

Arbitraje:

Consorcio Datco Perú S.A.C. - Interservices Consulting S.A. con Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria - SUNAT

LAUDO DE DERECHO

Laudo de Derecho que en la controversia surgida entre el Consorcio Datco Perú S.A.C. - Interservices Consulting S.A. con la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria - SUNAT, dicta el Tribunal Arbitral, doctores Gustavo De Vinatea Bellatín, José Talavera Herrera y Alan Carlos Alarcón Canchari.

Número de Expediente de Instalación: S-307-2016/SNA-OSCE

Demandante: Consorcio Datco Perú S.A.C. - Interservices Consulting S.A. (en lo sucesivo, el Consorcio).

Demandado: Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria - SUNAT (en lo sucesivo, Entidad)

Contrato: Contrato N° 007-2015-SUNAT/OB1200 Segunda convocatoria para la contratación de la provisión de la "Solución de Sistema Integrado de Gestión de Recursos Humanos"

Monto del Contrato: S/. 10'665,584.20

Cuantía de la Controversia: Indeterminada

Tipo y Número de Proceso de Selección: Adjudicación de Menor Cuantía N° 007-2015-SUNAT/8B1200-Segunda Convocatoria

Tribunal Arbitral: doctores Gustavo De Vinatea Bellatín, José Talavera Herrera y Alan Carlos Alarcón Canchari

Secretaría Arbitral: Dra. Karla Chuez - Secretaría Arbitral de la Dirección de Arbitraje Administrativo del OSCE – SNA OSCE

Monto de los honorarios de cada miembro del Tribunal: S/. 17,633.88

Monto de los honorarios de la Secretaría Arbitral: S/. 5,211.27

Fecha de emisión del laudo: 7 de enero de 2018

N° de Folios: 34

Pretensiones (controversias relacionadas a las siguientes materias):

- Nulidad, invalidez, inexistencia y/o ineficacia del contrato.
- Resolución del contrato.
- Ampliación del plazo contractual.
- Defectos o vicios ocultos.
- Formulación, aprobación o valorización de metrados.
- Recepción y conformidad.
- Liquidación y pago.
- Mayores gastos generales.

Indemnización por daños y perjuicios.

Enriquecimiento sin causa.

Adicionales y reducciones.

Adelantos.

Penalidades.

Ejecución de garantías.

Devolución de garantías.

Otros:

Arbitraje:

Consorcio Datco Perú S.A.C. – Interservices Consulting S.A. con Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria – SUNAT

ÍNDICE

I. ANTECEDENTES.....	3
II. LO ACTUADO EN EL PROCESO ARBITRAL	5
III. PUNTOS CONTROVERTIDOS DEL PROCESO	9
IV. COSTOS DEL PROCESO.....	10
V. DECLARACIONES PRELIMINARES.....	10
VI. ANÁLISIS DE LA MATERIA CONTROVERTIDA	11
PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO	11
SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO	11
TERCER PUNTO CONTROVERTIDO	26
CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO	26
QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO.....	31
VII. LAUDO	32

Arbitraje:

Consorcio Datco Perú S.A.C. – Interservices Consulting S.A. con Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria – SUNAT

Resolución N° 6

En Lima, a los 14 días del mes de diciembre de 2018, realizadas las actuaciones arbitrales de conformidad con la ley y las normas establecidas por las partes, escuchados los argumentos del Consorcio y la Entidad este Tribunal Arbitral dicta el presente Laudo de Derecho.

I. ANTECEDENTES:

- 1.1. El 27 de mayo de 2015, las partes celebraron el Contrato N° 007-2015-SUNAT/OB1200 Segunda convocatoria para la contratación de la provisión de la "Solución de Sistema Integrado de Gestión de Recursos Humanos" (en adelante, el Contrato).
- 1.2. La Cláusula Décima Novena del Contrato dispone que:

"Cualquiera de las partes tiene el derecho a iniciar el arbitraje administrativo a fin de resolver las controversias que se presente durante la etapa de ejecución contractual dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 144º, 170º, 175º, 176º, 177º Y 181º de EL REGLAMENTO o, en su defecto, en el artículo 52º 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 214º, de EL REGLAMENTO

Todos los conflictos que deriven de la ejecución e interpretación del presente contrato, incluidos los que se refieran a su nulidad e invalidez, serán resueltos de manera definitiva e inapelable mediante arbitraje de derecho, de conformidad con lo establecido en la normativa de contrataciones del Estado, bajo la organización y administración de los órganos del Sistema

Arbitraje:

Consorcio Datco Perú S.A.C. – Interservices Consulting S.A. con Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria – SUNAT

Nacional de Arbitraje del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) y de acuerdo con su Reglamento. El Laudo arbitral emitido es definitivo e inapelable, tiene el valor de cosa juzgada y se ejecuta como una sentencia".

- 1.3. Respecto a lo anteriormente señalado, el 10 de noviembre de 2016, el Consorcio interpuso demanda arbitral contra la Entidad ante el SNA OSCE, subsanándola mediante escrito del 12 de diciembre de 2016. El expediente arbitral de la presente causa fue signado con el Nº S 307-2016/SNA-OSCE.
- 1.4. La Secretaría Arbitral del SNA OSCE, corrió traslado a la Entidad de la demanda arbitral del Consorcio, la misma que fue debida y oportunamente contestada por parte de ésta el 7 de febrero de 2017, subsanando su contestación a través del escrito del 6 de marzo de 2017.
- 1.5. Con fecha 29 de enero de 2018, en la sede institucional del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE, el Tribunal Arbitral, los representantes de ambas partes, conjuntamente con la Dra. Karla Andrea Chuez Salazar, profesional de la Subdirección de Asuntos Administrativos Arbitrales, en representación de la Dirección de Arbitraje Administrativo del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado-OSCE, participaron en la Audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral, en ese mismo acto el Colegiado ratificó su aceptación al cargo, señalando que no tiene ninguna incompatibilidad ni compromiso alguno con las partes, obligándose a desempeñar con imparcialidad y probidad la labor encomendada; expresando a la parte asistente su conformidad con la designación realizada, manifestando que al momento de la realización de dicha audiencia no tiene conocimiento de alguna causa que pudiera motivar una recusación.
- 1.6. Asimismo, en esta Audiencia, a la que en lo sucesivo nos referiremos como el "Acta de Instalación", el Tribunal Arbitral fijó las normas

Arbitraje:

Consortio Datco Perú S.A.C. – Interservices Consulting S.A. con Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria – SUNAT

aplicables al presente proceso arbitral, las mismas que comprenden a la Ley de Contrataciones del Estado aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1017, modificado por la Ley N° 28793 y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF, modificado por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF.

