cierto lo alegado por el Contratista al afirmar en su demanda arbitral que para sustentar el cálculo de la penalidad, el MEF previamente no ha discriminado y/o especificado cuales son las partidas no concluidas de la Valorización al 28 de diciembre de 2015 para determinar que adolecieron de retraso, en razón a que existe un documento formal (Acta de Observaciones suscrita por el representante legal del Contratista) en el cual se detalla cuáles son las actividades en las instalaciones eléctricas y civiles (anexos 1 y 2) no concluidas, y adicionalmente a ello, está el Registro de Ingreso del personal del Contratista a las instalaciones del MEF hasta el 27 de enero de 2016, con el fin de realizar el servicio de remodelación de los Pisos 2 y 8 del Edificio Central.”¹¹

En relación con la fecha de subsanación de las observaciones relacionadas con el servicio prestado en el piso 2 del Edificio Central de la ENTIDAD, ésta ha señalado en el tercer párrafo de la página 10 de su escrito de contestación de demanda presentado con fecha 9 de marzo de 2016, que:

“(…) el servicio concluyó respecto (...) al piso 2, el 27 de enero de 2016,

¹⁰ Último párrafo de la página 11 y primero de la página 12 de su escrito de contestación de demanda presentado con fecha 9 de marzo de 2016

¹¹ Segundo párrafo de la página 121 de su escrito de contestación de demanda presentado con fecha 9 de marzo de 2016

con retraso injustificado de 27 días calendario, por lo que siendo un contrato único para ambos pisos se tiene como fecha de culminación final, el 27 de enero de 2016.”¹²

En relación con el levantamiento del Acta de Recepción del servicio correspondiente al piso 2 del Edificio Central de la ENTIDAD, ésta ha señalado que:

“El Contratista no comunicó al MEF la fecha de culminación del levantamiento de observaciones; sin perjuicio de ello, debido a que se requería contar a la brevedad con los ambientes acondicionados que permita mudar a los usuarios, y al seguimiento del levantamiento de las observaciones efectuadas con el Ing. Edgar Rodríguez, se verificó que éstos concluyeron el 27 de enero de 2016, por lo cual se elaboró el Informe N° 009-2016-OIU/SAN LUIS/MEF y el Informe N° 001-2016-ERC/MEF, que concluyen que el servicio se encuentra conforme al contrato, adenda, Bases integradas y Términos de Referencia.”¹³

Escrito de Alegatos presentado el 7 de abril de 2017:

Respecto de la suscripción del Acta de Observaciones al servicio prestado en el piso 2 del Edificio Central de la ENTIDAD de fecha 29 de diciembre de 2015, la ENTIDAD señala que:

“(…) el Consorcio demandante no hace referencia alguna a las observaciones efectuadas mediante Acta del 29 de diciembre de 2015 respecto del servicio correspondiente al segundo piso, limitándose a señalar (en el numeral 4. del rubro “Fundamentos de Hecho y Derecho”) que “con fecha 29-12-2015 las partes suscribimos el Acta de Recepción del Servicio”. Es más, incurre en falsedad al señalar que “la ejecución de las actividades se realizaron (sic) dentro del plazo contractual (90 días); situación que no ha sido objeto de observación alguna al 29-12-2015 en que se levanta el Acta de Recepción del Servicio y en que se presentaron los referidos documentos con nuestra Carta N° 029-2015-CONSORCIO SAN LUIS”. Y señalamos que incurre en falsedad porque, como está probado en autos, por Acta de Observaciones del 29 de diciembre de 2015 la Entidad formuló observaciones al servicio correspondiente al segundo piso, de manera que mal podría señalarse que a dicha fecha se hubiera

¹² Último párrafo de la página 11 y primero de la página 12 de su escrito de contestación de demanda.

¹³ último párrafo de la página 9 y primero de la página 10 de su escrito de contestación de demanda

“ejecutado la totalidad de las prestaciones contractuales” como falsamente señala el Consorcio.”¹⁴

Sobre el cumplimiento de la obligación a cargo del CONTRATISTA relacionada con el servicio prestado en el piso 2 del Edificio Central de la ENTIDAD en el plazo otorgado para la subsanación de las observaciones que se le formularon con fecha 29 de diciembre de 2015, la ENTIDAD señala que:

“10. (...) el Consorcio no acredita que hubiera cumplido con subsanar las observaciones y entregar el servicio dentro del plazo concedido, siendo que con el Registro de ingreso y salida que tiene a su cargo el Área de Seguridad del MEF puede verificarse que el personal que laboraba para el Consorcio San Luis ingresó al MEF hasta el 27 de enero de 2016 para concluir con la subsanación de las observaciones efectuadas.”¹⁵

Respecto a la misma afirmación del CONTRATISTA, la ENTIDAD añade que:

“11. (...) está probado en autos que el Contratista no cumplió con subsanar dentro del plazo concedido las observaciones formuladas por Acta del 29 de diciembre de 2015. Adicionalmente, tampoco cumplió con comunicar la culminación del levantamiento de las observaciones, verificándose que su personal ingresó al MEF para culminar los servicios hasta el día 27 de enero de 2016, por lo que el 29 de enero de 2016 se levantó el Acta de Recepción, dándose por recibido el servicio respecto del segundo piso.”¹⁶

También en relación con el cumplimiento de la obligación del CONTRATISTA recién el 27 de enero de 2016, la ENTIDAD agrega que:

“(...) una prueba incontrovertible de ello es el hecho concreto que, aún hasta la fecha de emisión del Acta de Recepción emitida por la Entidad de oficio el 29 de enero de 2016, el Consorcio no informó sobre el levantamiento de las observaciones formuladas con el Acta del 29 de diciembre de 2015, lo que implica que después de formuladas las observaciones y hasta el 27 de enero de 2016 el Consorcio siguió efectuando labores para subsanar las observaciones, corroborándose

¹⁴ Último párrafo de la página 3 y primero de la página 4 de su escrito de Alegatos presentado con fecha 7 de abril de 2017.

¹⁵ Numeral 10 de la página 4 de su escrito de Alegatos presentado con fecha 7 de abril de 2017.

¹⁶ Numeral 11 de la página 4 de su escrito de Alegatos presentado con fecha 7 de abril de 2017.

ello con el Registro de Ingreso y Salida a la sede del MEF del personal designado por el Consorcio para la realización de los trabajos.

En efecto, en dicho Registro se evidencia que diverso personal del Consorcio San Luis ingresó a las instalaciones del MEF para efectos de realizar trabajos en la remodelación (...) hasta el 27 de enero de 2016, siendo que en ningún momento el Consorcio ha negado la veracidad de tal hecho, de manera que está demostrado que las labores de remodelación del segundo piso de la sede central del MEF (...) concluyó (sic) el 27 de enero de 2017 ...”¹⁷

En relación con la elaboración y suscripción del Acta de Recepción del servicio correspondiente al piso 2 del Edificio Central de la ENTIDAD de fecha 29 de enero de 2017, la ENTIDAD señala que:

“9. (...) EL CONSORCIO NUNCA COMUNICÓ AL MEF EL LEVANTAMIENTO DE LAS OBSERVACIONES, no obstante, dada la necesidad de contar con los ambientes del segundo piso por la urgencia de instalar a los usuarios de dicho piso, mediante Acta de Recepción del 29 de enero de 2016 se dio por recibido el servicio respecto del segundo piso de la Dirección de Endeudamiento y Tesoro Público.”¹⁸

La ENTIDAD, en su escrito de Alegatos, señala también que, con motivo de la presentación de su ampliación de demanda, el CONTRATISTA ha invocado hechos nuevos que contradicen su propio escrito de demanda.

“21. Así, mientras que en su demanda señala que “con fecha 29-12-2015 las partes suscribimos el acta de Recepción del Servicio (...) al haber ejecutado la totalidad de las prestaciones contractuales...”; en su Ampliación de Demanda cambia su versión, y ya no señala que el 29 de diciembre de 2015 habría cumplido con la totalidad de sus obligaciones contractuales, sino el 8 de enero de 2016, haciendo referencia a un Acta de Recepción de Servicio de dicha fecha.”¹⁹

En relación con el Acta de Recepción del servicio correspondiente al piso 2 de fecha 8 de enero de 2016, la ENTIDAD señala que:

¹⁷ Tercer y cuarto párrafos de la página 11, así como primero de la página 12 de su escrito de Alegatos presentado con fecha 7 de abril de 2017.

¹⁸ Numeral 9 de la página 4 de su escrito de Alegatos presentado con fecha 7 de abril de 2017.

¹⁹ Numeral 20 de la página 8 de su escrito de Alegatos presentado con fecha 7 de abril de 2017.

“(...) debemos señalar que desconocemos la existencia de dicha supuesta Acta, toda vez que tampoco corre en autos como medio de prueba que hubiera sido ofrecido por el Consorcio.

*En tal sentido, realmente causa sorpresa que el demandante recién invoque la supuesta Acta de Recepción del 8 de enero de 2016, cuando en su demanda dicha Acta nunca fue invocada ni presentada, ni se hizo referencia alguna sobre su existencia, (...) pues es evidente que si dicho supuesto documento existiera, formaría parte del expediente contractual y habría sido presentado –sin temor alguno- por el Consorcio con su demanda.”*²⁰

Posición del Árbitro Único:

Es objeto del presente análisis la determinación de la eficacia del Oficio N° 0208-2016-EF/43.03 con el que la ENTIDAD notificó al CONTRATISTA de la existencia de un retraso injustificado de veintisiete (27) días en el cumplimiento de su obligación contractual, así como de la imposición de una penalidad equivalente al diez por ciento (10%) del CONTRATO por el importe de S/ 117,887.31 (Ciento diecisiete mil ochocientos ochenta y siete con 31/100 Soles).

