

LAUDO ARBITRAL

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO EMITIDO EN EL CASO SEGUIDO ENTRE ROSART E.I.R.L. Y EL FONDO METROPOLITANO DE INVERSIONES - INVERMET, ANTE EL TRIBUNAL ARBITRAL CONFORMADO POR LOS ABOGADOS MARCO ANTONIO MARTÍNEZ ZAMORA (PRESIDENTE), MARIO MANUEL SILVA LÓPEZ Y CHRISTIAN GUZMÁN NAPURÍ.

Resolución N° 09

Lima, 05 de febrero de 2016.

VISTOS:

6 000618 2016

INVERMET
MESA DE PARTES

15 FEB 2016

INVERMET
Oficina de Asesoría Jurídica
Reg. N° 383
12 FEB. 2016
HORA: 3:45
RECIBIDO POR: [Firma]

RECIBIDO POR: [Firma] N° FOLIOS: 40
A RECEPCION DEL PRESENTE DOCUMENTO NO IMPLICA LA CONFORMIDAD DEL MISMO

I. LAS PARTES, EL CONTRATO Y LA EXISTENCIA DE UN CONVENIO ARBITRAL

1. El día 27 de diciembre de 2013, ROSART E.I.R.L. (en adelante, ROSART o el DEMANDANTE) y el FONDO METROPOLITANO DE INVERSIONES - INVERMET (en adelante, la ENTIDAD, INVERMET o el DEMANDADO) suscribieron el Contrato Consultoría N° 040-2013-INVERMET-CONS (en adelante, el CONTRATO), producto de la Adjudicación de Menor Cuantía N° 070-2013-INVERMET-CEP-SERV, derivada de la Adjudicación Directa Selectiva N° 043-2013-INVERMET-CEP-SERV, para la contratación del servicio de Consultoría para la Elaboración del Estudio de Pre Inversión a Nivel de Perfil del Proyecto de Inversión Pública: "Mejoramiento de la Infraestructura Vial de las Vías Internas del Cuadrante Av. Tacna, Av. Emancipación, Av. Alfonso Ugarte y Av. Nicolás de Piérola (Colmena) en el distrito de Lima – Lima".
2. En la Cláusula Décimo Novena del CONTRATO, las partes decidieron que cualquier controversia que surja desde la celebración del mismo se resolvería mediante arbitraje.

II. INSTALACIÓN DEL ARBITRAJE

3. El día 25 de noviembre de 2014, en la sede institucional del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (en adelante, OSCE), se llevó a cabo la Instalación del Tribunal Arbitral conformado por los abogados Marco Antonio Martínez Zamora (Presidente), Mario Manuel Silva López, árbitro y Christian Guzmán Napurí, árbitro.
4. La diligencia contó con la presencia del representante de la ENTIDAD, el Procurador Público Niltón César Holguín Flores; asimismo, se deja constancia de

[Firma]

[Firma]

[Firma]

8. Con fecha 27 de diciembre de 2013, se suscribió el CONTRATO Consultoría N° 040-2013-INVERMET-CONS para llevar a cabo la Consultoría para el "Mejoramiento de la Infraestructura Vial de las Vías Internas del Cuadrante Av. Tacna, Av. Emancipación, Av. Alfonso Ugarte y Av. Nicolás de Piérola (Colmena)", por el monto de Ciento Sesenta y Dos Mil Doscientos Treinta y Seis (S/. 162.236.00), con un plazo de sesenta (60) días calendario.

Es de resaltar que según la Cláusula Quinta del Contrato suscrito por ambas partes, dicho plazo comprende la entrega de los siguientes:

- **Informe N° 1:** A los cinco (5) días calendario de suscrito el contrato.
- **Informe N°2:** A los cuarenta (40) días calendario de suscrito el contrato.
- **Informe N°3:** A los sesenta (60) días calendario de suscrito el contrato.

Informe Consolidado: A los cinco (5) días calendario de obtener la conformidad de la OPI.

9. Posteriormente, durante la ejecución del contrato, el 01 de enero de 2014, conforme lo pactado, ROSART hizo entrega del Informe N° 1, lo que ha sido corroborado por ambas partes.
10. Según sostiene ROSART, el 05 de febrero de 2014 mediante Carta N° 022-2014, hizo entrega del Informe N°2 conforme a lo acordado en el Contrato. No obstante lo señalado, INVERMET efectuó observaciones al informe entregado, las cuales afirma ROSART nunca fueron alcanzadas formalmente a su representada.

A mayor abundamiento, según menciona ROSART, las observaciones realizadas no son correctas, ya que corresponderían al entregable del Informe N° 3; al haberseles solicitado realizar un Estudio Base denominado "Estudio de Trafico".

11. Pese a lo señalado, el 25 de febrero de 2014 mediante Carta 032-2014 ROSART procedió a subsanar las observaciones efectuadas. Respecto de ellas INVERMET procedió a realizar nuevas observaciones, que según afirma la demandante fueron alcanzadas "a la mano".

Es hasta el 21 de marzo de 2014, mediante Carta N° 052-2014, que ROSART procede a levantar formalmente las observaciones planteadas.

12. Sostiene la parte demandante que, habiendo transcurrido en exceso el plazo de diez (10) días según lo dispuesto en la Cláusula Cuarta del CONTRATO, sin que INVERMET realice observación alguna al Informe entregado, el mismo es conforme; razón por la cual le corresponde el pago de la prestación brindada.



Respecto a las costas y costos del presente proceso arbitral

18. ROSART menciona que, como se manifiesta en el convenio arbitral y en el Decreto legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje, el Tribunal arbitral decidirá en base a lo juzgado a quién grava con los costos y costas del proceso. Así las cosas, y según lo evaluado del caso, solicita que dichos montos sean pagados íntegramente por la ENTIDAD, pues considera que su actuar no se circunscribió a la buena fe, que como principio rector debe regir las relaciones contractuales.
19. Sostiene que tal afirmación se sustenta en los argumentos esgrimidos en la demanda, así como en el tenor de los medios probatorios que la sustentan. Para estos efectos, considera que el Tribunal deberá tener en cuenta que su contraparte no manifestó ánimo alguno de conciliar sus diferencias, siendo que la Diligencia de Conciliación solicitada por su parte, culminó sin acuerdo.