II. LO ACTUADO EN EL PROCESO ARBITRAL

- 2.1. Como se ha señalado en los numerales precedentes, dentro del marco del procedimiento y reglas establecidas en el SNA-OSCE, el Consorcio presentó su escrito de demanda arbitral el 10 de noviembre de 2016, subsanándola mediante escrito del 12 de diciembre de 2016, solicitando el reconocimiento de sus pretensiones, para lo cual ofreció los medios probatorios que tuvo a bien detallar y adjuntar a dicho escrito.
- 2.2. La Secretaría Arbitral del SNA-OSCE corrió debido traslado de la demanda arbitral a la Entidad, para que dentro de los diez (10) días hábiles luego de notificada con la demanda, presente su contestación a la misma y, de considerarlo conveniente, formule en el mismo acto reconvenCIÓN; ofreciendo los medios probatorios que respalden su posición. Lo cual cumplió mediante escrito del 7 de febrero de 2017, subsanando su contestación a través del escrito del 6 de marzo de 2017.
- 2.3. Luego, mediante Resolución N° 2 del 2 de mayo de 2018, se citó a las partes a la Audiencia de Saneamiento Procesal, Conciliación, Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios e Ilustración para el 12 de junio de 2018 a las 4:30 pm, en la sede del arbitraje, ubicada en Edificio El Regidor N° 108, Residencial San Felipe, distrito de Jesús María, Provincia y Departamento de Lima.
- 2.4. El dicha fecha, contando con la asistencia del Tribunal Arbitral, la Secretaría Arbitral y los representantes de ambas partes, se llevó a cabo la Audiencia de Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de

Arbitraje:

Consorcio Datco Perú S.A.C. – Interservices Consulting S.A. con Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria – SUNAT

Medios Probatorios. En este acto, se determinaron los siguientes puntos controvertidos:

1. Primera pretensión principal: Determinar si corresponde o no "Que el Tribunal Arbitral declare la ilegalidad de la penalidad, y, en consecuencia, deje sin efecto la penalidad aplicada por SUNAT por el atraso en la actividad N° 03 (...)".
2. Pretensión accesoria a la primera pretensión principal: Determinar si corresponde o no "Que el Tribunal Arbitral declare que la penalidad aplicable por el atraso en la entrega de la Actividad N° 3 debe ser de S/356460.46 (...)".
3. Pretensión subordinada a la primera pretensión principal: Determinar si corresponde o no "Que en el supuesto y negado caso que se declaren infundadas la primera pretensión principal y su pretensión accesoria, que el Tribunal Arbitral ordene a la SUNAT que recalcule la penalidad considerando un atraso de treinta y cuatro (34) días calendario (...)"
4. Pretensión alternativa a la pretensión subordinada a la primera pretensión principal: Determinar si corresponde o no "Que el Tribunal Arbitral apruebe el cálculo de la penalidad hecho por el Consorcio considerando el atraso reconocido por SUNAT de treinta y cuatro (34) días calendario y la penalidad diaria calculada por la Entidad (S/14258.42)." 
5. Segunda pretensión principal: Determinar si corresponde o no: "Que la Entidad asuma los gastos arbitrales del presente proceso". 

Acto seguido, se procedió a admitir los medios probatorios documentales ofrecidos por ambas partes, conforme al siguiente detalle:

Arbitraje:

Consorcio Datco Perú S.A.C. – Interservices Consulting S.A. con Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria – SUNAT

DEL CONSORCIO:

Los medios probatorios documentales ofrecidos por el Consorcio en el extremo de su demanda denominado "VII. Medios Probatorios", lista de documentos del 1 al 6.

DE LA ENTIDAD:

Los medios probatorios documentales ofrecidos por la Entidad en el extremo de la contestación de la demanda denominado "B. Presentamos los siguientes medios Probatorios", lista de documentos del 1 al 14.

Adicionalmente, atendiendo que todos los medios probatorios son de actuación inmediata, concretamente instrumentales, el Tribunal Arbitral declaró concluida la etapa probatoria, en ese sentido, se otorgó a las partes un plazo de diez (10) días hábiles, para la presentación de alegatos y se citó a las partes al Informe oral a llevarse a cabo el 10 de julio de 2018 a las 3:00 pm.

- 2.5. Ante ello, mediante escrito del 26 de junio de 2018, el Consorcio presentó sus alegatos. Por su parte, mediante escrito del 3 de julio de 2018, la Entidad solicitó la reprogramación de la Audiencia de Informes Orales.
- 2.6. En ese sentido, mediante Resolución N° 3 del 10 de julio de 2018, se tuvieron por presentados los alegatos del Consorcio y se dejó constancia de que la Entidad no presentó los suyos. Finalmente, se accedió a lo solicitado por la Entidad, reprogramándose la Audiencia de Informes Orales para el 06 de agosto de 2018 a las 4:30 pm.

Arbitraje:

Consortio Datco Perú S.A.C. – Interservices Consulting S.A. con Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria – SUNAT

- 2.7. Es así que, el día 6 de agosto de 2018, reunidos las miembros del Tribunal Arbitral, la Secretaría Arbitral y ambas partes, se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales, otorgándole el uso de la palabra a cada una, a fin de que exponga sus argumentos de defensa. Asimismo, se les concedió a las partes un plazo de diez (10) días hábiles, a fin de que complementen sus argumentos y presenten la documentación que estimen necesaria, vencido el cual se fijará en resolución posterior el plazo para laudar.
- 2.8. Al respecto, mediante el 6 de agosto de 2018, la Entidad expuso los fundamentos jurídicos por los cuales considera debe declararse infundadas las pretensiones del demandante, lo que mediante Resolución N° 4 del 5 de noviembre de 2018 se tuvo presente. Asimismo, se fijó el plazo para laudar en veinte (20) días hábiles, computado a partir del día siguiente de haber sido notificada la presente resolución a ambas partes, el mismo que podrá ser prorrogado por quince (15) días hábiles adicionales, que se computarán desde la fecha de vencimiento del primer plazo.
- 2.9. En su sentido por lo que, mediante Resolución N° 14 del 25 de agosto de 2016, se tuvieron presente los escritos presentados por las partes, en lo que fuera de ley.
- 2.10. Posteriormente, mediante, Resolución N° 20 del 30 de noviembre de 2017, el Tribunal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 49º del Texto Único Ordenado del Reglamento del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje del OSCE, fijó el plazo para laudar en veinte (20) días hábiles, computado a partir del día siguiente de haber sido notificada la Resolución N° 20 a ambas partes, el mismo que podrá ser prorrogado por quince (15) días hábiles adicionales, que se computarán desde la fecha de vencimiento del primer plazo.

Arbitraje:

Consorcio Datco Perú S.A.C. – Interservices Consulting S.A. con Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria – SUNAT

- 2.11. Finalmente, mediante Resolución N° 5 del 4 de diciembre de 2018, se prorrogó el plazo para laudar en quince (15) días hábiles adicionales, computados a partir de finalizado el primer plazo.

III. PUNTOS CONTROVERTIDOS DEL PROCESO

- 3.1. Atendiendo a las pretensiones formuladas en la demanda y la posición de la Entidad, el Tribunal Arbitral fijó los siguientes puntos controvertidos:
1. Primera pretensión principal: Determinar si corresponde o no "Que el Tribunal Arbitral declare la ilegalidad de la penalidad, y, en consecuencia, deje sin efecto la penalidad aplicada por SUNAT por el atraso en la actividad N° 03 (...)".
 2. Pretensión accesoria a la primera pretensión principal: Determinar si corresponde o no "Que el Tribunal Arbitral declare que la penalidad aplicable por el atraso en la entrega de la Actividad N° 3 debe ser de S/356460.46 (...)".
 3. Pretensión subordinada a la primera pretensión principal: Determinar si corresponde o no "Que en el supuesto y negado caso que se declaren infundadas la primera pretensión principal y su pretensión accesoria, que el Tribunal Arbitral ordene a la SUNAT que recalcule la penalidad considerando un atraso de treinta y cuatro (34) días calendario (...)"
 4. Pretensión alternativa a la pretensión subordinada a la primera pretensión principal: Determinar si corresponde o no "Que el Tribunal Arbitral apruebe el cálculo de la penalidad hecho por el Consorcio considerando el atraso reconocido por SUNAT de treinta y cuatro (34) días calendario y la penalidad diaria calculada por la Entidad (S/14258.42)." 

Arbitraje:

Consorcio Datco Perú S.A.C. – Interservices Consulting S.A. con Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria – SUNAT

5. Segunda pretensión principal: Determinar si corresponde o no: "Que la Entidad asuma los gastos arbitrales del presente proceso".