Sobre el particular, resulta necesario señalar, a efectos de determinar la materia controvertida que será objeto de análisis, que no existe controversia sobre la existencia y validez del CONTRATO, sobre los plazos pactados, sobre la fecha de entrega de los ambientes en los que se realizó el servicio, sobre la fecha en la que se realizó la primera entrega de dichos ambientes, sobre el cumplimiento oportuno de la prestación en lo referido al servicio prestado en el piso 8 del Edificio Central de la ENTIDAD, sobre la fecha en la que se realizaron las observaciones al servicio realizado en el piso 2 del Edificio Central de la ENTIDAD, sobre la fecha en la que vencía el plazo para la subsanación de dichas observaciones, sobre la cuantificación de la penalidad, en el caso que ella procediera, así como sobre el efectivo cumplimiento de las prestaciones objeto del CONTRATO, de acuerdo a lo establecido en los Términos de Referencia.

La controversia se limita a determinar, en el presente extremo, la oportunidad en la que el CONTRATISTA subsanó las observaciones realizadas al servicio prestado en el piso 2 del Edificio Central y, como consecuencia de ello, a determinar la existencia de la penalidad prevista en la Cláusula Décimo Tercera del CONTRATO y en el artículo 165º del RLCE.

²⁰ Segundo y tercer párrafos de la página 10 de su escrito de Alegatos presentado con fecha 7 de abril de 2017.

Sobre las posibles fechas en las que se habrían subsanado las observaciones realizadas por la ENTIDAD prestaciones a cargo del CONTRATISTA:

En relación con lo primero, existen hasta tres (3) fechas en las que las partes alegan se habría cumplido con las prestaciones relacionadas con el servicio prestado en el piso 2:

- (i) el 29 de diciembre de 2015, según lo señalado por el CONTRATISTA en su escrito de demanda;
- (ii) el 8 de enero de 2016, según lo señalado por el CONTRATISTA a partir de su escrito de ampliación de demanda; y,
- (iii) el 27 de enero de 2016, según lo señalado por la ENTIDAD a lo largo de todo el proceso arbitral.

En relación con la subsanación de las observaciones de la ENTIDAD el 29 de diciembre de 2015:

En relación con la primera fecha señalada por el CONTRATISTA como de cumplimiento de las obligaciones a su cargo relacionadas con la prestación del servicio en el piso 2 del Edificio Central de la ENTIDAD, vale decir el 29 de diciembre de 2015, aquella señaló inicialmente en su escrito de demanda tres (3) argumentos que seguidamente reseñamos y analizamos.

En primer lugar, señala el CONTRATISTA que, no obstante haber remitido sus Cartas Nos. 030-2015-CONSORCIO SAN LUIS y 031-2015-CONSORCIO SAN LUIS con las que informaba de la culminación de los trabajos en el Segundo Piso y la subsanación de las observaciones en el Octavo Piso, respectivamente, “*la Entidad no ha presentado formalmente al Consorcio ninguna observación que concierne al incumplimiento de obligaciones al 28-12-2015 (...) motivo por el cual el 29-12-2015 las partes suscribimos el Acta de Recepción del Servicio*”.

Como puede apreciarse, el argumento del CONTRATISTA es el reconocimiento que habría realizado la ENTIDAD respecto del cumplimiento de su obligación, el mismo que se habría materializado en el Acta de Recepción del 29 de diciembre de 2015.

Ahora bien, de la lectura de la única Acta de Recepción de fecha 29 de diciembre de 2015 podemos transcribir el siguiente texto:

“ACTA DE RECEPCIÓN
NOMBRE DEL SERVICIO : CONTRATACIÓN DEL SERVICIO DE
ACONDICIONAMIENTO,

MANTENIMIENTO Y REPARACION
DE AMBIENTES DE LA DIRECCIÓN
GENERAL DE ENDEUDAMIENTO Y
TESORO PÚBLICO (DGETP)
OCTAVO PISO

(...)

Siendo las 15:00 horas del día martes 29 de Diciembre de 2015, y teniendo como finalidad suscribir el acta de recepción del servicio (...) situado en **8vo piso** del Edificio Central del Ministerio de Economía y Finanzas".
(el resaltado es nuestro).

Como puede apreciarse de la lectura de la transcripción que se ha hecho de la parte pertinente del Acta de Recepción de fecha 9 de diciembre de 2015, ésta estaba referida a la recepción del servicio realizado en el octavo piso, no en el segundo piso, como afirma el CONTRATISTA.

Entonces, si bien el 29 de diciembre de 2015 se suscribió un Acta de Recepción, dicha acta estaba referida a la subsanación de las observaciones que había realizado la ENTIDAD a los trabajos efectuados en el piso 8, razón por la que el argumento del CONTRATISTA relacionado con el supuesto reconocimiento del cumplimiento de su obligación por parte de la ENTIDAD deviene en insubsistente.

Aunque lo expuesto hasta aquí en relación con el argumento expuesto inicialmente por el CONTRATISTA resulta suficiente para no acogerlo, resulta necesario agregar que, en la misma fecha (29 de diciembre de 2015) en la que el CONTRATISTA argüía la existencia de un reconocimiento por parte de la ENTIDAD del cumplimiento de su obligación que, como hemos visto, no existió, el propio representante del CONTRATISTA suscribió un Acta de Observaciones referidas expresamente a los trabajos efectuados en el piso 2 del Edificio Central en la que, ahí sí, expresamente reconocía la existencia de una serie de observaciones a las obras civiles y de instalaciones eléctricas, las mismas que figuraban como Anexos 1 y 2 de dicha Acta, respectivamente, de modo que conocía perfectamente de dichas observaciones al momento de interponer la demanda, en la que afirmó exactamente lo contrario.

Resulta relevante señalar que, dicha Acta de Observaciones al servicio prestado por el CONTRATISTA en el piso 2 del Edificio Central de la ENTIDAD de fecha 29 de diciembre de 2015, no ha sido cuestionada por ninguna de las partes.

El segundo argumento del CONTRATISTA relacionado con el cumplimiento de su obligación el 29 de diciembre de 2015 está relacionado con el pago "de nuestra Factura 001-Nº 000008 de fecha 28-12-2015" que habría efectuado la ENTIDAD el 4 de febrero

de 2016 en relación con la tercera armada correspondiente al saldo contractual pendiente de pago.

Sobre el particular, el CONTRATISTA ha señalado que “*al haberse hecho efectivo el pago de nuestra Factura 001-Nº 000008 de fecha 28-12-2015, se está consintiendo el cumplimiento de nuestras obligaciones a dicha fecha*”.²¹

Dicho de otro modo. El CONTRATISTA sostiene que el pago total del saldo pendiente del precio contratado que realizó la ENTIDAD el 4 de febrero de 2016 equivale a un consentimiento con el cumplimiento oportuno de sus obligaciones contractuales, incluidas las relacionadas con la prestación del servicio en el piso 2 del Edificio Central de la ENTIDAD.

El argumento del CONTRATISTA en este extremo pasa por asignar los efectos de un consentimiento con el afirmar la existencia de la cancelación equiparar el pago total del precio con el consentimiento en el cumplimiento de la obligación.

Sin embargo, aun cuando se equiparasen los efectos del pago total del precio pactado con los del consentimiento con el cumplimiento de la obligación, cuestión que deberá ser objeto de otro análisis, el CONTRATISTA no ha acreditado el pago total del precio pactado.

En efecto, la Factura N° 001-000008 del CONTRATISTA de fecha 28 de diciembre de 2015, remitida el 29 de diciembre de 2015 como anexo de la Carta N° 029-2015-CONSORCIO SAN LUIS fue girada por la suma total pendiente de pago a esa fecha, vale decir, por S/ 507,189.94, incluido el IGV.

Sin embargo, conforme al propio dicho del CONTRATISTA, los abonos realizados en su cuenta fueron por las sumas de S/. 310,000.00 y S/. 1,111.25, vale decir por S/ 311,111.25, y no por los S/ 507,189.94 que figuraban en la Factura mencionada.

No resulta cierto entonces que la ENTIDAD haya “*hecho efectivo el pago de nuestra Factura*” como señaló el CONTRATISTA pues la ENTIDAD sólo pagó S/ 311,111.25, de los S/ 507,189.94 facturados, razón por la que, en este punto también, el argumento del CONTRATISTA es insubsistente.

El tercer argumento del CONTRATISTA en relación con la culminación de sus servicios el 29 de diciembre de 2015, está relacionado con la falta de discriminación y/o especificación de las partidas no concluidas que fueron objeto de observación,

²¹ Numeral 3 del rubro C de la página 4 del escrito de demanda presentado el 10 de febrero de 2016.

cuestión que, según él, le habría impedido formular sus descargos y ejercer su derecho de defensa.

Así, el CONTRATISTA ha señalado que “para sustentar el Cálculo de la Penalidad, la Entidad previamente no ha discriminado y/o especificado cuáles son las partidas no concluidas de nuestra Valorización al 28-12-2015 para determinar que adolecieron de retraso (...) consecuentemente, al imputar hechos sobre el cual no dieron la oportunidad de ejercer nuestro derecho de formular los descargos técnicos del caso, nos han causado indefensión”.²²

En relación con dicho argumento debe señalarse que el mismo está relacionado, más que con la determinación de la fecha de subsanación de observaciones y conclusión de sus obligaciones, con la existencia de un vicio en el procedimiento seguido por la ENTIDAD para la imputación de un incumplimiento.