III.2 Fundamentos de Derecho

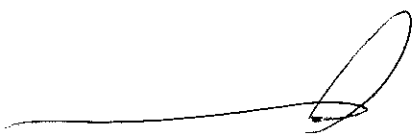
20. ROSART ampara sus fundamentos en las siguientes normas:
 - **Artículo 52° del Decreto Legislativo N° 1017 Ley de Contrataciones del Estado**, el cual establece que *"Las controversias que surjan entre las partes, sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia nulidad o invalidez del contrato, se resolverán mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes, debiendo solicitarse el inicio de estos procedimientos en cualquier momento anterior a la fecha de culminación del contrato."*
 - **Artículo 215 del Decreto Supremo N° 184-2008-EF – Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado y su modificatoria D.S. N° 138-2012-EF**, el cual establece que: *"Cualquiera de las partes tiene el derecho iniciar el arbitraje administrativo dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 144°, 170°, 175°, 176°, 177°, 179°, 181°, 184°, 199°, 201°, 209°, 210°, 211° y 212°; en concordancia con lo dispuesto en el numeral 52. 2 del artículo 52° de la Ley"*.

IV. DE LA CONTESTACIÓN DE DEMANDA PRESENTADA POR LA ENTIDAD.

21. Con fecha 23 de febrero de 2015, la ENTIDAD ingresó un escrito en el que contesta la demanda interpuesta por ROSART, en los términos que se detallan a continuación:

IV.1 Fundamentos de Hecho.

Sobre la Primera Pretensión Principal – Anulación de Resolución de Contrato.



A mayor abundamiento de lo expuesto, INVERMET se ampara en lo señalado en el Memorándum N° 071-2015-INVREMET-GP emitido por el área de Gerencia de Proyectos de su representada en fecha 12 de febrero de 2015, que respecto a la entrega de los Informes contratados precisa:

Documento fuente: Memorándum N° 071-2015-INVREMET-GP			
Informe	Fecha de Entrega Según Contrato	Fecha de Entrega Por ROSART E.I.R.L.	Estado
Informe N° 01	01/01/2014	01/01/2014	Conforme
Informe N° 02	05/02/2014	05/02/2014 25/02/2014 21/03/2014	Observado
Informe N° 03	25/02/2014	05/05/2014	Sin Revisión

26. Así las cosas, el 26 de mayo de 2014 mediante Carta Notarial N° 312-2014-INVREMET-SGP, INVERMET comunica a la demandante su decisión de resolver el contrato. Sustenta su decisión en el hecho que ROSART vendría incumpliendo sus obligaciones contractuales, pese haber sido requerido para ello – así como en la acumulación del monto máximo de penalidad por mora o el monto máximo para otras penalidades.

En tal sentido, considera que su decisión de resolver el contrato es válida, por lo que considera que la pretensión de la parte demandante, debe ser declarada infundada.

Respecto a la Segunda Pretensión Principal – Pago por los informes entregados.

27. INVERMET considera que no es posible pagar al DEMANDANTE la retribución por los Informes N° 2 y N°3, puesto que no cuentan con Acta de Conformidad respectiva. El único Informe que fue aprobado ha sido el Informe N°1, que fue retribuido conforme lo acordado en el CONTRATO.

Al respecto, sostiene que el primer párrafo de la Cláusula Cuarta del CONTRATO precisa que *"La ENTIDAD se obliga a pagar la contraprestación a EL CONTRATISTA en pagos parciales luego de la recepción formal y completa de la documentación correspondiente, según lo establecido en el artículo 181 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (...)"*






A mayor abundamiento, INVERMET presenta línea de tiempo que corresponde al Informe N° 1 y N°2, que citamos a continuación:

Línea de tiempo		Contrato de Consultoría N° 040-2013-INVERMET-CONS del 27DIC2013				
Según contrato	28-dic-13	01-ene-14	05-feb-14	25-feb-14	25-feb-14	25-feb-14
	Inicio	1er.	2do.	3ero.		Fin
Ejecución ROSART		01-ene-14	05-feb-14		05-may-14	
			25-feb-14			
			21-mar-14			
		1er.	2do.		3ero.	

Fuente: Memorándum N° 071-2015-INVERMET-GP

31. Asimismo, sostiene que ROSART debió tener en cuenta que según la en la nota final de la Cláusula Quinta del CONTRATO, "(...) *Los entregables presentados (informes), no requerirán aprobación del anterior para su presentación (...)*"; sin embargo, ROSART pretende que su representada emita conformidad por servicios prestados, no solo de manera deficiente, sino también presentados irracionalmente fuera de plazo de ejecución.
32. En consecuencia, siendo que tampoco se ha presentado solicitud de ampliación de plazo alguna, INVERMET considera que la emisión de la Constancia de Conformidad solicitada por el DEMANDANTE debe ser declarada infundada.

Quinta Pretensión Principal - Pago de costos y costas.

33. Si bien ROSART pretende justificar el incumplimiento de obligaciones, sobre afirmación que la Entidad habría transgredido la Buena Fe procesal; no existe sin embargo relación entre la acumulación del monto de penalidad por mora, originada en diversas omisiones a las obligaciones asumidas en virtud del CONTRATO de Consultoría N° 040-2013-INVERMET-CONS, con la institución de la Buena Fe contractual.
34. Considera que es evidente que ROSART no contó con la capacidad técnica para cumplir con las obligaciones materia de contrato, habiendo excedido en demasía con la presentación de los entregables N° 02, 03 e Informe Final, fuera de los plazos establecidos en el CONTRATO.
35. En línea con lo anterior, considera que el pago de costos, se deberá efectuar conforme a lo dispuesto en el artículo 70° del Decreto Legislativo 1071.

IV.2 Fundamentos de Derecho





37. Con fecha 21 de abril de 2015, se llevó a cabo la Audiencia de Determinación de Puntos Controvertidos y admisión de Medios Probatorios, con la asistencia del representante de ROSART y de la ENTIDAD. No habiéndose podido llevar adelante una conciliación sobre los temas en disputa, el Tribunal Arbitral, con la anuencia de las partes, estableció los siguientes puntos controvertidos:

Primer Punto Controvertido: Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare nula la Resolución del CONTRATO N° 040 – 2013 – INVERMET – CONS efectuada por la ENTIDAD, mediante Carta Notarial N° 312 – 2014, notificada al Contratista ROSART en fecha 26 de mayo del 2014.