IV. COSTOS DEL PROCESO

- 4.1. De conformidad con lo establecido en el literal i) del numeral 8.1.4. de la Directiva N° 24-2016 "Reglamento del Régimen Institucional de Arbitraje Subsidiario en Contrataciones del Estado a cargo del OSCE", la Secretaría Arbitral del SNA —OSCE procedió a elaborar la liquidación de los gastos arbitrales (honorarios profesionales del Tribunal Arbitral y gastos administrativos de la Secretaría Arbitral), los mismos que fueron establecidos en S/. 5,877.96 netos para cada miembro del Tribunal Arbitral; y, S/. 5,211.27 para la Secretaría Arbitral del SNA OSCE. Importes que debían pagar las partes en proporciones iguales.
- 4.2. Mediante Resolución N° 2 se tuvo por acreditado el pago de los honorarios arbitrales en su totalidad, por parte del Consorcio.

V. DECLARACIONES PRELIMINARES

- 5.1. Antes de analizar la materia controvertida, corresponde remarcar lo siguiente:
- (i) El Consorcio interpuso su demanda dentro del plazo previsto, ofreciendo las pruebas correspondientes.
- (ii) La Entidad fue debidamente emplazada con la demanda, habiéndola contestado oportunamente.
- (iii) El Tribunal Arbitral se ha instalado de conformidad con las normas que regulan la contratación estatal y con la conformidad de las partes.

Arbitraje:

Consorcio Datco Perú S.A.C. – Interservices Consulting S.A. con Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria – SUNAT

- (iv) Las partes han tenido plena oportunidad para ofrecer sus pruebas.
- (v) Se han analizado todas las afirmaciones y todas las pruebas admitidas en el proceso, otorgándoles el mérito que les corresponde aun cuando no se haga mención expresa de ellas en este Laudo.
- (vi) El presente Laudo de Derecho se emite dentro del plazo previsto en el Acta de Instalación.

VI. ANÁLISIS DE LA MATERIA CONTROVERTIDA

- 6.1. Corresponde al Tribunal Arbitral pronunciarse a los puntos controvertidos determinados en el presente arbitraje.

PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO

Primera pretensión principal: Determinar si corresponde o no “Que el Tribunal Arbitral declare la ilegalidad de la penalidad, y, en consecuencia, deje sin efecto la penalidad aplicada por SUNAT por el atraso en la actividad N° 03 (...).”.

SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO

Pretensión accesoria a la primera pretensión principal: Determinar si corresponde o no “Que el Tribunal Arbitral declare que la penalidad aplicable por el atraso en la entrega de la Actividad N° 3 debe ser de S/356460.46 (...).”.

POSICIÓN DEL CONSORCIO

- 6.2. El Consorcio señala que el 27 de mayo de 2015, junto a la Entidad suscribieron el Contrato; luego con Carta N° 1729-2016-SUNAT/8B1300 del 09 de septiembre de 2016, la Entidad comunicó al Consorcio la

Arbitraje:

Consorcio Datco Perú S.A.C. – Interservices Consulting S.A. con Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria – SUNAT

aplicación de una penalidad ascendente a la suma de S/. 826,988.36 (Ochocientos Veintiséis Mil Novecientos Ochenta y Ocho con 36/100 Soles), por atraso en la entrega de la Actividad Nº 03.

- 6.3. Luego, a través de la Carta Nº 0061-092016 del fecha 15 de septiembre de 2016, el Consorcio comunicó a la Entidad que la penalidad aplicada mediante Carta Nº 1729- 2016 SUNAT/8B1300, transgrede el límite máximo de penalidad establecido en el artículo 165º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, pues es mayor al 10% del monto de la prestación parcial que debió ejecutarse.
- 6.4. Asimismo, el Consorcio indica que, mediante Carta Nº 1812-2016-SUNAT/8B1300, de fecha 21 de septiembre de 2016, la Entidad señaló que "*el proceso de migración iniciado el 13.06.2016 y que culminó el 06.07.2016, no ha sido considerado como parte del cómputo del plazo en exceso incurrido por vuestra representada en el cumplimiento de la prestación principal del tercer entregable.*"
- 6.5. Es así que, el 29 de septiembre de 2016, el Consorcio presentó su solicitud de conciliación a fin de solucionar la controversia con la Entidad relativa al monto de la penalidad aplicada por concepto de atraso en la presentación de la Actividad Nº 03.
- 6.6. Así los hechos, el Consorcio afirma que la Entidad contravino el Principio de Legalidad, al calcular y aplicar mal una penalidad al Consorcio transgrediendo lo establecido en el artículo 165º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo Nº 184-2008-EF; en el Contrato Nº 211-2015/SUNAT-COMPRA VENTA (Prestación Principal) derivado de la Adjudicación de Menor Cuantía Nº 0007-2015-SUNAT/8B1200, Segunda Convocatoria; y, en las Bases.

Arbitraje:

Consorcio Datco Perú S.A.C. – Interservices Consulting S.A. con Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria – SUNAT

- 6.7. El Consorcio señala que, en palabras de Juan Carlos Morón Urbina¹, según este Principio "los agentes públicos deben fundar todas sus actuaciones - decisorias o consultivas - en la normativa vigente", es decir, el principio de legalidad es un "principio de sujeción de la Administración a la legislación" que "exige que la certeza de validez de toda acción administrativa dependa de la medida en que pueda referirse a un precepto jurídico o que partiendo desde éste, pueda derivársele como su cobertura o desarrollo necesario".
- 6.8. Asimismo, el artículo 165º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, establece que: "En caso de retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la Entidad le aplicará al contratista una penalidad por cada día de atraso, hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente o, de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse. (...) Tanto el monto como el plazo se refieren, según corresponda, al contrato o ítem que debió ejecutarse, o en caso de que estos involucraran obligaciones de ejecución periódica a la prestación parcial que fuera materia de retraso".
- 6.9. En ese sentido, el Consorcio considera que, al aplicar una penalidad sin tener en consideración el monto máximo de la penalidad que por norma expresa le estaba permitido aplicar al Consorcio, de conformidad con lo dispuesto en el artículo citado, la Entidad ha contravenido el Principio de Legalidad pues dicha norma establecía cómo debía proceder para aplicar una penalidad y cuál era el máximo que podía aplicar.
- 6.10. Por lo tanto, cuando con Carta N° 1729-2016-SUNAT/8B1300, la Entidad comunica que aplicará una penalidad por la suma de S/. 826,988.36 (Ochocientos Veintiséis Mil Novecientos Ochenta y Ocho con 36/100

¹ Morón Urbina, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Gaceta

Arbitraje:

Consorcio Datco Perú S.A.C. – Interservices Consulting S.A. con Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria – SUNAT

Soles), donde en el cuadro adjunto se precisa que el monto correspondiente a la Actividad N° 03 es de S/. 3'564,604.62, resulta evidente que la penalidad calculada supera largamente el límite máximo de penalidad aplicable establecido en la norma, pues los S/. 826,988.36 calculados en virtud de un supuesto atraso de cincuenta y ocho (58) días calendario, representan el 23.20% de S/ 3'564,604.62 (monto de la actividad N° 03). Es decir, el monto calculado por la Entidad supera el 10% del monto del ítem o de la prestación parcial que debió ejecutarse.

- 6.11. Al respecto, el Consorcio precisa que tanto las Bases como el Contrato reconocen el límite máximo de la penalidad aplicable equivalente al 10% del monto del ítem o de la prestación parcial que debió ejecutarse.
- 6.12. En lo que respecta a las Bases, en la página 12 estas establecen que:

"3.7. DE LAS PENALIDADES E INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO

Las penalidades por retraso injustificado en la entrega del bien requerido y las causales para la resolución del contrato, serán aplicadas de conformidad con los artículos 165 y 168 del Reglamento, respectivamente".