Empero, aun en el supuesto negado que se asuma que dicho argumento del CONTRATISTA coadyuva a la determinación de la fecha en la que se subsanaron observaciones y se concluyeron las obligaciones a su cargo, resulta que el Acta de Observaciones de fecha 29 de diciembre de 2015 que el mismo representante del CONTRATISTA suscribió viene acompañada de dos (2) Anexos que en 17 páginas especifican de manera discriminada y específica las observaciones pendientes de subsanación que hiciera la ENTIDAD.

No resulta tampoco cierto entonces que la ENTIDAD no haya previamente discriminado y/o especificado cuáles son las partidas no concluidas, razón por la que, también en este extremo, el argumento del CONTRATISTA resulta insostenible.

A todo lo expuesto en relación con cada uno de los argumentos esgrimidos por el CONTRATISTA inicialmente en su escrito de demanda, resulta además que, a partir de su escrito de ampliación de demanda, el propio CONTRATISTA ha sostenido que la subsanación de las observaciones que le formulara la ENTIDAD al servicio prestado en el segundo piso de su Edificio Central se realizó el 8 de enero de 2016, conforme al Acta de Recepción de dicha fecha, respecto de la cual nos vamos a pronunciar más adelante.

En conclusión, el CONTRATISTA no sólo no ha acreditado haber concluido con sus obligaciones contractuales relacionadas con el servicio prestado en el piso 2 del Edificio Central de la ENTIDAD el 29 de diciembre de 015, sino que él mismo, a partir de su escrito de ampliación de demanda, ha abandonado dicha postura inicial pues ha pasado a sostener como fecha de subsanación de observaciones el 8 de enero de 2016.

²² Numerales 4 y 6 del rubro C de la página 5 del escrito de demanda presentado el 10 de febrero de 2016.

No habiéndose realizado la subsanación de observaciones el 29 de diciembre de 2015, resta entonces determinar si ella se realizó el 8 de enero de 2016, como afirma el CONTRATISTA, o si ella se realizó el 27 de enero de 2016, como afirma la ENTIDAD.

En relación con la subsanación de las observaciones de la ENTIDAD el 8 de enero de 2016 o el 27 de enero de 2016:

Como hemos visto previamente, existe una abierta discrepancia entre las partes sobre la fecha efectiva en la que se habrían subsanado las observaciones que formulara la ENTIDAD con fecha 29 de diciembre de 2016 al servicio prestado por el CONTRATISTA en el piso 2 del Edificio Central.

En efecto, el CONTRATISTA señala que la subsanación de observaciones se habría realizado el 8 de enero de 2016, mientras que la ENTIDAD sostiene que ella se habría realizado recién 27 de enero de 2016.

En relación con dicha discrepancia, existen hasta cuatro (4) documentos de la misma denominación y suscritos por el mismo funcionario o funcionarios cuyas fechas de emisión (salvo en un caso) y, sobre todo, cuyo contenido y conclusiones varían en atención a la posición que cada una de las partes asume sobre la fecha en la que se habrían subsanado las observaciones y la consecuente penalidad aplicable, según se resume a continuación:

DOCUMENTACIÓN QUE RESPALDA LA POSICIÓN DE LAS PARTES		
	CONTRATISTA	ENTIDAD
1 Acta de Recepción	8/01/2016	
2 Conformidad del Servicio	11/01/2016	
3 Informe N° 009-2016- OIU/SAN LUIS/ME	11/01/2016	27/01/2016
4 Nota N° 039-2016- EF/REA DE INFRAESTRUCTURA	27/01/2016	27/01/2016
1 Acta de Recepción		29/01/2016

2	Conformidad del Servicio		29/01/2016
---	-------------------------------------	--	------------

En relación con dicha documentación, sobre la que realizaremos mayores precisiones más adelante, corresponde dejar constancia de algunas cuestiones antes de entrar a su análisis y obtener conclusiones.

Cada una de ellas es, respecto de su “par”, contradictoria en su contenido esencial en relación con la determinación de la fecha en la que se habría subsanado las observaciones realizadas al servicio prestado y con la procedencia respecto de la aplicación de sanciones.

En cada caso, siendo que cada una es contradictoria con su “par”, una de ellas es falsa²³ o tiene un contenido inexacto²⁴, siendo que ello evidenciaría la existencia de un posible delito de falsificación material de documentos o falsedad ideológica, cuestiones todas éstas que, por sus implicancias penales, deberán determinarse en la vía judicial correspondiente, pues no es de competencia del Árbitro Único el pronunciarse sobre las implicancias penales que de ello se puedan derivar.

En tal sentido, no obstante que ninguno de los documentos “duplicados” presentados por las partes para sustentar su postura ha sido declarado inválido o ineficaz, resulta imposible interpretar la validez de todos en su conjunto a efectos de resolver la presente controversia, pues ellos son abiertamente contradictorios cada uno con su par, de modo que ello obliga al Árbitro Único a tomar postura sobre la procedencia de una de las posturas expuestas por las partes en el presente proceso.

En tal sentido, a efecto de resolver la presente controversia, el Árbitro Único se limitará evaluar dicha documentación, así como la coherencia en la conducta de las partes en relación con ella, a efectos de formarse un juicio sobre aquella que, a su criterio, cuenta con mayores indicios de veracidad y, en esa medida, le genera mayor convicción.

²³ El OSCE, a través de su Tribunal de Contrataciones, ha señalado de manera reiterada que, “para la configuración del supuesto de presentación de documentación falsa, se requiere previamente acreditar su falsedad, esto es, que el documento o los documentos cuestionados no hayan sido válidamente expedidos por el órgano o agente emisor correspondiente o que, siendo válidamente expedidos, hayan sido adulterados en su contenido”. Ver, a modo de ejemplo, la Resolución N° 3146-2014-TC-S3.

²⁴ El OSCE, a través de su Tribunal de Contrataciones, ha señalado de manera reiterada que, “la infracción referida a información inexacta se configura ante la presentación de documentos no concordantes con la realidad, que constituye una forma de falseamiento de la misma”. Ver, a modo de ejemplo, la Resolución N° 3146-2014-TC-S3.

Veamos entonces los documentos a cuya duplicidad nos hemos referido precedentemente.

El Acta de Recepción

Obran en autos dos (2) Actas de Recepción del servicio realizado por el CONTRATISTA en el piso 2 del Edificio Central de la ENTIDAD, de fechas distintas.

Una primera del 8 de enero de 2016, cuyo tenor transcribimos en la parte pertinente:

"ACTA DE RECEPCIÓN"

NOMBRE DEL SERVICIO : CONTRATACIÓN DEL SERVICIO DE
ACONDICIONAMIENTO,
MANTENIMIENTO Y REPARACION
DE AMBIENTES DE LA DIRECCIÓN
GENERAL DE ENDEUDAMIENTO Y
TESORO PÚBLICO (DGETP)
SEGUNDO PISO

(...)

Siendo las 15:00 horas del día **Viernes 08 de Enero de 2016**, y teniendo como finalidad suscribir el acta de recepción del servicio (...) situado en **2vo (sic) piso** del Edificio Central del Ministerio de Economía y Finanzas.

Luego de recorrer y verificar el cumplimiento del contrato, los planos y especificaciones técnicas y no habiendo Observaciones, se da conformidad y se recepción (sic) el servicio.

(...)”.

(el resaltado es nuestro).

Dicha acta se encuentra suscrita, además del representante del CONTRATISTA, Ing. Pedro Apolaya Sotelo, por tres (3) funcionarios de la ENTIDAD: (i) Ing. David Huachaca Talaverano, (ii) Ing. Edgar Rodríguez Cayetano, y (iii) Ing. Oswaldo Inocente Urbano.

Obra también en autos una segunda Acta de Recepción de fecha 29 de enero de 2016, cuyo tenor transcribimos en la parte pertinente:

"ACTA DE RECEPCIÓN"

NOMBRE DEL SERVICIO : CONTRATACIÓN DEL SERVICIO DE
ACONDICIONAMIENTO,

MANTENIMIENTO Y REPARACION
DE AMBIENTES DE LA DIRECCIÓN
GENERAL DE ENDEUDAMIENTO Y
TESORO PÚBLICO (DGETP)
SEGUNDO PISO

(...)

Siendo las 15:00 horas del día **Viernes 29 de Enero de 2016**, y teniendo como finalidad suscribir el acta de recepción del servicio (...) situado en **2vo (sic) piso** del Edificio Central del Ministerio de Economía y Finanzas.

Luego de recorrer y verificar el cumplimiento del contrato, los planos y especificaciones técnicas y no habiendo Observaciones, se da conformidad y se recepción (sic) el servicio.

(...)”.

(el resaltado es nuestro).

Dicha acta se encuentra suscrita únicamente por los mismos tres (3) funcionarios de la ENTIDAD que -según el dicho del CONTRATISTA- suscribieron el Acta del 11 de enero de 2016, vale decir: (i) Ing. David Huachaca Talaverano, (ii) Ing. Edgar Rodríguez Cayetano, y (iii) Ing. Oswaldo Inocente Urbano, sin la participación de representante alguno del CONTRATISTA.

La Conformidad del Servicio

Obran en autos dos (2) “Conformidades del Servicio” realizado por el CONTRATISTA en el piso 2 del Edificio Central de la ENTIDAD, de fechas distintas.

Una primera del 11 de enero de 2016, a través de la cual la Oficina de Abastecimiento de la ENTIDAD emite su Conformidad por el servicio prestado por el CONTRATISTA en la que no se precisa la existencia de observación alguna en relación con la existencia de penalidad alguna.

Obra también en autos una segunda Conformidad del Servicio de la Oficina de Abastecimiento de la ENTIDAD, en la que, con fecha 29 de enero de 2016, dicha Oficina emite su Conformidad precisándose en su rubro “Observaciones” que ella se otorga “con aplicación de penalidades”, a diferencia de aquella emitida el 11 de enero de 2016 sobre el mismo servicio en la que no se había especificado penalidad alguna.

