

Caso Arbitral **Nº 048-2006/CONSUCODE**

Demandante: **Asesoría y Negocios Financieros S.A. (ASFINSA)**
Demandado: **OSIPTEL**

CÉDULA DE NOTIFICACIÓN Nº 578 -2007

Destinatario: **OSIPTEL**
Dirección: **Calle de la Prosa Nº 136, San Borja,**
Atención: **Apoderado**

RECIBIDO

2007 MAR 23 PM 3:38

OSIPTEL

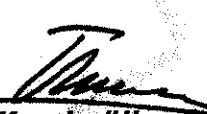
Por medio de la presente cumplimos con notificarles de la Resolución Nº 05 expedida por el Árbitro Unico, doctor Javier de Belaunde López de Romaña, encargado de resolver el proceso de la referencia y que corresponde al Laudo Arbitral de Derecho de fecha 20 de marzo de 2007, para cuyo efecto se adjunta un ejemplar original de la misma (16 folios).

Del mismo modo, cumplimos con indicar que la notificación se realiza dentro del plazo previsto por el artículo 53º de la Ley General de Arbitraje.

Lo que notificamos a ustedes de acuerdo a Ley.

Jesús María, 21 de marzo de 2007.




Franz Kundmüller Caminiti
Gerente de Conciliación y Arbitraje
CONSUCODE

GCA/JJPR

Expediente Arbitral	: N° 048-2006/SNCA-CONSUCODE
Demandante	: Asesoría y Negocios Financieros S.A.
Demandado	: Organismo Supervisor de Inversión Privada - OSIPTEL
Materia	: Nulidad de Resolución de Contrato
Árbitro	: Dr. Javier de Belaunde López de Romaña

LAUDO ARBITRAL

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO DICTADO EN EL ARBITRAJE SEGUIDO POR ASESORIA Y NEGOCIOS FINANCIEROS S.A. CONTRA EL ORGANISMO SUPERVISOR DE INVERSION PRIVADA – OSIPTEL SOBRE NULIDAD DE RESOLUCION DE CONTRATO, ANTE EL ÁRBITRO ÚNICO DOCTOR JAVIER DE BELAÚNDE LOPEZ DE ROMAÑA.

Resolución No. 05

Lima, 20 de marzo de 2007

VISTOS:

I. EXISTENCIA DE UN CONVENIO ARBITRAL

Con fecha 12 de enero de 2006, **ASESORIA Y NEGOCIOS FINANCIEROS S.A.** (en adelante ASFINSA) y el **ORGANISMO SUPERVISOR DE INVERSION PRIVADA** (en adelante OSIPTEL) suscribieron el Contrato N° 00001-2006/OSIPTEL, (en adelante, EL CONTRATO), el cual tuvo su origen en el Concurso Público N° 00002-2005-GAF/OSIPTEL convocada por OSIPTEL.

En la Cláusula Décima de EL CONTRATO, se estipuló que cualquier controversia o reclamo que surja o se relacione con la ejecución o interpretación del mismo, sería resuelta de manera definitiva mediante Arbitraje de Derecho, de conformidad con las disposiciones de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones y su Reglamento.

II. DESIGNACIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO

Mediante Oficio No. 1421-2006-CONSUCODE/RCA, de fecha 04 de mayo de 2006, se designó como Árbitro Único, en defecto de un acuerdo entre ASFINSA y OSIPTEL, a quien expide este Laudo, doctor Javier de Belaúnde Lopez de Romaña.

Mediante Audiencia de Instalación, de fecha 21 de julio de 2006, el Árbitro Único se ratificó en la aceptación del cargo y ambas partes manifestaron su conformidad con dicha designación.