- 6.13. Asimismo, en su página 45 establecen lo siguiente:

"12. PENALIDAD

a. Penalidades por Mora

En el caso de retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la SUNAT le aplicará al contratista una penalidad por cada día de atraso, hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente.

(...)

Arbitraje:

Consorcio Datco Perú S.A.C. – Interservices Consulting S.A. con Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria – SUNAT

La penalidad por mora se encuentra establecida dentro de los alcances del artículo 165º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (...)".

- 6.14. Por ende, en opinión del Consorcio, al reconocer la aplicación del artículo 165º del Reglamento, las Bases establecerían la obligación de aplicar la penalidad máxima según el monto del ítem que debió ejecutarse, ello en virtud del Principio de Razonabilidad que rige las contrataciones del Estado, pues no resultaría acorde con dicho Principio calcular una penalidad en virtud del monto total del contrato cuando éste contempla pagos por avances en la prestación del servicio.
- 6.15. Por su parte, el Contrato sería más preciso al hacer referencia expresa a la obligación de aplicar el límite máximo de penalidad reconocido en el artículo 165º del Reglamento. Así, la Cláusula Décimo Quinta, establece que:

"CLÁUSULA DÉCIMO QUINTA: PENALIDADES

Si EL CONSORCIO incurre en retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, LA SUNAT le aplicará una penalidad por cada día de atraso, hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente o, de ser el caso, del monto del ítem que debió ejecutarse, en concordancia con el artículo 165º de EL REGLAMENTO.

(...)

Tanto el monto como el plazo se refieren, según corresponda, al contrato o ítem que debió ejecutarse o, en caso que éstos involucraran obligaciones de ejecución periódica, a la prestación parcial que fuera materia de retraso."

- 6.16. En ese sentido, para el Consorcio, el error en el cálculo de la penalidad aplicable radica en haber soslayado el límite máximo para la aplicación de penalidad por ítem o por la prestación parcial (10% del monto de la

Arbitraje:

Consorcio Datco Perú S.A.C. – Interservices Consulting S.A. con Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria – SUNAT

Actividad N° 03) reconocido tanto en la Ley, las Bases y el Contrato. Por lo tanto, al configurarse la contravención del Principio de Legalidad, la aplicación de esa penalidad es ilegal y debería ser dejada sin efecto por el Tribunal Arbitral.

- 6.17. Asimismo, el Consorcio considera que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 165º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, corresponde determinar cuál es el monto de la penalidad que debe aplicarse por el atraso incurrido por el Consorcio.
- 6.18. Pues bien, si conforme lo ha señalado SUNAT en la Carta N° 1729-2016-SUNAT/8B1300 el monto correspondiente a la Actividad N° 03 es de S/ 3'564,604.62 (Tres Millones Quinientos Sesenta y Cuatro Mil Seiscientos Cuatro con 62/100 Soles) y el monto máximo de penalidad aplicable sólo puede ser el 10% de dicho monto, entonces el monto aplicable al Consorcio por atraso en la entrega de la Actividad N° 03 debe ser de S/. 356,460.46 (Trescientos Cincuenta y Seis Mil Cuatrocientos Sesenta con 46/100 Soles).

POSICIÓN DE LA ENTIDAD

- 6.19. La Entidad señala que el Consorcio debía desarrollar un proyecto informático en el cual crearía un software para la Entidad, además, debía implementarlo. Al respecto, la Entidad agrega que, el proyecto tenía establecido fechas de las distintas actividades que debía cumplir el Consorcio para entregar en el plazo pactado dicha prestación.
- 6.20. Así, la Entidad afirma que, el Consorcio no habría cumplido con los plazos de la actividad N° 03, incurriendo en una demora injustificada de 58 días calendarios. Sobre este punto, la Entidad resalta que el Consorcio en ninguna parte de la demanda y el presente proceso se encuentra cuestionando la demora, pues ésta existió, sino que, bajo su

Arbitraje:

Consorcio Datco Perú S.A.C. – Interservices Consulting S.A. con Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria – SUNAT

interpretación de la norma, pretende el monto de la penalidad disminuya.

- 6.21. En ese sentido, respecto a que la penalidad aplicada por la Entidad no ha respetado el límite establecido por la norma, la Entidad observa que, en ninguna parte de la demanda el Consorcio hace referencia en que parte de la norma sustenta tal argumento, pues solo se ha limitado a copiar párrafos del artículo 165º del antiguo Reglamento.
- 6.22. La Entidad considera que, para el Consorcio cuando la referida norma señala "hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente o, de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse", de este último se debería entender que se refiere a los pagos parciales o a prestaciones parciales.
- 6.23. De la misma forma, el Consorcio habría copiado el tercer párrafo que señala "tanto el monto como el plazo se refieren, según corresponda, al contrato o ítem que debió ejecutarse, o en el caso de que estos involucraran obligaciones de ejecución periódica a la prestación parcial que fuera materia de retraso". Al respecto, la Entidad señala que, lo expuesto por el Consorcio es que el Contrato es por ítems y que el ítem tendría que ser el pago de la Actividad N° 03, o, sino que ésta es una prestación parcial.
- 6.24. Para la Entidad, lo cierto sería que ítem no es una prestación parcial, este no sería un contrato que tenga prestaciones parciales, no obstante, ello inclusive en los contratos con prestaciones parciales el límite de la aplicación de la penalidad es el 10% del contrato. No existe un límite que esté relacionado con el monto de la prestación parcial.
- 6.25. Asimismo, la Entidad considera que la norma establece que el límite para la aplicación de la penalidad es el 10% del monto del contrato vigente, o cuando se diera el caso, el monto del ítem que debió

Arbitraje:

Consorcio Datco Perú S.A.C. – Interservices Consulting S.A. con Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria – SUNAT

ejecutarse. Esta última precisión de la norma se pone en el supuesto de encontrarnos ante un solo contrato que se haya derivado de un proceso por relación de ítems. Ese ítem es un proceso menor e independiente dentro de un proceso principal y, como tal, le son aplicables las reglas generales del proceso principal del cual forman parte. Una vez que se declare consentida la buena pro, cada ítem constituye una relación contractual distinta.

- 6.26. Podría ser el caso, que un mismo proveedor pueda adjudicarse 2 o más ítems, siendo así la norma establece la posibilidad de suscribir un solo contrato diferenciando los ítems, que tendrán sus propias condiciones y obligaciones para las partes. Es en este caso donde, evidentemente, el límite de la aplicación de la penalidad es el 10% del ítem que debió ejecutarse, pues el ítem es una relación contractual distinta a las otras. Por ello, la Entidad sostiene que lo expuesto por el Consorcio sería ilegal, porque el ítem, no es una prestación parcial, menos se refiere a avances de pago de la prestación.

- 6.27. En relación al tercer párrafo del artículo 165º del Reglamento, la Entidad señala que, en ningún extremo dispone que el límite del 10% del contrato existe en base a una prestación parcial. La norma primero establecería una fórmula que debe aplicarse, el párrafo siguiente da indicaciones respecto como reemplazar los valores de dicha fórmula, haciendo una diferencia en el caso que el contrato se ejecute mediante prestaciones parciales cuando se reemplaza los valores "monto" y "plazo" tendrán que ser los que corresponde a la de la prestación parcial que se retrasó. No dice que el límite sea el 10% de dicha prestación parcial.