El Informe N° 009-2016-OIU/SAN LUIS/MEF

Obran también en autos dos (2) Informes N° 009-2016-OIU/SAN LUIS/MEF, a través de los cuales, el Coordinador de Servicio MEF, Ing. Oswaldo Julio Inocente Urbano, se dirige a la Unidad de Infraestructura – Oficina de Abastecimiento de la ENTIDAD con el objeto de informar sobre la culminación de los trabajos a cargo del CONTRATISTA.

Dichos Informes son prácticamente similares, salvo por las referencias a la fecha de recepción del servicio y a la aplicación de penalidades, conforme vamos a transcribir seguidamente.

El primero, emitido el 11 de enero de 2016, señala, entre otros, lo siguiente:

“ANTECEDENTES:

(...)

12. **Con fecha 08 de Enero de 2016**, se suscribe el acta de recepción final de servicio “Acondicionamiento, mantenimiento y reparación de ambientes (...) del segundo piso del Edificio Central MEF”.

ANÁLISIS:

19. (...) el contratista ha entregado los documentos solicitados, referidos a las actividades civiles y a las actividades eléctrica (sic), los cuales son conforme.

(...)

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES:

(...)

En tal sentido, se recomienda continuar con los trámites de pago correspondiente al saldo pendiente del monto del contrato (...)".

(el resaltado es nuestro).

El segundo, emitido el 27 de enero de 2016, señala, entre otros, lo siguiente:

“ANTECEDENTES:

(...)

12. **Con fecha 27 de Enero de 2016**, se verificó el cumplimiento del servicio, por lo cual se suscribe el acta de recepción (...) del segundo piso del Edificio Central MEF”.

ANÁLISIS:

19. (...)

Del cuadro anterior se observa que el contratista **ha incumplido en 27 días de atrasos injustificados por los que corresponde la aplicación de penalidades.**

(...)

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES:

(...)

En tal sentido, se recomienda continuar con los trámites de pago correspondiente al saldo pendiente del monto del contrato (...) del cual deberá descontarse la penalidad incurrida por retraso injustificado de 27 días calendario en la ejecución del servicio".

(el resaltado es nuestro).

La Nota N° 039-2016-EF/AREA DE INFRAESTRUCTURA

El 27 de enero de 2016, mediante NOTA N° 039-2016-EF/AREA DE INFRAESTRUCTURA, el Área de Infraestructura de la ENTIDAD comunica a la Oficina de Abastecimiento la conclusión de actividades por parte del CONTRATISTA.

En este punto es preciso mencionar que obran en autos dos (2) documentos de la misma fecha (27 de enero de 2016), suscritos por el mismo funcionario ("Ing. David Huachaca Talaverano"), basados ambos en los mismos Informes (Informe N° 009-2016-OIU/SAN LUIS/ME" e "Informe N° 01-2016-MEF/ERC"), signados ambos como "NOTA N° 039-2016-EF/REA DE INFRAESTRUCTURA", uno presentado por la ENTIDAD y el otro presentado por el CONTRATISTA, que, si bien coinciden en la conclusión de actividades por parte del CONTRATISTA, difieren en cuanto a la existencia de retraso y penalidades a cargo de éste.

Así, la "NOTA N° 039-2016-EF/REA DE INFRAESTRUCTURA" presentada por la ENTIDAD señala que "de acuerdo a lo indicado en los documentos de la referencia b) y c)" (Informe N° 009-2016-OIU/SAN LUIS/ME" e "Informe N° 01-2016-MEF/ERC"), y conforme al cuadro inserto en ella la "Fecha de término real" de los trabajos en el Segundo Piso fue el "27/01/2016", agregando en su párrafo final que el CONTRATISTA "ha incurrido en penalidad por 27 días de retraso injustificado, por lo cual se recomienda continuar con los trámites de pago correspondiente al saldo pendiente del monto del contrato (...) del cual deberá descontarse la penalidad correspondiente".

En cambio, la "NOTA N° 039-2016-EF/REA DE INFRAESTRUCTURA" presentada por el CONTRATISTA señala que también "de acuerdo a lo indicado en los informes de la referencia b) (...) e informe de la referencia c)" (Informe N° 009-2016-OIU/SAN LUIS/ME" e "Informe N° 01-2016-MEF/ERC") el CONTRATISTA "ha concluido el servicio, conforme a las bases, términos de referencia, contrato y adenda" sin hacer mención a la fecha específica en la que se habría concluido efectivamente dicho servicio, agregando en su párrafo final que "se recomienda continuar con el trámite de pago a favor del contratista (...) por el saldo del contrato", sin hacer referencia a retraso o penalidad alguna.



La evaluación de los hechos y conducta de las partes

En relación con el Acta de Recepción del 8 de enero de 2016, la ENTIDAD, primero, ha desconocido su contenido y, luego, su validez, señalando que la recepción se realizó el 29 de enero de 2016.

El CONTRATISTA por su parte ha señalado que la recepción se dio el 8 de enero de 2016 y que el Acta de Recepción del 29 de enero de 2016 se elaboró unilateralmente sin su conocimiento y sin la participación de su representante, cuestión esta última que efectivamente se encuentra acreditada.

En relación con este último hecho, la ENTIDAD afirma que la recepción del 29 de enero de 2016 se realizó sin la participación del representante del CONTRATISTA pues éste no había solicitado la recepción, incumpliendo su obligación de hacerlo, de acuerdo a lo establecido en el numeral 5.17.1.1 de los Términos de Referencia, cuestión esta última que también está acreditada.

Agrega la ENTIDAD que la recepción del 29 de enero de 2016 tuvo que realizarse sin la participación del representante del CONTRATISTA pues se requería recuperar el local para la realización propia de las labores de los funcionarios que ahí laboraban, siendo que la ENTIDAD venía asumiendo gastos por la no realización de las labores en dicho local.

El CONTRATISTA señala por su parte que dicho documento -el Acta de Recepción del 8 de enero de 2016- le fue entregado en copia por la propia ENTIDAD ante un pedido suyo basado en la Ley de Transparencia, cuestión que no ha sido negada por la ENTIDAD y que se encuentra corroborada en autos.

Añade el CONTRATISTA que, obtenidas las copias del Acta de Recepción del 8 de enero de 2016 y la Conformidad del Servicio del 11 de enero de 2016, ha solicitado a la ENTIDAD la expedición de copias certificadas de las mismas, pedido que ha sido negado por la ENTIDAD aduciendo la inexistencia de los originales de dicha documentación, cuestión que también se encuentra acreditada en autos.

La ENTIDAD por su parte ha señalado que el personal del CONTRATISTA siguió ingresando al local de la ENTIDAD para culminar con la subsanación de observaciones hasta el 27 de enero de 2016, cosa que se encuentra acreditada en autos con 2 Registros de Ingreso de Personal del CONTRATISTA que ha presentado la ENTIDAD bajo la denominación de “Registro de Proveedores del Consorcio San Luis”, según cuadro que resume dichos registros:

REGISTRO DE INGRESO DE PERSONAL DEL CONTRATISTA

SEGÚN ENTIDAD	SEGÚN CONTRATISTA	PROMEDIO DE TRABAJADORES EN CADA PERÍODO	FECHA	CANTIDAD DE TRABAJADORES
PLAZO CONTRACTUAL	PLAZO CONTRACTUAL	22	lun 28.Dic.15 mar 29.Dic.15 mié 30.Dic.15 jue 31.Dic.15 sáb 02.Ene.16 dom 03.Ene.16 lun 04.Ene.16 mar 05.Ene.16 mié 06.Ene.16 jue 07.Ene.16 vie 08.Ene.16 sáb 09.Ene.16 dom 10.Ene.16 lun 11.Ene.16 mar 12.Ene.16 mié 13.Ene.16 jue 14.Ene.16 vie 15.Ene.16 sáb 16.Ene.16 dom 17.Ene.16 lun 18.Ene.16 mar 19.Ene.16 mié 20.Ene.16 jue 21.Ene.16 vie 22.Ene.16 sáb 23.Ene.16 dom 24.Ene.16 lun 25.Ene.16 mar 26.Ene.16 mié 27.Ene.16	26 18 23 20 11 11 23 26 31 29 27 29 9 22 21 29 22 26 26 11 19 17 21 23 22 26 14 20 8 18
	PLAZO PARA SUBSANACIÓN DE OBSERVACIONES	22		
	RECEPCIÓN			
PLAZO PARA SUBSANACIÓN DE OBSERVACIONES				
	PLAZO PARA EJECUTAR ADICIONALES	20		
	RECEPCIÓN			

Como puede apreciarse, luego de formuladas las observaciones, el CONTRATISTA continuó ejecutando labores hasta el día mismo de subsanación de las mismas, pues no de otra forma puede entenderse el ingreso de su personal a las instalaciones de la ENTIDAD.

En relación con este hecho, el CONTRATISTA no ha negado dicho ingreso, habiendo su abogado patrocinante señalado en audiencia pública ante la consulta del Árbitro Único que, efectivamente, su personal siguió ingresando a las instalaciones de la ENTIDAD luego de recepcionados los servicios el 8 de enero de 2016, pero no para subsanar las observaciones que ésta le había formulado, sino para atender las obligaciones derivadas de los trabajos adicionales ordenados ejecutar por la ENTIDAD mediante Oficio N° 2144-2015-EF/43.03.