III. PRETENSIÓN PLANTEADA POR ASFINSA EN SU ESCRITO DE DEMANDA, ASÍ COMO ARGUMENTOS Y MEDIOS PROBATORIOS QUE LA SUSTENTAN

Mediante escrito presentado con fecha de fecha 20 de marzo de 2006, ASFINSA presentó su demanda formulando las siguientes pretensiones:

3.1. Pretensiones formuladas por ASFINSA

- 3.1.1. *Que se declare nula y sin efecto ni valor legal alguno la Resolución de Gerencia General N° 070-2006-GG/OSIPTTEL, de fecha 24 de febrero del 2006, recibida por mi representada el 27-02-06 a las 17:50 horas, adjuntando adicionalmente, a la carta Notarial N° 151-GG-GF/2006, el Informe N° 008-GF/2006, mediante la cual se resolvió la totalidad del Contrato N° 00001-2006/OSIPTTEL celebrado entre ambas partes.*
- 3.1.2. *Que se tenga por aprobado la tercera versión del Primer Informe o Informe de Revisión de Literatura, que presentamos con carta de fecha 15 de febrero del 2006.*
- 3.1.3. *Que el demandado cumpla con pagarnos la suma de S/. 75,344.85, incluido el Impuesto General a las Ventas, correspondiente al pago del 15% del total de la retribución pactada en el contrato celebrado, más los intereses legales devengados y los que se devenguen hasta la fecha de pago.*
- 3.1.4. *Que el demandado nos indemnice con el pago de DOSCIENTOS SETENTA Y DOS MIL SESENTA Y TRES NUEVOS SOLES CON 00/100 NUEVOS SOLES (S/. 272,063.00) por los daños y perjuicios que nos ha causado.*
- 3.1.5. *Que se condene a OSIPTTEL al pago de costos y costas.*

3.2. Fundamentos de Hecho de la demanda

ASFINSA sustentó sus pretensiones en los siguientes fundamentos:

- 3.2.1. En el año 2005, OSIPTTEL llevó adelante el Concurso Público N° 00002-2005-GAF/OSIPTTEL "Segunda Convocatoria" (en adelante el Concurso Público), con la finalidad de seleccionar una empresa consultora que se encargue de realizar un estudio de evaluación de impacto de los proyectos del Fondo de Inversión en Telecomunicaciones (en adelante FITEL). Así, mediante Resolución de Presidencia N° 127-2005-PD/OSIPTTEL, de fecha 15 de diciembre de 2005, ASFINSA resultó ganadora del proceso de selección obteniendo la Buena Pro; procediéndose a la firma de EL CONTRATO el día 12 de enero de 2006.
- 3.2.2. Posteriormente, mediante carta de fecha 02 de febrero de 2006, ASFINSA remitió al señor Jesús Guillén Marroquín, Gerente de FITEL, el informe N° 01 de revisión de Literatura. Con respecto a esta primera versión del informe, la gerencia de FITEL señaló, mediante carta C.025- GF/2006, de fecha 03 de febrero de 2006, que si bien el documento había sido entregado oportunamente, éste no cumplía con las especificaciones establecidas en los Términos de Referencia, contenidas en el anexo 1 de las bases integradas del Concurso Público. Por tanto, OSIPTTEL requirió a los demandantes que corrijan el informe según las observaciones planteadas y lo remitan nuevamente dentro del plazo de tres días útiles, de lo

contrario, procederían a resolver el contrato suscrito y a cobrar las penalidades correspondientes.

- 3.2.3.** En vista de lo anterior, los representantes de ASFINSA solicitaron una reunión con los funcionarios de OSIPTEL para que estos precisen, de conformidad a lo establecido en los Términos de Referencia- en que consistían sus requerimientos. En esta reunión realizada el día 06 de febrero de 2006, los funcionarios de OSIPTEL señalaron que el informe debía contener una revisión exhaustiva de la literatura disponible a nivel mundial referente a los temas de impacto macro y micro económico y beneficios sociales y económicos de las telecomunicaciones.

Al respecto, ASFINSA sostiene que en los Términos de Referencia de las Bases Integradas, nunca se incluyó nada respecto del ámbito mundial que debía tener la búsqueda de literatura del informe, por tanto, lo señalado en esta reunión no era propiamente una interpretación del contenido de los términos de referencia, sino una serie de disposiciones distintas.