- 6.28. Ahora, el presente contrato no tiene prestaciones periódicas, la obligación principal es única, se trata de crear un software para la Entidad, el mismo que se materializaría diseñando un proyecto donde se definen las actividades que el Consorcio debe cumplir para la

Arbitraje:

Consorcio Datco Perú S.A.C. – Interservices Consulting S.A. con Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria – SUNAT

ejecución oportuna de la prestación. En el contrato se establecieron 4 actividades en general que se encontraban definidas en la cláusula sexta del contrato. Asimismo, cada actividad se encontraba conformada por distintas tareas que el Consorcio debía ejecutar con la finalidad de entregar la solución integral (software).

- 6.29. Es así que, la Entidad considera que no es correcto señalar que dichas actividades son prestaciones parciales, pues no son prestaciones individuales que se deban ejecutar en forma continua durante el tiempo que dure el contrato. Cada actividad del proyecto se ejecuta solo una vez y con el único objetivo de culminar con la prestación principal que es la entrega del software. No tienen incidencia alguna que la Entidad haya acordado pagar por el avance de éstas.
- 6.30. La Entidad agrega que existe un solo límite para la aplicación de la penalidad establecida en la norma, y es el 10% del monto de ejecución del contrato, independientemente de si el contrato es de ejecución continua o periódica (prestación parcial), con lo que, quedaría demostrado que la aplicación de la penalidad se encuentra conforme la normativa de contratación estatal, y no existe fundamento para declararse nula ni inválida.

POSICIÓN TRIBUNAL ARBITRAL:

- 6.31. De lo expuesto por el Consorcio, este Tribunal Arbitral advierte que su posición se sostiene en que la Entidad le habría aplicado una penalidad en la ejecución del Entregable N° 3 del Contrato, que supera el límite establecido en la norma, lo cual se ampara en dos hechos: **1)** el Contrato se ejecuta por ítems; y, **2)** la aplicación de la penalidad debe hacerse hasta por el 10% del monto del Contrato, o en este caso, hasta por el 10% del monto del ítem a ejecutarse.

Arbitraje:

Consorcio Datco Perú S.A.C. – Interservices Consulting S.A. con Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria – SUNAT

- 6.32. Ante ello, la Entidad considera que: **1)** en ningún extremo del Contrato se ha establecido que este sea de prestaciones parciales o por ítems; sino que, su ejecución se ha dividido en entregables, es decir, el objeto del Contrato se ejecutaría en partes sin que estas constituyan obligaciones independientes; y, **2)** el límite para la aplicación de la penalidad establecida en la norma es el 10% del monto de ejecución del contrato, independientemente de si el contrato es de ejecución continua o periódica (prestación parcial).
- 6.33. En ese sentido, este Tribunal Arbitral considera pertinente revisar los dos hechos antes descritos, ello a efectos de determinar si la Entidad habría aplicado la penalidad al Contratista incorrectamente.
- 6.34. Respecto a **si el Contrato es o no uno de ejecución por ítems**, debemos traer a colación lo establecido en el artículo 19º del Reglamento:

"Artículo 19º.- Tipos de Selección:

(...)

Mediante el proceso de selección según relación de ítems, la Entidad, teniendo en cuenta la viabilidad económica, técnica y/o administrativa de la vinculación, podrá convocar en un solo proceso la contratación de bienes, servicios u obrar distintas pero vinculadas entre sí con montos individuales superiores a tres (3) UIT. **A cada caso les serán aplicables las reglas correspondientes al proceso principal, con las excepciones previstas en el presente Reglamento, respetándose el objeto y monto de cada ítem".**

- 6.35. Asimismo, OSCE² ya ha establecido que, los ítems constituyen relaciones jurídicas independientes, mientras que, las prestaciones parciales que deben cumplirse en un contrato de ejecución periódica forman parte de una sola relación jurídica. Por tanto, cuando la normativa de contrataciones del Estado menciona los términos "ítem" y "prestación

² Opinión 197-2015/DTN

Arbitraje:

Consorcio Datco Perú S.A.C. – Interservices Consulting S.A. con Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria – SUNAT

parcial", se refiere a dos figuras que no revisten las mismas características.

- 6.36. De lo expuesto procedentemente, se desprende que en los procesos de contratación por ítem se debe asignar un objeto y monto a cada ítem, pues son relaciones jurídicas independientes.
- 6.37. Al respecto, este Tribunal Arbitral se remite a lo establecido en la segunda cláusula del Contrato:

CLÁUSULA SEGUNDA: OBJETO

El presente contrato tiene por objeto la provisión de la "Solución de Sistema Integrado de Gestión de Recursos Humanos" correspondiente a la Prestación Principal, conforme a las Especificaciones Técnicas, con las características técnicas ofertadas en su Propuesta Técnica y lo señalado en las Bases del Referido Proceso de selección, que forman parte integrante del Contrato, conforme al siguiente detalle:

Ítem	Prestación	Descripción	Cantidad
Único	Prestación Principal	<p>Solución de un sistema integrado de Gestión de Recursos Humanos (SGRRHH).</p> <p>Incluye:</p> <ul style="list-style-type: none">• Licencias de la Solución ofertada• Implementación de la solución ofertada• Revisión y evaluación de los actuales procesos y procedimientos de la gestión de recursos humanos.• Mejora y propuesta de nuevos procesos y procedimientos basados en buenas prácticas y adaptadas a la solución ofertada.• Análisis, personalización, ajustes, configuración e implementación del software ofertado.• Pruebas a la solución ofertada.• Procesos de migración• Primer grupo de implementación,• Segundo grupo de implementación,• Soporte post implementación.• Capacitación	01

Queda entendido que **EL CONSORCIO** no podrá alterar, modificar ni sustituir las características técnicas, señaladas en sus propuestas Técnica y Económica respectivamente, presentadas con motivo del referido proceso de selección, que forman parte integrante del Contrato.

Asimismo, observamos que en la tercera cláusula del Contrato se estableció lo siguiente:

Arbitraje:

Consorcio Datco Perú S.A.C. – Interservices Consulting S.A. con Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria – SUNAT

CLAUSULA TERCERA: MONTO CONTRACTUAL

El monto total del presente contrato asciende a S/. 10 665 584,20 (Diez Millones Seiscientos Sesenta y Cinco Mil Quinientos Ochenta y Cuatro y 20/100 Nuevos Soles) e incluye IGV, según el siguiente detalle:

Ítem	Prestación	Descripción	Cantidad	Total
Único	Prestación Única	Solución de un sistema integrado de Gestión de Recursos Humanos (SGRRHH). Incluye: <ul style="list-style-type: none">• Licencias de la Solución ofrecida <i>Implementación de la solución ofrecida</i>• Revisión y evaluación de los actuales procesos y procedimientos de la gestión de recursos humanos.• Mejora y propuesta de nuevos procesos y procedimientos basados en buenas prácticas y adaptadas a la solución ofrecida.• Análisis, personalización, ajustes, configuración e implementación del software ofrecido.• Pruebas a la solución ofrecida.• Procesos de migración• Primer grupo de implementación,• Segundo grupo de implementación.• Soporte post implementación.• Capacitación	01	S/. 10 665 584,20

Este monto comprende el costo del bien, transporte hasta el punto de entrega, seguro e impuesto, así como todo aquello que sea necesario para la correcta ejecución de la prestación materia del presente contrato, de modo que en ningún caso LA SUNAT quedará obligada a pagos adicionales al fijado en la presente cláusula.