Aunque, como hemos dicho, la ENTIDAD ha acreditado el ingreso de personal del CONTRATISTA a sus instalaciones hasta el 27 de enero de 2016, el Árbitro Único no puede determinar si dicho personal se dedicó a subsanar las observaciones que le habrían sido hechas por la ENTIDAD el 29 de diciembre de 2015, como ella señala, o si dicho personal se dedicó a ejecutar los trabajos adicionales ordenados ejecutar por la ENTIDAD mediante Oficio N° 2144-2015-EF/43.03, notificado al CONTRATISTA el 21 de diciembre de 2015.

En efecto, no existe documento alguno, menos uno que haya sido consensuado por las partes, en el que conste la discriminación o especificación de las labores ejecutadas por el CONTRATISTA entre el 30 de diciembre de 2015 (un día después de la formulación de observaciones) y el 8 de enero de 2016 (fecha de recepción de los servicios según el CONTRATISTA), o entre el 9 de enero de 2016 (un día después de la entrega alegada por el CONTRATISTA) y el 27 de enero de 2016 (fecha de recepción de los servicios alegada por la ENTIDAD).

Pero además, aunque el número de trabajadores del CONTRATISTA se mantuvo relativamente constante antes (22 en promedio) y después (20 en promedio) de entregados los servicios el 8 de enero de 2016 (en la postura del CONTRATISTA), no existe información sobre el número de personal del CONTRATISTA que normalmente ingresaba durante la ejecución del CONTRATO antes del 29 de diciembre de 2015, fecha de la formulación de las observaciones por la ENTIDAD (salvo la del día 28 de diciembre), que permita, en perspectiva, inferir o contar con mayores indicios para determinar si su número se mantuvo, se redujo o se incrementó para subsanar las diversas observaciones efectuadas, para atender los adicionales o para ejecutar ambos.



A partir de la documentación remitida por la ENTIDAD solo es posible determinar que el número de trabajadores se mantuvo relativamente constante desde el 28 de diciembre de 2015 hasta el 27 de enero de 2016, no siendo posible determinar cuántos trabajadores ingresaban antes para ejecutar las labores propias del CONTRATO durante su plazo de ejecución “regular”.

La ENTIDAD también ha señalado que ni el propio CONTRATISTA hizo alusión al Acta de Recepción del 8 de enero de 2016 en su demanda (el 10 de febrero de 2016) y que no fue sino hasta la ampliación de su demanda (el 10 de mayo de 2016) que empezó a utilizar como argumento de su pretensión dicho hecho, lo cual se encuentra corroborado en autos.

A lo señalado por la ENTIDAD, el Árbitro Único puede agregar que el CONTRATISTA tampoco hizo alusión a dicho hecho inmediatamente después de ser informado con la imputación de atraso injustificados y penalidades por la ENTIDAD el 4 de febrero de 2016.

En efecto, informado el CONTRATISTA el 4 de febrero de 2016 mediante Oficio N° 208-2016-EF/43.03 de la existencia de atraso injustificado en la ejecución de su prestación y de la imputación de penalidades en su contra, contestó inmediatamente (el 5 de febrero de 2016) mediante Carta N° 006-2016-CONSORCIO SAN LUIS solicitando la devolución de dichas penalidades, sin hacer alusión alguna a la existencia de una recepción de los servicios por parte de la ENTIDAD el 8 de enero de 2011.

Consultado sobre el particular el abogado patrocinante del CONTRATISTA en audiencia pública, señaló que ello obedeció a la existencia de múltiples actividades por parte del representante del CONTRATISTA que le impidieron tomar en cuenta dicho hecho al contestar la imputación de penalidades, y, en su caso, a no contar con toda la información disponible al momento de interponer la demanda por no haberle sido suministrada por su patrocinada.

A juicio del Árbitro Único, la omisión a la invocación o siquiera mención de un hecho tan trascendental -como lo es el informar a su contraparte que las observaciones a sus servicios han sido subsanadas y los servicios receptionados por ella misma con la participación de sus propios funcionarios- en su primera comunicación de reclamo a la ENTIDAD (Carta N° 006-2016-CONSORCIO SAN LUIS) y aun en su propia demanda, contestación constituye un indicio sobre el desconocimiento del CONTRATISTA respecto de dicho hecho.

Sin embargo, la existencia, no de un (1) documento (Acta de Recepción), sino hasta de cuatro (4) distintos documentos (Acta de Recepción, Conformidad del Servicio,

Informe N° 009-2016-OIU/SAN LUIS/MEF y Nota N° 039-2016-EF/AREA DE INFRAESTRUCTURA), cuya invalidez no ha sido acreditada ni tangencialmente, emitidos por la propia ENTIDAD en el marco de un procedimiento de transparencia, en los que los mismos funcionarios encargados de la supervisión del CONTRATO por parte de la ENTIDAD expresamente reconocen la subsanación de las observaciones y la conclusión del servicio contratado el 8 de enero de 2016, constituye un hecho cierto que no ha podido ser revertido por la ENTIDAD.

Ello, unido a la negativa de la ENTIDAD a proporcionar copias certificadas de los documentos que ella misma expidió, aduciendo la inexistencia de los originales, a la falta de explicación coherente sobre la duplicidad de dichos documentos, y, sobre todo, a la ausencia de participación del representante del CONTRATISTA en la elaboración y suscripción del Acta de Recepción del 29 de enero de 2016 -que sustenta la posición de la ENTIDAD- terminan con crear convicción en el Árbitro Único en el sentido que la subsanación de las observaciones formuladas por la ENTIDAD al servicio prestado por el CONTRATISTA se realizó el 8 de enero de 2016, razón por la que, además, no corresponde la aplicación de penalidades.

Por lo expuesto, corresponde que el Árbitro Único declare FUNDADA LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DEL CONTRATISTA, contenida en el PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO, y, en ese sentido, DISPONGA que se deje sin efecto el Oficio N° 0208-2016-EF/43.03 notificado el 4 de febrero de 2016 con el que se impuso al CONTRATISTA una penalidad por el importe de S/ 117,887.31 (Ciento Diecisiete Mil Ochocientos Ochenta y Siete con 31/100 Soles) por haber incurrido en 27 días de retraso en la culminación de las actividades del servicio.

SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO:

Relacionado con la Segunda Pretensión Principal:

Determinar si corresponde o no declarar “que nuestro Consorcio llevó a cabo la ejecución de las actividades del contrato en forma diligente”.

Posición del CONTRATISTA:

Aunque en su escrito de demanda presentado el 10 de febrero de 2016, el CONTRATISTA ha incluido como segunda pretensión principal el reconocimiento de la ejecución de su obligación de manera “diligente”, ni en éste ni en el de su ampliación de demanda presentado el 10 de mayo de 2016, ni en el de absolución del traslado de la contestación de demanda presentado el 16 de mayo de 2016, ni en el de alegatos presentado el 5 de abril de 2017, ha hecho referencia, menos sustentado, dicha pretensión en sus fundamentos de hecho o de derecho.



Posición de la ENTIDAD:

La ENTIDAD, por su parte, tampoco se ha referido a la pretensión del CONTRATISTA objeto del presente análisis en su escrito de contestación de demanda presentado el 9 de marzo de 2016, habiéndose limitado a señalar en su escrito de alegatos presentado el 7 de abril de 2017 que:

“es importante señalar que la falta de diligencia del demandante no sólo se manifiesta en su incumplimiento para subsanar las observaciones dentro del plazo concedido, sino también -y lo que es peor- en que no comunicó a la Entidad la fecha del levantamiento de observaciones, siendo que la Entidad tuvo que emitir el Acta de Recepción de oficio, por la necesidad de contar con los ambientes.”

Posición del Árbitro Único:

Es objeto del presente análisis la determinación de la procedencia de la pretensión del CONTRATISTA para que se declare que éste “llevó a cabo la ejecución de las actividades del contrato en forma diligente”.

El diccionario de la Real Academia Española define “diligencia”, entre otros, como:

*“1. f. Cuidado y actividad en ejecutar algo.
(...)
6. f. Der. Actuación de un órgano judicial para la ordenación del proceso.
(...)"²⁵*

Asimismo, “diligencia”, entendida como la virtud, puede también ser entendida como:

“(...) la virtud cardinal con la que se combate la pereza. La diligencia procede del latín "Diligere" que significa Amar, pero en un concepto más vago que de su similar latín "Amare" que es más general. Forma parte de la virtud de la caridad ya que está motivada por el amor.

La diligencia, en sentido más alto, es el esmero y el cuidado en ejecutar algo. Una prontitud de hacer algo con gran agilidad tanto interior como exterior. Como toda virtud se trabaja, verdaderamente poniéndola en práctica.”²⁶

(el subrayado es nuestro)

²⁵ <http://dle.rae.es/?id=DmapFfE>

²⁶ [https://es.wikipedia.org/wiki/Diligencia_\(virtud\)](https://es.wikipedia.org/wiki/Diligencia_(virtud))

Como puede apreciarse, el CONTRATISTA no sólo pretende que se reconozca el cumplimiento de sus obligaciones sino que además se declare que dicho cumplimiento se realizó de manera diligente, vale decir, “con esmero y cuidado”, así como “con prontitud”.

Sin embargo, el CONTRATISTA ha omitido sustentar dicha pretensión siquiera de manera tangencial habiendo concentrado su argumentación en relación con la determinación de la fecha en la que subsanó las observaciones que se le hicieron y sobre las que ya este Árbitro Único se ha pronunciado.

Lo expuesto, que debería ser suficiente para rechazar su pretensión, se suma a lo señalado con motivo del análisis del primer punto controvertido, en el sentido que el CONTRATISTA no sólo incumplió con su obligación en el plazo inicialmente pactado, habiendo sido sus prestaciones objeto de diversas observaciones, sino que tampoco solicitó la recepción de sus servicios, conforme a lo establecido en el numeral 5.17.1.1 de los Términos de Referencia.