- 3.2.4.** Mediante carta de fecha 08 de febrero de 2006, ASFINSA presentó al Gerente de FITEL, señor Jesús Guillén Marroquín, la segunda versión del Informe de Revisión de Literatura. Sin embargo, el 14 de febrero de ese mismo año el Gerente General de OSIPTEL remitió a los demandantes una carta dando cuenta que el informe nuevamente sería rechazado por no cumplir con el nivel de calidad esperado; por tal motivo, OSIPTEL otorgó a los demandantes un plazo adicional de un día útil para que estos presenten una nueva versión del informe.

Adicionalmente, OSIPTEL requirió que ASFINSA presente la primera y segunda versión del Informe, precisando las variaciones efectuadas en el desarrollo del documento.

- 3.2.5.** ASFINSA señala que el Informe fue terminado en el plazo indicado, sin embargo, al llegar a mesa de partes el día 15 de Febrero de 2006 fueron impedidos de presentarlo, puesto que, ya había culminado el horario de atención a los usuarios; finalmente, ante la insistencia, los funcionarios de OSIPTEL aceptaron el documento, pero le colocaron un sello con fecha del día siguiente.

No obstante lo anterior, los trabajadores de ASFINSA enviaron el informe, el mismo 15 de febrero, vía facsímil y correo electrónico al Gerente General de OSIPTEL, señor Jaime Cárdenas, y al Gerente de FITEL, señor Jesús Guillén.

- 3.2.6.** Habiéndose vencido el plazo de diez días -señalado en la Cláusula Cuarta de EL CONTRATO- para que OSIPTEL califique el informe, ASFINSA cursó una carta, el 27 de febrero de 2006 solicitando a la Gerencia de OSIPTEL una respuesta respecto del informe presentado; ese mismo día el Gerente General de OSIPTEL remitió la carta C.151-GG.GF/2006, comunicando que el incumplimiento contractual materia de requerimientos aún continuaba y, en consecuencia, procederían a resolver EL CONTRATO, asimismo adjuntó copias de la resolución de Gerencia General N° 070-2006GG/OSIPTEL y del Informe N° 008-GF/2006.

En dichos documentos, OSIPTEL señala que, en algunos casos el informe se limitaba a copiar textos pretendiendo pasarlos como propios. Sin embargo, ASFINSA niega categóricamente dichas alegaciones, admitiendo que pudieron haber omitido de manera involuntaria citar a los autores de algunos de los textos utilizados pero de ninguna manera esto significaba la configuración de un

supuesto de plagio. Asimismo, alegan que el informe no había sido revisado por las personas adecuadas.

3.3. Fundamentos de Derecho de la demanda

3.3.1. ASFinsa considera que procedió de conformidad a las reglas de la buena fe:

El artículo 1362 del Código Civil señala que: *"Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes"*.

En este sentido, los demandantes señalan que procedieron de buena fe al acceder a corregir el informe presentado el 02 de febrero de 2006 de acuerdo a los nuevos requerimientos de OSIPTEL.

3.3.2. Los demandantes consideran que OSIPTEL ha actuado de mala fe:

a. La Cláusula Octava de El CONTRATO, indica lo siguiente:

"Cualquiera de las partes puede resolver el contrato por incumplimiento de las obligaciones establecidas en el presente contrato, en los siguientes términos y de acuerdo al procedimiento que se detalla a continuación:

- (i) Frente al incumplimiento por parte de EL CONTRATISTA de alguna de sus obligaciones establecidas en el presente contrato, OSIPTEL remitirá una carta notarial requiriéndole para que cumpla en un plazo máximo de quince (15) días útiles, bajo apercibimiento de resolución del contrato.*
- (ii) Transcurrido el plazo referido en el numeral i) precedente, sin que el incumplimiento haya sido subsanado a satisfacción de OSIPTEL, éste podrá resolver el contrato mediante la remisión por vía notarial de la Resolución de Gerencia General en la cual manifieste dicha decisión y los motivos que la justifican. El contrato quedará resuelto de pleno derecho a partir de la recepción de dicha comunicación por parte de EL CONTRATISTA".*

Esta Cláusula además concuerda con lo dispuesto en el artículo 226° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado al recoger la figura de la "resolución por intimación". De esta manera, ASFinsa afirma que OSIPTEL actuó de mala fe al otorgarle un plazo demasiado corto para subsanar los errores señalados.