Segundo Punto Controvertido: Determinar, si corresponde o no que el Tribunal Arbitral reconozca al Contratista ROSART el monto de S/ 113, 564.20 (Ciento Trece Mil Quinientos Sesenta y Cuatro con 20/100 Nuevos Soles), correspondiente al pago de S/ 56, 782.60 (Cincuenta y Seis Mil Setecientos Ochenta y Dos con 60/100 Nuevos Soles) por Segundo Entregable, y el pago de S/ 56, 782.60 (Cincuenta y Seis Mil Setecientos Ochenta y Dos con 60/100 Nuevos Soles) por el Tercer Entregable, según lo estipulado en el CONTRATO N° 040 – 2013 – INVERMET – CONS.

Tercer Punto Controvertido: De ser el caso, determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral reconozca al Contratista ROSART el pago de intereses legales que corresponden a los montos del Segundo y Tercer Entregable, según lo estipulado en el CONTRATO N° 040 – 2013 – INVERMET – CONS.

Cuarto Punto Controvertido: Determinar, si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene el otorgamiento de la Constancia de Conformidad de servicios a favor del Contratista ROSART, al haberse concluido con la consultoría derivada del CONTRATO N° 040 – 2013 – INVERMET – CONS, y no haberse formulado observación alguna por parte de la ENTIDAD.

Quinto Punto Controvertido: De ser el caso, determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral aplique la penalidad al Contratista, ascendente al 10% del monto del CONTRATO N° 040 – 2013 – INVERMET – CONS por la ejecución extemporánea.

Costos y costas del proceso

Además, el Tribunal Arbitral deberá pronunciarse en el laudo acerca de los costos y su posible condena.

38. Acto seguido, el Tribunal Arbitral procedió a admitir los siguientes medios probatorios, de conformidad con lo dispuesto en el acta de instalación:

De ROSART

Se admitieron los documentos ofrecidos en el acápite "V. MEDIOS PROBATORIOS", del escrito "Demanda" de fecha 17 de diciembre del 2014.



45. En este sentido, el Tribunal Arbitral procede a dictar el laudo arbitral dentro del plazo dispuesto.

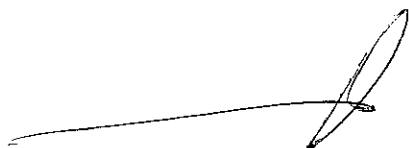
CONSIDERANDO:

VI. CUESTIONES PRELIMINARES

1. Antes de analizar la materia controvertida, corresponde confirmar lo siguiente:
 - (i) Que el Tribunal Arbitral se constituyó de acuerdo al convenio arbitral suscrito por las partes;
 - (ii) Que en momento alguno se impugnó o reclamó contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación;
 - (iii) Que la DEMANDANTE presentó su escrito de demanda dentro del plazo dispuesto;
 - (iv) Que la ENTIDAD fue debidamente emplazado con la demanda, contestó ésta y ejerció plenamente su derecho de defensa;
 - (v) Que las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como ejercieron la facultad de presentar alegatos; y,
 - (vi) Que, el Tribunal Arbitral está procediendo a laudar dentro del plazo que corresponde a las reglas de este proceso.

2. De otro lado, el Tribunal Arbitral deja constancia que en el estudio, análisis y deliberación del presente arbitraje se han tenido en cuenta todos los argumentos y las alegaciones efectuadas por las partes, así como todos los medios probatorios aportados oportunamente, haciendo un análisis y una valoración en conjunto de los mismos, de manera que la no referencia a un argumento o a una prueba no supone que no haya sido tomado en cuenta para su decisión.

3. Asimismo, se deja constancia que el Tribunal Arbitral, conforme lo ha establecido la Constitución Política del Estado Peruano y ha sido reiterado por uniformes pronunciamientos del Tribunal Constitucional, ejerce función jurisdiccional y, como tal, sus decisiones no se encuentran supeditadas ni subordinadas a ningún tipo de autoridad administrativa.



- La interpretación, como señala Díez Picazo: "(...) debe dirigirse a que el contrato o cláusula discutida sea eficaz. Entre una significación que conduce a privar al contrato o a la cláusula de efectos y otra que le permite producirlos, debe optarse por esta última".
- De la búsqueda de la voluntad real de las partes, que es la posición asumida por el Código Civil Peruano, cuando se presenta alguna discrepancia entre lo declarado por las partes y lo querido por ellas. En efecto, en el último párrafo del artículo 1361 del Código Civil se establece la presunción iuris tantum que "la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla".

Esto quiere decir que el análisis de todos y cada uno de los documentos del Contrato deberá hacerse de manera integral y completa, teniendo en cuenta la «voluntad común», a la que en la Exposición de Motivos del Código Civil se la define como: *"(...) los fines idénticos buscados por los contratantes y que se expresan en la declaración que formulan al celebrar el contrato. No se trata, por consiguiente, del objetivo que busca cada contratante por sí mismo; y hay que presumir que lo que aparece en la relación contractual responde a esa intención, considerada de un modo integral y referida al contrato como un todo»*.¹

- De la Buena fe, que no es otra cosa que la aplicación de las ideas de confianza y auto responsabilidad en la interpretación. Así tenemos que: *"(...) si una de las partes, con su expresión o su declaración, suscitó en la otra una confianza en el sentido objetivamente atribuible a dicha declaración, esta parte no puede impugnar este sentido y pretender que el contrato tiene otro diverso"*.²

6.4. Será necesario que el Tribunal Arbitral utilice de manera conjunta distintos mecanismos de interpretación. Por ello, el Tribunal Arbitral realizará tanto una interpretación sistemática, como una interpretación integradora y una interpretación histórica de los contratos.

a) Interpretación Sistemática

Es una consecuencia de la unidad lógica del contrato, de tal modo que éste debe interpretarse en función del sentido del conjunto de las cláusulas pactadas. Nuestro ordenamiento jurídico acoge este mecanismo de interpretación en el artículo 169 del Código Civil, en el que se establece que: *"Las cláusulas de los actos jurídicos se interpretan las unas por medio de las otras, atribuyéndose a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas"*.