- 6.38. De lo citado claramente se advierte que tanto en el objeto, como en el monto contractual se ha considerado que este Contrato es de ítem único. Precisando que el monto a pagar es por la ejecución de toda la prestación.
- 6.39. Ahora, la cláusula cuarta del Contrato establece lo siguiente:

Arbitraje:

Consorcio Datco Perú S.A.C. – Interservices Consulting S.A. con Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria – SUNAT

CLÁUSULA CUARTA: DEL PAGO

LA SUNAT se obliga a pagar la contraprestación a **EL CONSORCIO** en Nuevos Soles, en Pagos Parciales, luego de la recepción formal y completa de la documentación correspondiente, según lo establecido en el artículo 181º de **EL REGLAMENTO**.

El pago se realizará de la siguiente manera:

DURANTE LA PRESTACIÓN PRINCIPAL	
Actividad	% de Pago del valor adjudicado de la prestación principal
Revisión y evaluación de los actuales procesos y procedimientos de la gestión de RRHH de la SUNAT ("as is"), la mejora y propuesta de los nuevos procesos y procedimientos ("To be") basados en buenas prácticas y su adaptación a la nueva solución de gestión de recursos humanos.	30% del costo de la implementación
Primer grupo de implementación : Módulos de Planificación y Organización, Información de Personal y Línea de Carrera	30% del costo de la implementación mas el 40% del costo de las licencias.
Segundo grupo de implementación: Módulos de Gestión de Desempeño, Incorporación, Movilidad y Desvinculación, Capacitación y Formación, Compensación y Gestión de Relaciones Humanas.	30% del costo de la implementación mas el 60% del costo de las licencias
Cada grupo de implementación incluye : Análisis, Personalización, ajustes, configuración e implementación de la solución ofrecida que como mínimo debe incluir los requerimientos funcionales listados en el ANEXO B y detallados en el ANEXO B1 al B7, así como los requerimientos no funcionales detallados en el ANEXO D; así mismo, incluye interfaces con los sistemas SUNAT (ANEXO E), Pruebas de la solución ofrecida, capacitación y migración de la información histórica a la nueva solución (ANEXO C).	
Soporte post-implementación por cada grupo implementado hasta el día calendario de la suscripción del acta de implementación definitiva e integral de la solución en producción, este soporte incluye mesa de ayuda, mantenimiento correctivo y perfeccionamiento propio de la definición dada. No incluye mantenimiento evolutivo	10% del costo de la implementación

- 6.40. En esta cláusula se han considerado actividades a las que le corresponde un porcentaje del pago total establecido en la cláusula anterior, nuevamente, no se señalan objeto ni pago para ítems separados.
- 6.41. Asimismo, de la revisión de las Bases del Contrato, advertimos lo siguiente:

Arbitraje:

Consorcio Datco Perú S.A.C. – Interservices Consulting S.A. con Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria – SUNAT

Actividad	Descripción de las actividades de la solución	Plazo máximo de Implementación ³	Plazo Soporte Post-Implementación ⁴
01	Actividades previas donde entregará : <ul style="list-style-type: none"> o Licencias de la Solución Ofertada o Plan de Trabajo y o Metodología de Gestión de Proyectos 	15 días calendarios contados a partir del día siguiente de firmado del contrato.	
02	Revisión y validación de los actuales procesos de negocio de la Gestión de RRHH de SUNAT y la propuesta de nuevos procesos de negocio.	30 días calendarios contados a partir del día siguiente de aprobada la actividad 01.	
03	Primer Grupo de Implementación que incluye: <ul style="list-style-type: none"> • Planificación y Organización, • Información de Personal y • Línea de Carrera. 	100 días calendarios contados a partir del día siguiente de aprobada la actividad 02.	Desde la fecha de aceptación del primer grupo hasta el día calendario de la suscripción del acta de implementación definitiva e integral de la solución en producción.
04	Segundo Grupo de Implementación que incluye: <ul style="list-style-type: none"> • Incorporación, Movilidad y Desvinculación, • Capacitación y Formación, • Gestión del Desempeño, • Compensación y • Gestión de Relaciones Humanas. 	100 días calendarios contados a partir del día siguiente de aprobada la actividad 03.	Hasta el día calendario de la suscripción del acta de implementación definitiva e integral de la solución en producción.
Total plazo de implementación		245 días calendarios	

6.42. Este Tribunal Arbitral puede evidenciar que tampoco se ha considerado en las bases que el proceso de selección sea por ítems, tampoco se puede advertir que se hayan asignado un objeto y un pago para ello. Lo que este Tribunal Arbitral sí puede advertir es que, el Contrato deriva del Proceso de Selección Adjudicación De Menor Cantidad N° 007-2015-SUNAT/8B1200 sin que en las bases se haya precisado que era un proceso de selección según relación de ítems.

6.43. Así las cosas, este Tribunal Arbitral concluye que este Contrato no se ejecutó por ítems, sino por ejecución por períodos. Consecuentemente, corresponderá revisar **la aplicación de la penalidad**.

6.44. Al respecto, la décimo quinta cláusula del Contrato establece lo siguiente:

"CLÁSULA DÉCIMO QUINTA PENALIDADES

Si EL CONSORCIO incurre en retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato. LA SUNAT le aplicará una

Arbitraje:

Consorcio Datco Perú S.A.C. – Interservices Consulting S.A. con Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria – SUNAT

penalidad por cada día de atraso, hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente o, de ser el caso, del monto del ítem que debió ejecutarse, en concordancia con el artículo 165º de **EL REGLAMENTO (...)"**

- 6.45. De lo citado, este Tribunal Arbitral advierte que en el Contrato también se ha establecido que la aplicación de la penalidad debe hacerse hasta por el 10% del monto del Contrato, y siendo que este proceso no se ejecuta por ítems, carece de objeto atender ese extremo de la cláusula.
- 6.46. Asimismo, OSCE³ ha establecido que, en los contratos de ejecución periódica, la sumatoria de los montos correspondientes a la aplicación de penalidades por el atraso en la ejecución de las prestaciones parciales no podía ser superior al diez por ciento (10%) del monto total del contrato vigente,
- 6.47. Como bien se ha señalado, la aplicación de las penalidades que se haga a cada una de las actividades de la ejecución periódica de un contrato, se considerará en una sumatoria final que no deberá superar el 10% del monto contractual; en ese sentido, carece de sustento legal pretender que la penalidad aplicada por la Entidad no debe superar el 10% del pago que correspondía a la actividad N° 3.
- 6.48. Así las cosas, no corresponde declarar la ilegalidad de la penalidad, y, en consecuencia, no corresponde dejar sin efecto la penalidad aplicada por la Entidad por el atraso en la actividad N° 03, por lo tanto, la primera pretensión deviene en infundada.
- 6.49. Asimismo, no corresponde que, el Tribunal Arbitral declare que la penalidad aplicable por el atraso en la entrega de la Actividad N° 3 debe ser el 10% del pago que correspondía a la actividad N° 3, es decir,

³ OPINIÓN N° 032-2018/DTN

Arbitraje:

Consorcio Datco Perú S.A.C. – Interservices Consulting S.A. con Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria – SUNAT

S/356,460.46, por lo que, la pretensión accesoria a la pretensión principal deviene en infundada.

TERCER PUNTO CONTROVERTIDO

Pretensión subordinada a la primera pretensión principal: Determinar si corresponde o no “Que en el supuesto y negado caso que se declaren infundadas la primera pretensión principal y su pretensión accesoria, que el Tribunal Arbitral ordene a la SUNAT que recalcule la penalidad considerando un atraso de treinta y cuatro (34) días calendario (...)"

CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO

Pretensión alternativa a la pretensión subordinada a la primera pretensión principal: Determinar si corresponde o no “Que el Tribunal Arbitral apruebe el cálculo de la penalidad hecho por el Consorcio considerando el atraso reconocido por SUNAT de treinta y cuatro (34) días calendario y la penalidad diaria calculada por la Entidad (\$/14258.42).”