3.3.3. ASFinsa considera que el Informe de Revisión de Literatura fue presentado oportunamente:

a. La Cláusula Primera de El CONTRATO establece que:

"(...) Para todo lo demás que no está expresamente contemplado en los documentos antes señalados rigen las disposiciones de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento, y todas las disposiciones legales aplicables en materia de contrataciones y adquisiciones del Estado".

- b. En este sentido, el artículo 29 del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado aprobado por Decreto supremo N° 083-2004-PCM, dispone que:

"La elaboración de las Bases recogerá lo establecido en esta Ley y su Reglamento, las que se aplicaran obligatoriamente. Solo en caso de vacío de éstas se observarán las normas generales de procedimientos administrativos y las del derecho común".

- c. Por otro lado, la Ley del Procedimiento Administrativo General (Ley 27444) indica lo siguiente en los incisos 1.6 y 1.10 del Artículo IV de su Título Preliminar:

"1.6. Principio de informalismo.- Las normas de procedimiento deben ser interpretadas en forma favorable a la admisión y decisión final de las pretensiones de los administrados, de modo que sus derechos e intereses no sean afectados por la exigencia de aspectos formales que puedan ser subsanados dentro del procedimiento, siempre que dicha excusa no afecte derechos de terceros o el interés público".

"1.10. Principio de eficacia.- Los sujetos del procedimiento administrativo deben hacer prevalecer el cumplimiento de la finalidad del acto procedimental, sobre aquellos formalismos cuya realización no incida en su validez, no determinen aspectos importantes en la decisión final, no disminuyan las garantías del procedimiento, ni causen indefensión a los administrados".

- d. Asimismo los incisos 123.2 y 123.3 del artículo 123 de la Ley materia de análisis, señala que:

123.2 Siempre que cuenten con sistemas de transmisión de datos a distancia, las entidades facilitan su empleo para la recepción de documentos o solicitudes y remisión de sus decisiones a los administrados.

123.3 Cuando se emplean medios de transmisión de datos a distancia, debe presentarse físicamente dentro del tercer día el escrito o la resolución respectiva, con cuyo cumplimiento se le entenderá recibido en la fecha de envío del correo electrónico o facsímil.

En este sentido, ASFINSA señala que EL CONTRATO se remite a la Ley del Procedimiento Administrativo para todo lo no expresamente contenido en él; en consecuencia será de aplicación los artículos antes mencionados y en virtud de estos se debería entender que el Informe fue presentado en la fecha correspondiente, puesto que, habría sido remitido a OSIPTEL vía correo electrónico y facsímil.

3.3.4. Fundamentos jurídicos por los que ASFINSA considera que la Resolución de Gerencia N° 070-2006-GG/OSIPTEL debe ser declarada nula:

El artículo 57° de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado dispone que:

"El Tribunal, en los casos que conozca declarará nulos los actos administrativos expedidos por las Entidades, (...) cuando contravengan las normas legales o prescindan de las normas esenciales del procedimiento (...)"

En este sentido, ASFINSA señala que la Resolución de Gerencia General N° 070-2006-GG/OSIPTEL, debe ser declarada nula al contravenir las disposiciones legales indicadas en el acápite precedente.