¹ ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios. Tomo VI. Comisión Encargada del Estudio y Revisión del Código Civil. Compiladora Delia Revoredo Marsano. Lima. 1985, p. 25.

² DIEZ-PICAZO, Luis. Op. Cit. Volumen I, p. 398.

Emancipación, Av. Alfonso Ugarte y Av. Nicolás de Piérola (Colmena)". En dicha relación contractual, se han suscitado diferentes controversias, las cuales, de acuerdo al Acta de Fijación de Puntos Controvertidos, determinan que corresponde a este Tribunal Arbitral pronunciarse sobre un total de seis (06) extremos que, se detallan a continuación:

Primer punto controvertido: Determinar, si corresponde o no declarar nula la Resolución de Contrato N° 040 – 2013 – INVERMET – CONS efectuada por la Entidad, mediante Carta Notarial N° 312 – 2014, notificada al Contratista en fecha 26 de mayo del 2014.

Segundo punto controvertido: Determinar, si corresponde o no reconocer al Contratista el monto de S/ 113, 564.20 (Ciento Trece Mil Quinientos Sesenta y Cuatro con 20/100 Nuevos Soles), que corresponde al pago de S/ 56, 782.60 (Cincuenta y Seis Mil Setecientos Ochenta y Dos con 60/100 Nuevos Soles) por Segundo Entregable, y el pago de S/ 56, 782.60 (Cincuenta y Seis Mil Setecientos Ochenta y Dos con 60/100 Nuevos Soles) por el Tercer Entregable, según lo estipulado en el Contrato N° 040 – 2013 – INVERMET – CONS.

Tercer punto controvertido: De ser el caso, determinar si corresponde o no reconocer al Contratista el pago de intereses legales que corresponden a los montos del Segundo y Tercer Entregable, según lo estipulado en el Contrato N° 040 – 2013 – INVERMET – CONS.

Cuarto punto controvertido: Determinar, si corresponde o no ordenar el otorgamiento de la Constancia de Conformidad de servicios a favor del Contratista, al haberse concluido con la consultoría derivada del Contrato N° 040 – 2013 – INVERMET – CONS, y no haberse formulado observación alguna por parte de la Entidad.

Quinto punto controvertido: De ser el caso, determinar si corresponde o no aplicación de penalidad al Contratista, ascendente al 10% del monto del Contrato N° 040 – 2013 – INVERMET – CONS por la ejecución extemporánea

Sexto punto controvertido: El Tribunal Arbitral determinará a quién y en qué proporción corresponde el pago de las costas y costos resultantes del presente proceso arbitral.

8. En los acápites siguientes y agrupados según el tema involucrado en cada análisis, se procederá a analizar tales pretensiones, partiendo de determinar la existencia o no de algún incumplimiento contractual, y si –de ser el caso- dicho incumplimiento es mérito para la aplicación de penalidades en mora. Así mismo, se determinará la validez o no de la resolución efectuada al contrato y, en base a ello, si se debe realizar o no el pago de los montos solicitados y otorgar el acta de conformidad respectiva.



acreedoras la una de la otra, con independencia de la cantidad de prestaciones a las que cada una de ellas se obliga frente a la otra.

14. De la Puente y Lavalle⁵ señala que "Basta que los contratantes acuerden, mediante el consentimiento, que existen obligaciones vinculadas entre sí por ese mismo consentimiento, para que en virtud de la fuerza obligatoria que la ley concede al contrato, la obligación de un contratante sea correlativa a la obligación del otro y corran paralelas durante toda la vida del contrato, de tal manera que si una de ellas deja de cumplirse se pierde ese paralelismo, o al menos hay peligro de que se pierda, por lo cual el remedio es el dejar la otra parte de estar obligada por su obligación correlativa, con lo cual se recupera el equilibrio perdido".
15. Un contrato administrativo regido por la LCE tiene como fin satisfacer las necesidades de las Entidades, ello mediante la entrega de un bien, la ejecución de una obra o la prestación de un servicio, como el presente caso. Así, al igual que en los contratos privados, en los contratos públicos existe una relación de derechos y deberes entre las partes contractuales, los cuales deben ser cumplidos de forma adecuada para alcanzar el objeto que dio nacimiento a la relación contractual. Por ello que los contratistas tienen la obligación de realizar la obligación tal como fue pactada y a cambio de ello reciben el pago acordado. Respecto a ello el artículo 49 de la LCE y el 181 de su Reglamento nos mencionan lo siguiente:

"Artículo 49°.- Cumplimiento de lo pactado

Los contratistas están obligados a cumplir cabalmente con lo ofrecido en su propuesta y en cualquier manifestación formal documentada que hayan aportado adicionalmente en el curso del proceso de selección o en la formalización del contrato, así como a lo dispuesto en los incisos 2) y 3) del artículo 1774° del Código Civil."

"Artículo 181.- Plazos para los pagos

*La Entidad deberá pagar las contraprestaciones pactadas a favor del contratista en la oportunidad establecida en las Bases o en el contrato.
(...)"*

16. En el caso que nos ocupa se firmó el Contrato Consultoría N° 040-2013-INVERMET-CONS, mediante el cual ROSART se obligó a realizar el "Servicio de Consultoría para la Elaboración del Estudio de Pre Inversión a Nivel de Perfil del Proyecto de Inversión Pública - Mejoramiento de la Infraestructura Vial de las Vías Internas del Cuadrante Av. Tacna, Av. Emancipación, Av. Alfonso Ugarte y Av. Nicolás de Piérola (Colmena)" en favor de la ENTIDAD, acordando el pago de S/.

⁵ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. **Estudios del contrato privado**. Cultural Cuzco. S.A. editores, Lima 1983. Tomo I. Pág. 477.

No obstante ello, refiere que procedió a levantar las observaciones con fechas 25 de febrero y 21 de marzo de 2014, mediante las cartas N° 032-2014 y N° 052-2014, respectivamente.