POSICIÓN DEL CONSORCIO:

- 6.50. El Cónsorcio considera que la Entidad calculó mal la penalidad, primero, por no considerar el límite máximo de penalidad aplicable según la normativa de contrataciones del Estado, las Bases y el Contrato; y segundo, porque el cálculo lo realizó en base a un supuesto atraso del Consorcio de cincuenta y ocho (58) días calendario tal como constaría en el cuadro adjunto a la Carta N° 1729-2016-SUNAT/8B1300, pues solamente le son imputables treinta y cuatro (34), de acuerdo con lo indicado por la propia Entidad en su Carta N° 1812-2016-SUNAT/8B1300, de fecha 21 de setiembre de 2016, en la que manifiesta que “el proceso de migración iniciado el 13.06.2016 y que culminó el 06.07.2016, no ha sido considerado como parte del cómputo del plazo en exceso incurrido por vuestra representada en el cumplimiento de la prestación principal del tercer entregable”.

Arbitraje:

Consorcio Datco Perú S.A.C. – Interservices Consulting S.A. con Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria – SUNAT

- 6.51. En ese sentido, el Consorcio señala que, si de acuerdo con el cuadro de cálculo de la penalidad el atraso se computa del 30 de mayo de 2016 al 26 de julio de 2016, que representan cincuenta y ocho (58) días calendario, y el plazo que va del 13 de junio de 2016 al 06 de julio de 2016 representa veinticuatro (24) días calendario, el cual está dentro de aquel y no es imputable al Consorcio, entonces resulta evidente que SUNAT debió calcular la penalidad sólo por treinta y cuatro (34) días calendario de atraso y no por cincuenta y ocho (58) como lo señaló.
- 6.52. Por lo tanto, el Consorcio solicita que se ordene a la Entidad recalcule la penalidad por el atraso incurrido por el Consorcio durante la ejecución y entrega de la Actividad N° 03, en virtud del atraso de treinta y cuatro (34) días calendario reconocido por la Entidad al respecto mediante Carta N° 1812-2016-SUNAT/8B1300, en la que indica que un plazo de veinticuatro (24) días calendario de atraso no es imputable al Consorcio.
- 6.53. En consecuencia, considerando el atraso de treinta y cuatro (34) días calendario la Entidad habría reconocido al señalar que no le corresponde al Consorcio la responsabilidad en el atraso por los veinticuatro (24) días calendario que comprende el periodo que va del 13 de junio de 2016 al 06 de julio de 2016 según lo indica en la Carta N° 1812-2016- SUNAT/8B1300, el Consorcio solicita que el Tribunal Arbitral apruebe el cálculo la penalidad aplicable hecho por el Consorcio.
- 6.54. Para tal efecto se debe considerar la penalidad diaria calculada por SUNAT (S/. 14,258.42) según la fórmula establecida en el artículo 165º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado y el atraso de treinta y cuatro (34) días calendario. Entonces, para determinar la penalidad aplicable, se multiplica la penalidad diaria por el número de días de atraso:

Arbitraje:

Consorcio Datco Perú S.A.C. – Interservices Consulting S.A. con Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria – SUNAT

$$S/ 14,258.42 \times 34 = S/ 484,786.23$$

- 6.55. En ese sentido, según el Consorcio, la penalidad aplicable al Consorcio sería de S/. 484,786.23 (Cuatrocientos Ochenta y Cuatro Mil Setecientos Ochenta y Seis con 23/100 Soles).

POSICIÓN DE LA ENTIDAD:

- 6.56. Respecto a que el Consorcio solicita se le libere de 24 días de retraso, alegando que la Entidad en el cómputo, de los plazos de la penalidad ha considerado el periodo de la migración de los datos históricos, a pesar de que la Entidad dijo que ese tiempo no se ha incluido, es preciso entender que la demora en la cual incurrió el Consorcio y por la cual se aplicó la penalidad, fue en la entrega de las pruebas no funcionales, que máximo debía presentarlo el 29.05.16, y lo entregó el 26.07.16. Esos 58 días de demora son los que se están aplicando.
- 6.57. La migración de datos le correspondía a la Entidad, y no era una actividad predecesora o sucesora de alguna de las que debía cumplir el Consorcio, es decir de las pruebas que debía ejecutar y que demoró en el caso de las pruebas no funcionales. Por lo tanto, en los días considerados para la aplicación de la penalidad no se ha considerado el periodo de la migración, ya que no tiene relación alguna con la demora incurrida.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL:

- 6.58. El Consorcio afirma que, al calcular la penalidad que le aplicaría por el atraso incurrido en la presentación de la Actividad N° 3, la Entidad ha superado el límite establecido por ley, además de haber considerado los 24 días que la Entidad se tomó para el proceso de migración de

Arbitraje:

Consorcio Datco Perú S.A.C. – Interservices Consulting S.A. con Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria – SUNAT

datos iniciado el 13.06.2016 y que culminó el 06.07.2016, días que deben restarse del cálculo efectuado por la Entidad.

- 6.59. Al respecto, la Entidad hace presente que el tiempo que se tomó para la migración de datos era independiente del plazo de la Actividad N° 3, por lo tanto no fue considerado para la aplicación de la penalidad impuesta al Consorcio.
- 6.60. Atendiendo a lo expuesto por ambas partes, este Tribunal Arbitral debe precisar que ya ha establecido precedentemente que el límite para la aplicación de las penalidades es el 10% del Contrato, y no el 10% del pago que correspondía a la Actividad N° 3, en ese sentido, en este extremo, el cálculo efectuado por la Entidad es correcto.
- 6.61. Asimismo, el Consorcio sustenta su posición en que mediante Carta N° 1812-2016-SUNAT/8B1300, la Entidad habría reconocido que, para el cálculo de la penalidad por atraso de la Actividad N° 3, no se debía considerar el plazo comprendido entre el 13 de junio de 2016 al 06 de julio de 2016 que la Entidad utilizó para la migración de datos.
- 6.62. Al respecto, de la revisión de los documentos que obran en el expediente, este Tribunal Arbitral advierte que mediante Carta N° 1812-2016-SUNAT/ 8B1300, la Entidad habría manifestado lo siguiente:

En base al plan de tiempos que forma parte del Plan de Proyecto aprobado con ACTA 007-PSGRH, de fecha 16.07.2015, se puede observar que las tareas referidas a la Migración de Historia de la Actividad 3 – Primer Grupo, no era pre-requisitos para realizar culminar y/o proseguir con actividades propias de su representada, tales como Pruebas de Estrés, Pruebas no Funcionales y Transición a Producción.

Asimismo, el jefe del proyecto ha manifestado que el proceso de migración iniciado el 13.06.2016 y que culminó el 06.07.2016, no ha sido considerado como parte del cómputo del plazo en exceso incurrido por vuestra representada en el cumplimiento de la prestación principal del tercer entregable.

Agradeciendo la atención que brinde a la presente, quedo de usted.