Por lo expuesto, corresponde que el Árbitro Único declare INFUNDADA LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL DEL CONTRATISTA, contenida en el SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO, y, en ese sentido, DECLARE que no corresponde que declarar que el CONTRATISTA llevó a cabo la ejecución de las actividades del contrato en forma diligente.

TERCER PUNTO CONTROVERTIDO:

Relacionado con la Tercera Pretensión Principal:

Determinar si corresponde o no ordenar “se efectúe la devolución de los montos descontados por las penalidades impuestas de manera arbitraria a nuestro Consorcio a través de Oficio N° 0208-2016-EF/43.03 notificada con fecha 04-02-2016 según Cálculo de Penalidad adjunto a su Memorándum N° 0194-2016-EF/43.03, más los respectivos intereses legales correspondientes”.

Posición del Árbitro Único:

Siendo que, con motivo del análisis de la primera pretensión del CONTRATISTA, se ha concluido que la subsanación de las observaciones formuladas por la ENTIDAD al servicio prestado por el CONTRATISTA se realizó el 8 de enero de 2016 y que no corresponde la aplicación de penalidades, corresponde que el Árbitro Único declare FUNDADA LA TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DEL CONTRATISTA, contenida en el TERCER PUNTO CONTROVERTIDO, y, en ese sentido, DISPONGA que la ENTIDAD efectúe la devolución de los montos descontados por las penalidades impuestas al CONTRATISTA a través de Oficio N° 0208-2016-EF/43.03 notificado el 4 de febrero de 2016, más los respectivos intereses legales correspondientes.

CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO:

Relacionado con la Cuarta Pretensión Principal:

Determinar si corresponde o no “reconocer a nuestro consorcio todo concepto por daño o perjuicio ocasionados por nuestra parte contractual, pudiendo incorporar los conceptos por mayores costos, daño directo, lucro cesante, daño moral y/o cualquier otro pertinente”.

Posición del Árbitro Único:

En relación con este extremo de las pretensiones del CONTRATISTA, se debe señalar que, mediante Resolución N° 5 de fecha 15 de febrero de 2017, emitida en la Audiencia de Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios, el Árbitro Único resolvió “*OTORGAR al Contratista un plazo de cinco (5) días hábiles (...) a efectos que cumpla con cuantificar la cuarta pretensión (indemnizatoria) de su escrito de demanda arbitral presentado con fecha 10 de febrero de 2016, bajo apercibimiento de tener como no presentada la misma*”.

Sobre dicho requerimiento, mediante escrito presentado con fecha 22 de febrero de 2017, el CONTRATISTA se reservó “el derecho de accionarlo en su oportunidad en la vía correspondiente”.

En atención a dicha declaración, el Árbitro Único, mediante Resolución N° 6 de fecha 29 de marzo de 2017, resolvió, entre otros, “*HACER EFECTIVO el apercibimiento decretado y, en consecuencia, TENER POR NO PRESENTADA la pretensión indemnizatoria solicitada por el Contratista, contenida en la Cuarta Pretensión de su demanda*”.

En consecuencia, corresponde que el Árbitro Único declare TENER POR NO PRESENTADA la CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL DEL CONTRATISTA contenida en el CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO.

SEXTO PUNTO CONTROVERTIDO:

Relacionado con la Sexta Pretensión Principal:

Determinar si corresponde o no “determinar que el Contrato N° 169-2015-EF/43.03/SAU ha finalizado el 8 de enero de 2016, en función de lo dispuesto en el Acta de Recepción del servicio correspondiente al Segundo Piso del Edificio Central, donde se da conformidad, se reconoce y verifica el cumplimiento del contrato, los planos y especificaciones sin observaciones, así como de conformidad con lo dispuesto en la Cláusula Décima del Contrato”.



Posición del Árbitro Único:

Siendo que, con motivo del análisis de la primera pretensión del CONTRATISTA, se ha concluido que la subsanación de las observaciones formuladas por la ENTIDAD al servicio prestado por el CONTRATISTA se realizó el 8 de enero de 2016 y que no corresponde la aplicación de penalidades, corresponde que el Árbitro Único declare FUNDADA LA SEXTA PRETENSIÓN PRINCIPAL DEL CONTRATISTA, contenida en el SEXTO PUNTO CONTROVERTIDO, y, en ese sentido, DECLARE que el Contrato N° 169-2015-EF/43.03/SAU ha finalizado el 8 de enero de 2016, en función de lo dispuesto en el Acta de Recepción del servicio correspondiente al Segundo Piso del Edificio Central, donde se da conformidad, se reconoce y verifica el cumplimiento del contrato, los planos y especificaciones sin observaciones, así como de conformidad con lo dispuesto en la Cláusula Décima del Contrato.

SÉTIMO PUNTO CONTROVERTIDO:

Relacionado con la Séptima Pretensión Principal:

Determinar si corresponde o no “determinar que el Contrato N° 169-2015-EF/43.03/SAU fue culminado sin penalidad alguna de conformidad con las Actas de Recepción del servicio correspondiente al Octavo y Segundo Piso del Edificio Central de fechas 29 de diciembre de 2015 y 8 de enero de 2016, respectivamente”.

Posición del Árbitro Único:

Siendo que, con motivo del análisis de la primera pretensión del CONTRATISTA, se ha concluido que la subsanación de las observaciones formuladas por la ENTIDAD al servicio prestado por el CONTRATISTA se realizó el 8 de enero de 2016 y que no corresponde la aplicación de penalidades, corresponde que el Árbitro Único declare FUNDADA LA SÉTIMA PRETENSIÓN PRINCIPAL DEL CONTRATISTA, contenida en el SÉTIMO PUNTO CONTROVERTIDO, y, en ese sentido, DECLARE que el Contrato N° 169-2015-EF/43.03/SAU fue culminado sin penalidad alguna de conformidad con las Actas de Recepción del servicio correspondientes al Octavo y Segundo Piso del Edificio Central de fechas 29 de diciembre de 2015 y 8 de enero de 2016, respectivamente.

OCTAVO PUNTO CONTROVERTIDO:

Relacionado con la Octava Pretensión Principal:

Determinar si corresponde o no “determinar que las prestaciones de la ejecución del Contrato N° 169-2015-EF/43.03/SAU son las establecidas en el apartado 5.1 de los Términos de Referencia de las Bases Integradas, así como lo establecido en la Primera Adenda de fecha 28 de diciembre de 2015”.

Posición del Árbitro Único:

Siendo que, conforme se ha señalado con motivo del análisis de la primera pretensión del CONTRATISTA, se ha concluido que la subsanación de las observaciones formuladas por la ENTIDAD al servicio prestado por el CONTRATISTA se realizó el 8 de

enero de 2016 y que no corresponde la aplicación de penalidades, que no existe controversia en relación con el cumplimiento de las obligaciones derivadas del CONTRATO, incluida su Adenda suscrita el 28 de diciembre de 2015, sino tan sólo en la determinación de la oportunidad en la que ello sucedió, al punto que la propia ENTIDAD ha realizado la recepción de los servicios del CONTRATISTA a conformidad, corresponde que el Árbitro Único declare FUNDADA LA OCTAVA PRETENSIÓN PRINCIPAL DEL CONTRATISTA, contenida en el OCTAVO PUNTO CONTROVERTIDO, y, en ese sentido, DECLARE que las prestaciones de la ejecución del Contrato N° 169-2015-EF/43.03/SAU son las establecidas en el apartado 5.1 de los Términos de Referencia de las Bases Integradas, así como lo establecido en la Primera Adenda de fecha 28 de diciembre de 2015.

NOVENO PUNTO CONTROVERTIDO:

Relacionado con la Novena Pretensión Principal:

Determinar si corresponde o no “determinar que la prestación referida a los seis (6) puestos de trabajo adicionales a los previstos en el contrato N° 169-2015-EF/43.03/SAU para el acondicionamiento de las oficinas de la sede central del MEF comunicada por medio del Oficio N° 2144-2015-EF/43.03, no se encuentra dentro de las prestaciones del Contrato N° 169-2015-EF/43.03/SAU, ni en la Primer Adenda de fecha 28 de diciembre de 2015”.

Posición del CONTRATISTA

Como se señalado precedentemente, la ENTIDAD, mediante Oficio N° 2144-2015-EF/43.03, notificado el 21 de diciembre de 2016, le comunicó al CONTRATISTA la necesidad de incluir seis (6) puestos de trabajo adicionales a los inicialmente previstos en el CONTRATO.

Sobre el particular, el CONTRATISTA ha señalado que:

“(...) ni en el Contrato N° 169-2015-EF/43.03/SAU, ni en las Bases Integradas, ni en la Primera Adenda, se establece la ejecución de las prestaciones respecto de los 06 puestos de trabajo adicionales, toda vez que las prestaciones se circunscriben al Segundo y Octavo Piso del Edificio Central en función a los términos de referencia establecidos en las Bases Integradas ... ”²⁷

Añade el CONTRATISTA que:

“(...) Dicha posición ha sido confirmada por la Entidad señalando en el INFORME N° 010-2016-OIU/SAN LUIS/MEF lo siguiente:
.....”

²⁷ Numeral 3.17 de la página 19 del escrito de ampliación de demanda del CONTRATISTA presentado con fecha 10 de mayo de 2016.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

De acuerdo a lo indicado en los Antecedentes y el Análisis del presente informe, los adicionales solicitados por el CONSORCIO SAN LUIS (...) no fueron solicitados de conformidad con lo establecido en el Reglamento de la Ley de Contrataciones ...”.