22. Por su parte, INVERMET sostiene que si bien ROSART entregó el Informe N° 2 dentro del plazo acordado, pero al no ajustarse a los términos de referencia y contener observaciones, a través de la Carta N° 036-2014-INVERMET-GP recibida el 17 de febrero de 2014, se le otorga el plazo de 05 días calendario para subsanar lo requerido. Sin embargo, debido a la persistencia de tales observaciones, el 28 de febrero de 2014 mediante la recibida Carta N° 060-2014-INVERMET-GP, se le comunica que no ha levantado la totalidad de observaciones comunicadas mediante la anterior carta, otorgándoseles un plazo perentorio de 05 días calendario.
23. Bajo tal escenario, y de la revisión de los medios probatorios presentados por las partes, precisamente las cartas antes citadas, este Tribunal advierte que efectivamente el Informe N° 2 fue objeto de observaciones conforme precisa INVERMET. Tales observaciones fueron comunicadas a ROSART de manera formal, tal es así que esta última afirma que procedió a levantarlas finalmente el 21 de marzo de 2014, mediante Carta N° 052-2014.

A mayor precisión, obran en el expediente los cargos de las dos cartas mediante las cuales INVERMET comunica las observaciones planteadas, más aún, en las dos oportunidades en las que ROSART comunica el levantamiento de sus observaciones hace expresa mención a estas.

24. Así las cosas, este Tribunal considera importante determinar si el contenido de las observaciones planteadas son correctas o no, toda vez que ROSART afirma que se le exigía la realización de un Estudio Base denominado "*Estudio de Tráfico*", el cual como entregable correspondería al Informe N°3, por lo que considera que la observación planteada el 17 de febrero de 2014, mediante Carta N° 036-2014-INVERMET-GP y reiterada el 28 de febrero de 2014 mediante Carta N° 060-2014-INVERMET-GP, carecería de toda validez.
25. Sin embargo, de la revisión de la Carta N° 036-2014-INVERMET-GT mediante la cual INVERMET plantea las observaciones antes comentadas, este Tribunal advierte que no solo se cuestiona el Estudio de Tráfico, sino además el avance del Estudio de Pre Inversión a Nivel de Perfil y la omisión de realizar otros estudios pactados contractualmente.
26. Particularmente, debemos precisar que este Tribunal ha corroborado que el Estudio Tráfico observado por INVERMET, efectivamente corresponde a parte de las obligaciones recogidas para el Informe N°3; así mismo, se ha ratificado que el Estudio de Pre Inversión a Nivel de Perfil, también observado por la ENTIDAD, sí forma parte de las obligaciones recogidas para el Informe N° 2.



28. En este sentido, este Tribunal considera que, si bien la observación relativa a la no presentación del *Estudio de Tráfico* no resulta pertinente, pues corresponde al Informe o Entregable N°3, existen otras obligaciones que no fueron realizadas en el Informe N° 02. Más aún, este Tribunal ha tenido en cuenta que las demás observaciones efectuadas por INVERMET, no han sido objeto de ningún tipo de oposición parte de ROSART, sino que por el contrario, de sus comunicaciones presentadas con fecha 25 de febrero y 21 de marzo, sin dar mayor nivel de detalle, considera que estas han sido levantadas.
29. En efecto, ROSART afirma que tales observaciones fueron levantadas en las comunicaciones citadas por esta misma, sin embargo, en su escrito de demanda no aporta nuevos elementos técnicos que acrediten tal cumplimiento. Del mismo modo, tal levantamiento de observaciones tampoco se sustenta en las cartas presentadas por ROSART con fecha 25 de febrero y 21 de marzo de 2014 (Anexos 1-E y 1-F del escrito de demanda), siendo que en ambos documentos se refiere únicamente – sin efectuar mayor detalle, que se está procediendo al levantamiento de lo observado y se adjunta un CD con la información correspondiente. Tal CD tampoco forma parte del escrito de demanda.
30. Sobre el tema, el artículo 1329° del Código Civil establece que la *"(...) inejecución de una obligación, o su cumplimiento tardío, parcial o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor"*. Ello quiere decir que el cumplimiento de lo pactado debe ser demostrado por quien ha contraído la obligación contractual en nuestro caso ROSART; del mismo modo, en caso que el acreedor – en este caso INVERMET, quiera demostrar que el Contratista ha actuado con culpa grave, inexcusable o dolo, igualmente le corresponderá desarrollar una actividad probatoria adicional.
31. OSTERLING PARODI⁶ establece, refiriéndose al Código Civil de 1984 los siguiente:
- "El nuevo Código señala en sus artículos 1329 y 1330 principios inconfundibles. Se presume -dice la ley- que la inejecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor; agregando que la prueba del dolo o de la culpa inexcusable corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial tardío o defectuoso. Luego, si el deudor quiere eximirse de responsabilidad, deberá probar que la inejecución obedece a una causa no imputable -ausencia de culpa salvo que la ley o el pacto lo obliguen a probar, como causa exoneratoria el caso fortuito o fuerza mayor. Y, a su turno, si el acreedor pretende agravar la responsabilidad del deudor deberá probar que la inejecución obedece a dolo o a culpa inexcusable".*
32. Siendo así, correspondía a ROSART en el transcurso del presente proceso arbitral, acreditar que había cumplido con levantar las observaciones formuladas por INVERMET, hecho que sin embargo no se aprecia de los actuados en el presente

⁶ OSTERLING PARODI, Felipe. Inejecución de Obligaciones: Dolo y Culpa. En: <http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/Inejecucion%20de%20Obligaciones.pdf>

37. Sin embargo, no puede considerarse que el mayor tiempo que tome la Entidad en evaluar el entregable de su contraparte, pueda ser considerado como una caducidad de su derecho a evaluar o revisar, como tampoco una aprobación tácita del producto presentado. En efecto, la caducidad implica la extinción de un derecho y solo ocurre cuando así expresamente – y bajo ningún nivel de duda – haya sido consignado en la Ley o en el Contrato, siendo que en ninguno de ambos instrumentos, se ha consignado que transcurridos los diez (10) días calendario sin pronunciamiento de la Entidad, caduque su posibilidad o prerrogativa de formular observaciones.