Atentamente,

Arbitraje:

Consorcio Datco Perú S.A.C. – Interservices Consulting S.A. con Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria – SUNAT

- 6.63. De lo citado, se advierte que la Entidad informó al Consorcio expresamente que el plazo para la migración de datos no afectaba el plazo para que el Consorcio ejecutara la Actividad N° 3, ello en la medida, que estas tareas no dependían la una de la otra.
- 6.64. En ese sentido, este Tribunal Arbitral considera corresponde revisar si el Consorcio ha acreditado que el plazo que se tomó la Entidad para efectuar la migración de datos afectó y ocasionó que el Consorcio no cumpliera con culminar la Actividad N° 3 dentro del plazo contractual este es, hasta el 29 de mayo de 2015.
- 6.65. Sobre el particular, en el expediente no obra documento alguno a través del cual, el Consorcio haya acreditado que, efectivamente, el plazo en el que la Entidad efectuó la migración de datos resultaba necesario para que el Consorcio cumpliera con culminar la Actividad N° 3, tampoco ha acreditado que el plazo que se tomó la Entidad afectó de alguna forma su ejecución.
- 6.66. Asimismo, este Tribunal Arbitral advierte que el Consorcio ha omitido hacer referencia a lo manifestado por la Entidad en la Carta N° 1812-2016-SUNAT/ 8B1300 en relación con que en el Acta N° 07-PSGRH del 16 de julio de 2015 no se estableció que las tareas referidas a la migración de Historia de la Actividad N° 3 sean prerequisito para la ejecución de esta actividad, ni ha presentado documento que contradiga tal hecho.
- 6.67. A mayor abundamiento, este Tribunal Arbitral evidencia que ni en las bases ni en el Contrato se estableció que las tareas referidas a la migración de Historia de la Actividad N° 3 era prerequisito para la ejecución de la Actividad N° 3.
- 6.68. Bajo ese contexto, este Tribunal Arbitral determina que los argumentos formulados por el Consorcio referidos a que la aplicación de las penalidades no debe superar el 10% del monto a pagar por la Actividad

Arbitraje:

Consorcio Datco Perú S.A.C. – Interservices Consulting S.A. con Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria – SUNAT

Nº 3, y en relación a que la Entidad ha considerado 58 días de atraso para la aplicación de la penalidad cuando solo debe considerar 34, pues 24 de estos días son atribuidos a una demora de la Entidad, no tienen sustento fáctico ni legal.

6.69. Así las cosas, este Tribunal Arbitral determina que no corresponde ordenar a la Entidad que recalcule la penalidad considerando un atraso de treinta y cuatro (34) días calendario, por lo que, la pretensión subordinada a la primera pretensión principal deviene en infundada.

6.70. Consecuentemente, no corresponde que el Tribunal Arbitral apruebe el cálculo de la penalidad hecho por el Consorcio considerando el atraso reconocido por SUNAT de treinta y cuatro (34) días calendario y la penalidad diaria calculada por la Entidad, por lo que, la pretensión alternativa a la pretensión subordinada a la primera pretensión principal deviene en infundada.

QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO

Segunda pretensión principal: Determinar si corresponde o no: "Que la Entidad asuma los gastos arbitrales del presente proceso".

6.71. En relación a los costos del arbitraje, los artículos 70° y 73° del Decreto Legislativo N° 1071, disponen que el Tribunal Arbitral tenga en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes. A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, el árbitro podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

6.72. En adición a lo antes expuesto, los costos incluyen (i) los honorarios y gastos del Tribunal Arbitral y (ii) gastos de la secretaría.

Arbitraje:

Consorcio Datco Perú S.A.C. – Interservices Consulting S.A. con Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria – SUNAT

- 6.73. En el presente caso, solo el Consorcio ha cumplido con acreditar el pago del íntegro de los honorarios arbitrales, conforme a lo detallado en el acápite IV. Costos del Proceso.
- 6.74. En ese sentido, atendiendo a la inexistencia de pacto entre las partes y considerando el resultado o sentido de este laudo y, al mismo tiempo, que se ha evidenciado que el Consorcio tenía motivos suficientes y atendibles para litigar, en razón de la incertidumbre jurídica en la que se encontraba —precisamente— motivó la continuación del presente arbitraje, habida cuenta de que debía defender sus pretensiones en vía arbitral; y que, además, el Tribunal Arbitral considera a efectos de regular el pago de tales conceptos el comportamiento procesal de las partes, se estima razonable que:
- Cada una de las partes asuma los honorarios por concepto de defensa legal en los que hubiera incurrido o se hubiera comprometido a pagar.
 - Cada una de las partes asuma los honorarios de los gastos arbitrales, por lo que, la Entidad deberá devolver al Consorcio el pago que esta parte asumió, esta es la suma de S/. 11,422,58, más el impuesto correspondiente, conforme al siguiente detalle:

CONCEPTO	MONTO (S/.)
Honorarios del Tribunal Arbitral	8816,94
Honorarios de la Secretaría Arbitral	2605,635
TOTAL	11,422,58

VII. LAUDO

Por tales consideraciones, el Tribunal Arbitral **LAUDA**:

PRIMERO: DECLARAR INFUNDADA la primera pretensión principal, en consecuencia, no corresponde que el Tribunal Arbitral declare la ilegalidad de

Arbitraje:

Consorcio Datco Perú S.A.C. – Interservices Consulting S.A. con Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria – SUNAT

la penalidad impuesta por Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria – SUNAT al Consorcio Datco Perú S.A.C. – Interservices Consulting S.A. por el atraso incurrido en la Actividad N° 03, no correspondiendo se deje sin efecto dicha penalidad.

SEGUNDO: DECLARAR INFUNDADA la pretensión accesoria a la primera pretensión principal, en consecuencia, no corresponde que el Tribunal Arbitral declare que la penalidad aplicable por el atraso en la entrega de la Actividad N° 3 debe ser de S/. 356,460.46.

TERCERO: DECLARAR INFUNDADA la pretensión subordinada a la primera pretensión principal, en consecuencia, no corresponde que el Tribunal Arbitral ordene a la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria – SUNAT recalcule la penalidad considerando un atraso de treinta y cuatro (34) días calendario.

CUARTO: DECLARAR INFUNDADA la pretensión alternativa a la pretensión subordinada a la primera pretensión principal, en consecuencia, no corresponde que el Tribunal Arbitral apruebe el cálculo de la penalidad hecho por el Consorcio Datco Perú S.A.C. – Interservices Consulting S.A. considerando el atraso reconocido por la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria – SUNAT de treinta y cuatro (34) días calendario y la penalidad diaria calculada por la Entidad.

QUINTO: DISPONER que cada una de las partes asuma los honorarios por concepto de defensa legal en los que hubiera incurrido o se hubiera comprometido a pagar, así como, cada una de las partes asuma los honorarios de los gastos arbitrales, por lo que, la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria – SUNAT deberá devolver al Consorcio Datco Perú S.A.C. – Interservices Consulting S.A. el pago que esta parte asumió, esta es la suma de S/. 11,422,58, más el impuesto correspondiente, conforme al siguiente detalle:

CONCEPTO	MONTO (S.)
----------	------------

Arbitraje:

Consorcio Datco Perú S.A.C. - Interservices Consulting S.A. con Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria - SUNAT

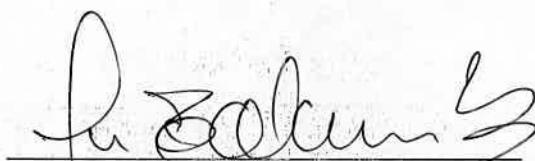
Honorarios del Tribunal Arbitral	8816,94
Honorarios de la Secretaría Arbitral	2605,635
TOTAL	11,422,58

SEXTO: AUTORIZAR a la Secretaría Arbitral a remitir al OSCE dentro del quinto día copia del presente Laudo.



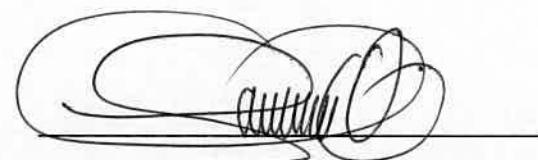
GUSTAVO DE VINATEA BELLATÍN

Presidente del Tribunal Arbitral



JOSÉ TÁVARA HERRERA

Árbitro



ALAN CARLOS ALARCÓN CANCHARI

Árbitro