Aunque el CONTRATISTA reitera su argumentación con motivo de la presentación de su escrito de alegatos el 5 de abril de 2017²⁸, en éste añade el hecho que el reconocimiento del pago derivado de la ejecución de dichos trabajos adicionales se encuentra judicializado, corroborando el dicho de la ENTIDAD como vamos a ver seguidamente.

Posición de la ENTIDAD

Sobre el particular, con motivo de la presentación de su escrito de alegatos, la ENTIDAD señaló que:

“(...) si bien se comunicó al Consorcio algunas modificaciones requeridas por el área usuaria, a fin de que pueda tomar las acciones correspondientes, (...) al no haberse realizado las acciones correspondientes para la aprobación del adicional, conforme lo establece la normatividad (...), dentro del plazo de ejecución no se consideran como parte del Contrato ni de la Primera Adenda, razón por la cual este tema fue materia de una conciliación extrajudicial en la cual el demandante pretendía el pago de S/ 2,642.59 soles.”²⁹
(el subrayado es nuestro)

Añade la ENTIDAD en el mismo escrito de alegatos que:

“Sin embargo, el adeudo requerido por el Consorcio mediante la conciliación extrajudicial (y que ahora se encuentra en proceso judicial por la resistencia del Consorcio de no presentar su Factura conforme a ley, queriendo vincularlo al Contrato materia de este proceso arbitral) no puede ser materia de controversia en el presente proceso arbitral, no sólo porque está judicializado, sino fundamentalmente porque no forma parte del Contrato, de manera que la intención del Consorcio de vincularlo a

²⁸ Ver numerales 12 al 18 de las páginas 12 a la 14 del escrito de alegatos del CONTRATISTA presentado con fecha 5 de abril de 2017.

²⁹ Último y primer párrafo de las páginas 12 y 13, respectivamente, correspondientes al numeral 24 del escrito de alegatos de la ENTIDAD presentado el 7 de abril de 2017.

este Contrato para justificar el incumplimiento de levantar las observaciones, debe ser totalmente rechazada.”³⁰
(el subrayado es nuestro)

Ello además es corroborado en el Informe N° 442-2016-EF/43.03 de fecha 13 de julio de 2016, en el que el Director de la Oficina de Abastecimiento de la ENTIDAD señala que:

“(...) el Coordinador del área de infraestructura mediante Nota N° 368-2016-EF/AREA DE INFRAESTRUCTURA, señala que las actividades solicitadas en el Oficio N° 2144-2015-EF/43.03, referido a los seis puestos de trabajo, al no haberse realizado las acciones correspondientes para la aprobación del adicional conforme lo establece la normatividad (...) dentro del plazo de ejecución del Contrato (...) no se consideran como parte del citado contrato, precisando que la aplicación de penalidades no son por estas actividades, sino por el incumplimiento del Contrato ...”³¹
(el subrayado es nuestro)

Posición del Árbitro Único:

Como puede apreciarse de la lectura de la transcripción de la parte pertinente de los escritos citados precedentemente presentados por ambas partes, no existe controversia entre ellas en relación con el hecho que los trabajos adicionales referidos a la necesidad de incluir seis (6) puestos de trabajo adicionales a los inicialmente previstos en el CONTRATO, comunicados por la ENTIDAD al CONTRATISTA mediante Oficio N° 2144-2015-EF/43.03, notificado el 21 de diciembre de 2016, no formaron parte ni del CONTRATO ni de la Adenda suscrita el 28 de diciembre de 2015.

Por lo expuesto, corresponde que el Árbitro Único declare FUNDADA LA NOVENA PRETENSIÓN PRINCIPAL DEL CONTRATISTA, contenida en el NOVENO PUNTO CONTROVERTIDO, y, en ese sentido, DECLARE que la prestación referida a los seis (6) puestos de trabajo adicionales a los previstos en el Contrato N° 169-2015-EF/43.03/SAU para el acondicionamiento de las oficinas de la sede central del MEF comunicada por medio del Oficio N° 2144-2015-EF/43.03, no se encuentra dentro de las prestaciones del Contrato N° 169-2015-EF/43.03/SAU, ni de la Primera Adenda de fecha 28 de diciembre de 2015.

DÉCIMO PUNTO CONTROVERTIDO:

Relacionado con la Décima Pretensión Principal:

³⁰ Último del numeral 24 de la página 13 del escrito de alegatos de la ENTIDAD presentado el 7 de abril de 2017.

³¹ Último párrafo del numeral 2.4 de la página 14 del Informe N° 442-2016-EF/43.03 de fecha 13 de julio de 2016 elaborado por el Director de la Oficina de Abastecimiento y presentado adjunto al escrito de la ENTIDAD con fecha 7 de julio de 2017.

Determinar si corresponde o no “determinar que el Acta de Recepción de fecha 29 de enero de 2016 correspondiente al 2do piso del Edificio Central, suscrita unilateralmente y de manera arbitraria e irregular por la Entidad es ineffectiva (sic), invalida (sic) y/o carece de efectos para el Contrato N° 169-2015-EF/43.03/SAU”.

Posición del Árbitro Único:

Teniendo en consideración, conforme se ha señalado con motivo del análisis de la primera pretensión del CONTRATISTA, que la competencia del Árbitro Único está circunscrita a las controversias sometidas a su conocimiento por las partes en relación con el presente CONTRATO, que el Acta de Recepción de fecha 29 de enero de 2016 es absolutamente contradictoria con aquella emitida el 8 de enero de 2011, pues resulta jurídicamente imposible “recibir” a conformidad el mismo servicio dos (2) veces, y siendo que se ha concluido que la subsanación de las observaciones formuladas por la ENTIDAD al servicio prestado por el CONTRATISTA se realizó el 8 de enero de 2016 y que no corresponde la aplicación de penalidades, corresponde que el Árbitro Único declare FUNDADA LA DÉCIMA PRETENSIÓN PRINCIPAL DEL CONTRATISTA, contenida en el DÉCIMO PUNTO CONTROVERTIDO, y, en ese sentido, DECLARE que el Acta de Recepción de fecha 29 de enero de 2016 correspondiente al segundo piso del Edificio Central carece de efectos para el Contrato N° 169-2015-EF/43.03/SAU.

UNDÉCIMO PUNTO CONTROVERTIDO:

Relacionado con la Undécima Pretensión Principal:

Determinar si corresponde o no declarar que “en atención a que las prestaciones referidas a los seis (6) puestos de trabajo adicionales a lo inicialmente previsto en las oficinas que se acondicionaron en las oficinas de la sede central del MEF comunicada por medio del oficio 2144-2015-EF/43.03, no forman parte del Contrato N° 169-2015-EF/43.03/SAU, ni de la Primera Adenda de fecha 28 de diciembre de 2015, por lo que no se puede aplicar penalidad por dichas prestaciones”.

Posición del Árbitro Único:

Siendo que, con motivo del análisis de la novena pretensión del CONTRATISTA se ha concluido que la prestación referida a los seis (6) puestos de trabajo adicionales a los previstos inicialmente en el CONTRATO, comunicada por medio del Oficio N° 2144-2015-EF/43.03, no se encuentra dentro de las prestaciones del CONTRATO, incluida su Adenda de fecha 28 de diciembre de 2015, no corresponde la aplicación de penalidades por dichas prestaciones.

Ahora bien, debe tenerse presente que la ENTIDAD no ha sostenido haber imputado penalidades por la ejecución de los trabajos adicionales requeridos mediante Oficio N°

2144-2015-EF/43.03, razón por la que no existe controversia sobre este extremo de las pretensiones del CONTRATISTA.

En ese sentido, conforme se ha señalado precedentemente, en el Informe N° 442-2016-EF/43.03 de fecha 13 de julio de 2016, el Director de la Oficina de Abastecimiento de la ENTIDAD señala que:

“(…) el Coordinador del área de infraestructura mediante Nota N° 368-2016-EF/AREA DE INFRAESTRUCTURA, señala que las actividades solicitadas en el Oficio N° 2144-2015-EF/43.03, referido a los seis puestos de trabajo, al no haberse realizado las acciones correspondientes para la aprobación del adicional conforme lo establece la normatividad (...) dentro del plazo de ejecución del Contrato (...) no se consideran como parte del citado contrato, precisando que la aplicación de penalidades no son por estas actividades, sino por el incumplimiento del Contrato ...”³² (el subrayado es nuestro)

Por lo expuesto, corresponde que el Árbitro Único declare FUNDADA LA UNDÉCIMA PRETENSIÓN PRINCIPAL DEL CONTRATISTA, contenida en el UNDÉCIMO PUNTO CONTROVERTIDO, y, en ese sentido, DECLARE que no se puede aplicar penalidad por las prestaciones referidas a los seis (6) puestos de trabajo adicionales a lo inicialmente previsto comunicada por medio del oficio 2144-2015-EF/43.03.

QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO:

Relacionado con la Quinta Pretensión Principal:

Determinar si corresponde o no “reconocer las costas y costos del proceso Arbitral, así como otros en los cuales nuestra parte ha tenido que incurrir durante todo el tiempo que no se llegue a una solución y/o decisión firme ante la presente controversia surgida entre las partes”.

Posición del Árbitro Único:

Después de analizar los argumentos de ambas partes, así como las pruebas actuadas a lo largo de este proceso, el Árbitro Único realiza el estudio respecto al punto controvertido referido a determinar a quién y en qué proporción corresponde el pago de los costos, costas y gastos arbitrales, honorarios incurridos en la defensa y todos los gastos previstos en el artículo 70º de la Ley de Arbitraje - Decreto Legislativo N° 1071, que genere el presente proceso arbitral.

³² Último párrafo del numeral 2.4 de la página 14 del Informe N° 442-2016-EF/43.03 de fecha 13 de julio de 2016 elaborado por el Director de la Oficina de Abastecimiento y presentado adjunto al escrito de la ENTIDAD con fecha 7 de julio de 2017.