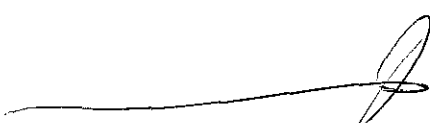
En efecto, transcurrido el plazo de diez días con el que contaba la Entidad para evaluar el producto, el Contratista podría haber formulado ampliación de plazo o – bajo cualquier otra forma - imputado las eventuales consecuencias directas o indemnizatorias que el retraso le pudiese generar respecto de los siguientes entregables, cosa que no se aprecia de autos. Por el contrario, carecía de título específico para dar por aprobado el producto entregado.

38. En cuanto al silencio positivo, que igualmente se afirma para la aprobación – tanto del Producto o Informe N° 2 como también para el Informe N° 3, cabe precisar que la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, incorpora la figura del silencio aprobatorio o silencio contractual positivo, en casos específicos expresamente sancionados con dicha consecuencia: Tales supuestos son la aprobación de ampliaciones de plazo, cambio de residente de obra y aprobación de la liquidación del Contrato (de Obra).

No puede extrapolarse tales tres supuestos específicos a casos distintos como los que nos ocupan. Más aun, la Ley del Silencio Administrativo- Ley N° 29060, expresamente establece que el silencio positivo no puede generar obligaciones patrimoniales de pago (Primera Disposición Transitoria, Complementaria y Final), como los que se derivarían de la aprobación ficta del Entregable N° 2 o N° 3.

39. Bajo el escenario planteado, tenemos que el Informe N° 2 fue entregado en plazo previsto en el contrato, esto es el día 05 de febrero de 2014. Pero, este fue observado mediante Carta N° N° 036-2014-INVERMET-GP recibida el 17 de febrero de 2014; lo que implica que el Contratista debía proceder a su levantamiento dentro de los cinco (5) días calendario siguientes, es decir hasta el 22 de febrero de 2014, pero al ser sábado, correspondía entregarlo como máximo el lunes 24 de febrero de 2014.

40. El Contratista, sin embargo, no remitió el documento de levantamiento de observaciones sino hasta el 25 de febrero de 2016, es decir, con un (1) día de atraso. Es así que, la Entidad, al evaluar lo presentado, concluye que no se ha levantado la totalidad de las observaciones, y por ello, le otorga un plazo adicional de 5 días calendario para subsanar lo requerido, bajo apercibimiento de resolverse el contrato. Ello, se llevó a cabo a través de la Carta N.° 60-2014-INVERMET-GP con fecha de recepción del 28 de febrero de 2014; con lo cual, la subsanación solicitada debía entregarse como máximo el 05 de marzo del mismo



INVERMET sino hasta el 05 de mayo de 2014, es decir con sesenta y nueve (69) días de atraso, conforme se verifica de la simple constatación de la Carta N° 075-2014 de ROSART fecha el 2 de mayo de 2014 y con sello de ingreso a mesa de partes de INVERMET del mencionado 05 de mayo.

Para mayor claridad véase el siguiente cuadro:

Informe N°3	
Según Contrato 25/02/2014	Ejecución según Carta N° 075-2014- Rosart 05/05/2014
Retraso de 69 días	

44. Sobre este tema, resultan igualmente aplicable lo establecido para el entregable anterior, en cuanto no puede reputarse por cumplido un producto con su simple presentación, más aun si su aprobación estaba sujeta a la aprobación de la Entidad. En tal sentido, no existe aprobación del Entregable N° 3 a la fecha de resolución del contrato, hecho comunicado por la Entidad el 26 de mayo del año 2014.

45. A mayor abundamiento, es importante recordar que tanto los contratos públicos como privados, tiene el fin de satisfacer diferentes intereses de las partes contratantes. Para ello, la obligación pactada deberá efectuarse en forma íntegra, idéntica y oportuna; de lo contrario nos encontraríamos ante un supuesto de incumplimiento contractual, pues una de las partes no vería satisfecho su interés originalmente pactado.

Bajo esa línea, el artículo 49 de la Ley de Contrataciones del Estado ya citado, refiere que los contratistas se obligan a cumplir cabalmente con lo pactado, sin que se haya establecido ni en la norma, como tampoco en el Contrato, ninguna forma o procedimiento de aplicación de silencio aprobatorio, como ya se ha explicado.

46. A mayor abundamiento de los hechos que son materia de análisis del presente apartado, es menester recordar el principio de oportunidad, por el cual se entiende que la obligación ofrecida deberá realizarse en el tiempo y lugar pactado. Así, Palacios Martínez⁹ nos menciona que *"el principio de oportunidad se vincula a las circunstancias de cumplimiento, es decir, que el cumplimiento se realice en el tiempo y lugar de acuerdo al programa prestacional sobre el que desarrolla la relación obligatoria"*.

⁹ PALACIOS, Eric y NUÑEZ, Ysmael. Teoría General de las Obligaciones. Juristas Editores EIRL, Lima 2004, Pág.150-151.

52. En tal sentido, tales prestaciones corresponden al Segundo Punto Controvertido, el que debe ser resuelto del siguiente modo:

*Declarar **IMPROCEDENTE** la Segunda Pretensión Principal de la demanda comprendida en el Segundo Punto Controvertido del presente proceso arbitral y, por su efecto, determinar que no corresponde pagar a ROSART la suma de S/113,564.20, al no haberse aprobado el Segundo y Tercer Entregables el Contrato N° 040 – 2013 – INVERMET – CONS, cada uno por S/. 56,782.60.*

a.3) Respecto al pago de intereses legales.

53. Sobre este tema, cabe traer a colación lo dispuesto en el artículo 181 del citado cuerpo legal, el cual en su tenor recoge:

"Artículo 181.- Plazos para los pagos

La Entidad deberá pagar las contraprestaciones pactadas a favor del contratista en la oportunidad establecida en las Bases o en el contrato. Para tal efecto, el responsable de otorgar la conformidad de recepción de los bienes o servicios, deberá hacerlo en un plazo que no excederá de los diez (10) días calendario de ser éstos recibidos, a fin que la Entidad cumpla con la obligación de efectuar el pago dentro de los quince (15) días calendario siguientes, siempre que se verifiquen las demás condiciones establecidas en el contrato.

(...)"

54. ROSART solicita el pago de intereses legales derivados de la retención de la suma de los montos adeudados, que en este caso corresponderían al Informe N° 03 por la suma ascendiente a S/. 56, 782.60 (Cincuenta y Seis Mil Setecientos Ochenta y Dos con 60/100 Nuevos Soles). Al respecto, lo dispuesto por el artículo artículo 48° de la Ley de Contrataciones del Estado, establece en su primer párrafo lo siguiente:

"Artículo 48.- Intereses y penalidades

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



Servicio. Sobre ello, INVERMET acota que no corresponde la emisión de tal Constancia, toda vez que el producto brindado es uno defectuoso y que se entregó en forma tardía.

58. Sobre este tema, el artículo 178° del Reglamento, establece lo siguiente:

"Artículo 178.- Constancia de prestación

Otorgada la conformidad de la prestación, el órgano de administración o el funcionario designado expresamente por la Entidad es el único autorizado para otorgar al contratista, de oficio o a pedido de parte, una constancia que deberá precisar, como mínimo, la identificación del objeto del contrato, el monto correspondiente y las penalidades en que hubiera incurrido el contratista.

Sólo se podrá diferir la entrega de la constancia en los casos en que hubieran penalidades, hasta que éstas sean canceladas."

59. Al no haberse obtenido la conformidad de los Entregables N° 2 y N° 3, como ya se ha explicado, no corresponde otorgar la Constancia de la Prestación.

60. Por ende, el respectivo punto controvertido, debe ser resuelto de la siguiente forma:

*"Declarar **IMPROCEDENTE** la Cuarta Pretensión de la demanda, comprendida en el Cuarto Punto Controvertido del presente caso arbitral y, por su efecto, determinar que no corresponde otorgar la Constancia de Conformidad de servicios a favor del Contratista, al haberse concluido con la consultoría derivada del Contrato N° 040 – 2013 – INVERMET – CONS".*

- b) Respecto a la aplicación de penalidad por mora y la resolución de contrato efectuado por INVERMET.**

B.1.- De la penalidad por mora.

61. Según lo desarrollado en el apartado precedente, se ha determinado que ROSART incurrió en retraso injustificado para la entrega de los Informes N°2 y N°3, y siendo tal retraso la causa que dio mérito a la aplicación de penalidad impuesta por INVERMET y, sobre la afirmación de haberse acumulado la máxima penalidad por mora, a la correspondiente resolución de contrato. Corresponde en esta sección, determinar si dicha penalidad se efectuó conforme a lo dispuesto en la Normativa de Contrataciones Públicas y si en efecto, se ha acumulado la máxima penalidad por mora, para cada tramo o entregable presentado o entregado de modo tardío.

Dicho análisis reviste vital importancia, toda vez que con el podremos determinar si la resolución de contrato deducida por INVERMET es válida o no.

Cuando se llegue a cubrir el monto máximo de la penalidad, la Entidad podrá resolver el contrato por incumplimiento.

Para efectos del cálculo de la penalidad diaria se considerará el monto del contrato vigente."

(Resaltado nuestro)

65. Así mismo, el Anexo 32 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, menciona que la mora es: *"El retraso parcial o total, continuado y acumulativo en el cumplimiento de prestaciones consistentes en la entrega de bienes, servicios o ejecución de obras sujetos a cronograma y calendarios contenidos en las Bases y/o contratos"*

Bajo esa línea, el jurista Jorge Pachas¹⁰ nos menciona que: *"la mora del deudor tiene lugar cuando éste no cumple puntualmente su principal deber dentro de la obligación, que es la prestación a que se ha comprometido. La penalidad por Moira es de origen normativo"*

66. Según lo mencionado, la penalidad por mora tiene como objeto establecer una condena pecuniaria al contratista que no realizó oportunamente su prestación; particularmente, en la normativa de contrataciones públicas dicha sanción se aplicará hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente. Así las cosas, y teniendo en cuenta que ROSART ha incurrido en retraso injustificado para el cumplimiento de sus obligaciones contractuales – tal como analizamos en el acápite anterior- nos corresponde analizar la forma en qué forma se debe aplicar la penalidad por mora antes comentada.

67. Al respecto, este Tribunal advierte que el CONTRATO objeto análisis es uno de ejecución periódica, toda vez que la obligación principal está dividida en varias prestaciones – llámese Informe N°1, N°2, N°3 e Informe Final - que se ejecutan en fechas preestablecidas con intervalos de tiempo entre las mismas. Sobre este tema, Manuel De La Puente Y Lavallo¹¹ precisa que *"(...) el contrato es de ejecución periódica, llamado también de tracto sucesivo, cuando la obligación contractual da lugar a varias prestaciones instantáneas del mismo carácter (generalmente de hacer, pero que puede ser también de dar) que deben ejecutarse periódicamente - de un modo fraccionado con una cierta distancia temporis una de la otra- durante la vigencia del contrato, por tener las partes interés de satisfacer una necesidad que presenta el carácter de periódica. (...)"*

¹⁰ PACHAS, Jorge *"La penalidad por mora en la ejecución de los contratos regulados por la Ley de Contratación del Estado"*. Revista Digital Gestión Pública y Desarrollo. Lima, 2010. Pag. C7- C8

¹¹ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El Contrato en general*, Tomo I, Lima: Palestra Editores S.R.L., segunda edición, 2003, pág. 184.

sobre un plazo de cumplimiento de 60 días pactados. El tramo de este monto correspondía también a la suma de S/. 56,782.6 (cincuenta y seis mil setecientos ochenta y dos y 60/100 soles).

Veamos en este sentido, el cálculo de su penalidad diaria, aplicando la mencionada fórmula de la siguiente forma:

$$\frac{0.10 \times 56,782.6}{0.40 \times 60}$$

Lo que nos arroja una penalidad diaria de S/. 256.59.

Multiplicando S/.256.59 por 69, tenemos que la penalidad total correspondiente al Entregable 3 ascendía a la suma de S/. 16,324.71. Esta cifra es superior al 10% del tramo o segmento del contrato bajo análisis, por lo cual ha superado la penalidad máxima, ascendente a S/. 5,678.26 que es el 10% del respectivo tramo o segmento del Contrato.