Sobre el particular, el artículo 70º del Decreto Legislativo N° 1071, dispone que el Tribunal Arbitral o Árbitro Único, según sea el caso, se debe pronunciar en el Laudo Arbitral sobre los costos del arbitraje comprendidos en dicho artículo. Asimismo, el numeral 1) del artículo 73º del citado cuerpo normativo señala que los árbitros deben tener presente, de ser el caso, lo pactado en el convenio arbitral; además, tal norma establece que si el convenio arbitral no contiene pacto alguno sobre los gastos, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida; sin embargo, el Árbitro Único podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estiman que el prorrato es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

A su turno, el artículo 59 del TUO del RSNA, aplicable al presente caso, establece lo siguiente:

“Artículo 59. Gastos del arbitraje y laudo

El Tribunal Arbitral deberá pronunciarse en el laudo sobre los gastos arbitrales, atendiendo a lo pactado por las partes en el convenio arbitral, en caso contrario, previa liquidación de la Secretaría del SNCA- CONSUCODE, decidirá a su entera discreción quien debe asumirlos o en que proporciones deben dichos gastos distribuirse entre las partes. (...)".

En relación con el acuerdo de las partes, es de apreciarse que en el convenio arbitral contenido en la Cláusula Décimo Octava del CONTRATO, las partes no han establecido pacto alguno acerca de los costos y costas del proceso arbitral, razón por la que corresponde que el Árbitro Único se pronuncie sobre este tema.

A efectos de asignar la carga por los gastos arbitrales, el Árbitro Único considera que resulta necesario tener en cuenta la naturaleza de los hechos que generaron la controversia, el comportamiento procesal de las partes y la causa que motivó el presente arbitraje, por lo que, atendiendo a ello, el Árbitro Único, dispone que cada parte debe asumir los gastos propios en que hubiere incurrido, siendo que los costos comunes del arbitraje, deberán ser asumidos por ambas en partes exactamente iguales, entendiéndose por comunes los honorarios del Árbitro Único, la Secretaría Arbitral y los demás gastos procedimentales.

En tal sentido, corresponde que el Árbitro Único declare FUNDADA EN PARTE LA QUINTA PRETENSIÓN PRINCIPAL DEL CONTRATISTA, contenida en el TERCER PUNTO CONTROVERTIDO, y, en ese sentido, DISPONGA que cada parte debe asumir los gastos propios en que hubiere incurrido, siendo que los costos comunes del arbitraje, deberán ser asumidos por ambas en partes exactamente iguales, entendiéndose por comunes los honorarios del Árbitro Único, la secretaría arbitral y los demás gastos procedimentales.

Ahora bien, atendiendo a que, en el presente proceso arbitral, los gastos arbitrales fueron asumidos íntegramente por el CONTRATISTA, conforme consta en la Resolución N° 3 de fecha 30 de enero de 2017, corresponderá que aquellos gastos que correspondían a la ENTIDAD y que fueron asumidos por el CONTRATISTA en vía de subrogación sean reembolsados más los respectivos intereses legales, los mismos que deberán contabilizarse desde la fecha efectiva de pago, vale decir, desde el 9 de enero de 2017.

XIII. **DECISIÓN FINAL:**

Que, finalmente, estando a los considerandos precedentes y siendo que no representa los intereses de ninguna de las partes y ejerce el cargo con estricta imparcialidad y absoluta discreción, así como que, en el desempeño de sus funciones, ha tenido plena independencia y no ha estado sometido a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones, gozando del secreto profesional; por lo que habiéndose agotado todas las etapas del proceso y no existiendo pretensión por analizar, el ÁRBITRO ÚNICO en Derecho y conforme a lo siguiente:

LAUDA:

PRIMERO: DECLARANDO FUNDADA LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DEL CONTRATISTA, contenida en el **PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO**, y, en consecuencia, **DISPONE** que se deje sin efecto el Oficio N° 0208-2016-EF/43.03 notificado el 4 de febrero de 2016 con el que se impuso al CONTRATISTA una penalidad por el importe de S/ 117,887.31 (Ciento Diecisiete Mil Ochocientos Ochenta y Siete con 31/100 Soles) por haber incurrido en 27 días de retraso en la culminación de las actividades del servicio.

SEGUNDO: DECLARANDO INFUNDADA LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL DEL CONTRATISTA, contenida en el **SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO**, y, en consecuencia, **DECLARA** que no corresponde que declarar que el CONTRATISTA llevó a cabo la ejecución de las actividades del contrato en forma diligente.

TERCERO: DECLARANDO FUNDADA LA TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DEL CONTRATISTA, contenida en el **TERCER PUNTO CONTROVERTIDO**, y, en consecuencia, **DISPONE** que la ENTIDAD efectúe la devolución de los montos descontados por las penalidades impuestas al CONTRATISTA a través de Oficio N° 0208-2016-EF/43.03 notificado el 4 de febrero de 2016, más los respectivos intereses legales correspondientes.

CUARTO: DECLARANDO TENER POR NO PRESENTADA la CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL DEL CONTRATISTA contenida en el **CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO**.

QUINTO: DECLARANDO FUNDADA LA SEXTA PRETENSIÓN PRINCIPAL DEL CONTRATISTA, contenida en el **SEXTO PUNTO CONTROVERTIDO**, y, en consecuencia, **DECLARA** que el Contrato N° 169-2015-EF/43.03/SAU ha finalizado el 8 de enero de 2016, en función de lo dispuesto en el Acta de Recepción del servicio correspondiente al Segundo Piso del Edificio Central, donde se da conformidad, se reconoce y verifica el cumplimiento del contrato, los planos y especificaciones sin observaciones, así como de conformidad con lo dispuesto en la Cláusula Décima del Contrato.

SEXTO: DECLARANDO FUNDADA LA SÉTIMA PRETENSIÓN PRINCIPAL DEL CONTRATISTA, contenida en el **SÉTIMO PUNTO CONTROVERTIDO**, y, en consecuencia, **DECLARA** que el Contrato N° 169-2015-EF/43.03/SAU fue culminado sin penalidad alguna de conformidad con las Actas de Recepción del servicio correspondientes al Octavo y Segundo Piso del Edificio Central de fechas 29 de diciembre de 2015 y 8 de enero de 2016, respectivamente.

SÉPTIMO: DECLARANDO FUNDADA LA OCTAVA PRETENSIÓN PRINCIPAL DEL CONTRATISTA, contenida en el **OCTAVO PUNTO CONTROVERTIDO**, y, en consecuencia, **DECLARA** que las prestaciones de la ejecución del Contrato N° 169-2015-EF/43.03/SAU son las establecidas en el apartado 5.1 de los Términos de Referencia de las Bases Integradas, así como lo establecido en la Primera Adenda de fecha 28 de diciembre de 2015.

OCTAVO: DECLARANDO FUNDADA LA NOVENA PRETENSIÓN PRINCIPAL DEL CONTRATISTA, contenida en el **NOVENO PUNTO CONTROVERTIDO**, y, en consecuencia, **DECLARA** que la prestación referida a los seis (6) puestos de trabajo adicionales a los previstos en el Contrato N° 169-2015-EF/43.03/SAU para el acondicionamiento de las oficinas de la sede central del MEF comunicada por medio del Oficio N° 2144-2015-EF/43.03, no se encuentra dentro de las prestaciones del Contrato N° 169-2015-EF/43.03/SAU, ni de la Primera Adenda de fecha 28 de diciembre de 2015.

NOVENO: DECLARANDO FUNDADA LA DÉCIMA PRETENSIÓN PRINCIPAL DEL CONTRATISTA, contenida en el **DÉCIMO PUNTO CONTROVERTIDO**, y, en consecuencia, **DECLARA** que el Acta de Recepción de fecha 29 de enero de 2016 correspondiente al segundo piso del Edificio Central carece de efectos para el Contrato N° 169-2015-EF/43.03/SAU.

DÉCIMO: DECLARANDO FUNDADA LA UNDÉCIMA PRETENSIÓN PRINCIPAL DEL CONTRATISTA, contenida en el **UNDÉCIMO PUNTO CONTROVERTIDO**, y, en consecuencia, **DECLARA** que no se puede aplicar penalidad por las prestaciones referidas a los seis (6) puestos de trabajo adicionales a lo inicialmente previsto comunicada por medio del oficio 2144-2015-EF/43.03.

UNDÉCIMO: DECLARANDO FUNDADA EN PARTE LA QUINTA PRETENSIÓN PRINCIPAL DEL CONTRATISTA, contenida en el **QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO**, y, en consecuencia, **DISPONE** que cada parte debe asumir los gastos propios en que hubiere incurrido, siendo que los costos comunes del arbitraje, deberán ser asumidos por ambas en partes exactamente iguales, entendiéndose por comunes los honorarios del Árbitro Único, la secretaría arbitral y los demás gastos procedimentales.

DUODÉCIMO: DISPONIENDO que aquellos gastos que correspondían a la ENTIDAD y que fueron asumidos por el CONTRATISTA en vía de subrogación sean reembolsados más los respectivos intereses legales, los mismos que deberán contabilizarse desde la fecha efectiva de pago, vale decir, desde el 9 de enero de 2017.

DÉCIMO TERCERO: FIJANDO los honorarios del Árbitro Único y los correspondientes a los servicios de administración en los montos que han sido previamente pagados por las partes.

DÉCIMO CUARTO: DISPONIENDO que la Secretaría Arbitral proceda notificar el presente laudo a las partes para los fines que corresponda.

Notifíquese a las partes.



NILO ADRIEL VIZCARRA RUIZ
Árbitro Único