72. Dicho de otro modo, respecto al Informe N° 3, si se ha acumulado la máxima penalidad por mora, estando facultada la Entidad, a su discreción, a proceder con la resolución del Contrato.
73. Sumando el total de las penalidades acumuladas, estas suman en total S/. 11,356.52 (Once mil trescientos cincuenta y seis y 52/100 soles).
74. En consecuencia, la Tercera Pretensión Principal de la demanda, comprendida en el Quinto Punto Controvertido del presente caso arbitral, debe ser resuelta de la siguiente forma:

*Declarar **INFUNDADA** la Tercera Pretensión Principal comprendido en el Quinto Punto Controvertido del presente proceso arbitral y, por su efecto, declarar que corresponde aplicar la máxima penalidad, ascendente al 10% del Contrato N° 040 - 2013 - INVERMET - CONS, conforme al análisis efectuado.*

B.2.- Sobre la resolución de contrato.

75. Conforme a lo desarrollado en líneas precedentes, es decir al haberse superado la máxima penalidad por mora tanto respecto del Informe N° 2 como del Informe N° 3, individualmente considerados, INVERMET se encontraba facultado para

continuar esperando el cumplimiento. En el caso del Entregable N° 2, acumulada la máxima penalidad por mora, la Entidad no procedió a resolver el contrato, generando con ello que el 21 de marzo de 2014, estando vigente aún el contrato (es decir no habiéndose resuelto), el Contratista presentase un segundo levantamiento de observaciones.

Este segundo levantamiento de observaciones no fue respondido por la Entidad a ROSART, ni para confirmar que se mantenía la observación, ni mucho menos para manifestar cualquier forma de conformidad o cumplimiento total o parcial.

78. Del mismo modo, respecto del Entregable N° 3, este fue entregado largamente en exceso del máximo plazo establecido y acumulada ya la máxima penalidad por mora, el 05 de mayo de 2014. En tal oportunidad el Contrato no había sido aún resuelto, sino que por el contrario, se encontraba vigente.

El Contrato no fue resuelto sino hasta el 25 de mayo de 2014, es decir veinte (20) días calendario posteriores a la presentación del Entregable N° 3, sin que la Entidad haya emitido comunicación alguna, ni para rechazarlo de plano, ni mucho menos para aceptarlo o someterlo a evaluación.

79. En esa línea, tanto el segundo levantamiento de observaciones del Entregable N° 2, como el Entregable N° 3, fueron entregados por ROSART a la Entidad, estando vigente el Contrato celebrado entre las partes. Como hemos visto, si bien la Entidad acumulada la máxima penalidad por mora, se encuentra facultada a resolver el contrato, no se encuentra obligada a ello, puesto que se trata únicamente de un escenario posible, cuya ejercicio depende de su única y absoluta discrecionalidad.

80. Por el contrario, el Contratista presentó sendos documentos relacionados al cumplimiento de sus entregables pendientes, sin que haya existido un pronunciamiento de la Entidad, ni en sentido desaprobatorio o aprobatorio. De hecho, al resolver el Contrato el 25 de mayo de 2014 (veinte días luego de la presentación del Entregable N° 3), la Entidad tenía pendiente de responder las comunicaciones del Contratista del 21 de marzo de 2014 y del 05 de mayo de 2014, documentos que habían sido presentados dentro del período de exceso de la penalidad por mora en el que la Entidad había optado por no resolver Contrato.

En esa línea, antes de resolver contrato, **debió haber emitido su respectivo pronunciamiento y, solo luego de considerar que no cumplían con lo solicitado o efectuar cualquier eventual observación en el específico caso del Entregable N° 3, la Entidad hubiera vuelto a quedar facultada a resolver el Contrato.**

81. **En esa línea, no puede imputársele al Contratista la resolución del Contrato por la acumulación de la máxima penalidad por mora, puesto que durante dicho período de vencimiento – y sin que la Entidad haya ejercido la opción resolutoria, el Contratista había presentado dos documentos por los que consideraba su**

LAUDA:

PRIMERO: Declarar **FUNDADA EN PARTE** la Primera Pretensión Principal de la demanda, comprendida en el Primer Punto Controvertido del presente proceso arbitral y, por su efecto, declarar que corresponde declarar nula la Resolución de Contrato N° 040 – 2013 – INVERMET – CONS efectuada por la Entidad, mediante Carta Notarial N° 312 – 2014, notificada al Contratista en fecha 26 de mayo del 2014” en cuanto se imputa responsabilidad de ROSART y, modificándola, declarar que el contrato queda resuelto sin responsabilidad de las partes.

SEGUNDO: Declarar **IMPROCEDENTE** la Segunda Pretensión Principal de la demanda comprendida en el Segundo Punto Controvertido del presente proceso arbitral y, por su efecto, determinar que no corresponde reconocer a ROSART la suma de S/113,564.20, al no haberse aprobado el Segundo y Tercer Entregables el Contrato N° 040 – 2013 – INVERMET – CONS, cada uno por S/. 56,782.60.

TERCERO: Declarar **IMPROCEDENTE** el Tercer Punto Controvertido del presente proceso arbitral, que forma parte de la Segunda Pretensión Principal de la demanda y, en consecuencia, declarar que no corresponde el Tribunal Arbitral reconozca al Contratista ROSART el pago de intereses legales que corresponden a los montos del Segundo y Tercer Entregable, según lo estipulado en el CONTRATO N° 040 – 2013 – INVERMET – CONS.

CUARTO: Declarar **IMPROCEDENTE** la Cuarta Pretensión de la demanda, comprendida en el Cuarto Punto Controvertido del presente caso arbitral y, por su efecto, determinar que no corresponde otorgar la Constancia de Conformidad de servicios a favor del Contratista, al haberse concluido con la consultoría derivada del Contrato N° 040 – 2013 – INVERMET – CONS.

QUINTO: Declarar **INFUNDADA** la Tercera Pretensión Principal comprendido en el Quinto Punto Controvertido del presente proceso arbitral y, por su efecto, declarar que corresponde aplicar la máxima penalidad, ascendente al 10% del Contrato N° 040 – 2013 – INVERMET – CONS, conforme al análisis efectuado.

SEXTO: Dispóngase que corresponde a cada parte asumir el 50% de los honorarios del Tribunal Arbitral y Secretaría Arbitral, debiendo asumir cada parte los propios gastos que le hubiese devengado su defensa en el presente caso arbitral.