3.3.5. Fundamentos jurídicos por los cuales el demandante considera que el informe de revisión de literatura presentado el 15 de febrero de 2006 ha sido aprobado:

El demandante sostiene que el Informe presentado el 15 de febrero de 2006 ha quedado aprobado en virtud de la aplicación del silencio positivo, los fundamentos jurídicos indicados en la demanda son los siguientes:

- a. Los párrafos Cuarto y Quinto de la Cláusula Cuarta de EL CONTRATO indica:

"Los pagos serán cancelados luego de la aprobación del Informe por la Gerencia de FITEC de OSIPTEL de acuerdo a lo solicitado en los términos de referencia, su oferta técnica y económica y las bases del CP N° 00002-2005-GAF/OSIPTEL «Segunda Convocatoria».

El plazo de aprobación de los Informes no podrá exceder en diez (10) días calendarios luego de ser presentado por EL CONTRATISTA, asimismo el plazo de pago por parte de OSIPTEL no podrá exceder de diez (10) días calendarios desde la aprobación del Informe por parte de la Gerencia de FITEC.

- b. Los incisos 3 y 4 del artículo 33 de la Ley del procedimiento Administrativo en General señalan que:

"Los procedimientos de evaluación previa están sujetos a silencio positivo, cuando se trate de algunos de los siguientes supuestos:

Procedimientos en los cuales la trascendencia de la decisión final no pueda repercutir directamente en administrados distintos del peticionario, mediante limitación, perjuicio o afectación a sus intereses o derechos legítimos.

Todos los otros procedimientos a instancia de parte no sujetos al silencio negativo taxativo contemplado en el artículo siguiente, salvo los procedimientos de petición graciable y de consulta que se rigen por su regulación específica"

3.3.6. Fundamentos por los que OSIPTEL estaría obligada a pagar la suma pactada en el contrato:

ASFINSA considera que el informe presentado el 15 de febrero ha sido aprobado por OSIPTEL y en ese sentido corresponde que esta entidad cumpla con pagar la contraprestación pactada en EL CONTRATO, los fundamentos jurídicos indicados por el demandante son los siguientes:

- a. La Cláusula Cuarta de EL CONTRATO establece que :

"Por la prestación del servicio materia del presente contrato, OSIPTEL se compromete a cancelar a favor del CONTRATISTA, el monto total de S/ 502,299.00 nuevos soles (quinientos dos mil nuevos soles y doscientos noventa y nueve y 00/100 Nuevos Soles) que incluye los tributos aplicables.



La retribución por los servicios prestados por EL CONTRATISTA será cancelado por OSIPTEL de acuerdo a lo solicitado en los términos de referencia, la oferta técnica y económica del postor ganador y las bases del CP N° 00002-2005-GAF/OSIPTEL «Segunda Convocatoria».

El 15% del total de la retribución, será cancelado cuando se cumpla con la entrega del Primer Informe a los 15 días útiles de la fecha de inicio de prestación del servicio."

b. Artículo 1361.- Obligatoriedad de los contratos

Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos. Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla".

En este sentido, los demandantes alegan que a OSIPTEL le corresponde cumplir con la contraprestaciones a la que se obligo en el contrato, la cual asciende a S/ 502,299.00. nuevos soles.

3.3.7. Fundamentos por los cuales OSIPTEL estaría obligada a indemnizar a ASFINSA por concepto de daños y perjuicios:

ASFINSA señala que OSIPTEL esta obligada a indemnizarla en virtud de lo dispuesto por los artículos 1321 y 1322 del Código Civil, los cuales regulan la culpa inexcusable y el daño moral respectivamente.

3.4. Medios probatorios ofrecidos por ASFINSA

En calidad de medios probatorios, ASFINSA ofreció las pruebas documentales y exhibiciones citadas en el acápite de "Medios Probatorios", numerales 1 al 30, del escrito de demanda.

IV. POSICIÓN DE OSIPTEL RESPECTO DE LAS PRETENSIONES PLANTEADA POR ASFINSA Y LOS MEDIOS PROBATORIOS QUE LA SUSTENTAN

Mediante escrito presentado el 06 de abril de 2006, OSIPTEL contesta la demanda, negándola y contradiciéndola en todos sus extremos; exponiendo los fundamentos de hecho y de derecho por los cuales considera que las pretensiones contenidas en la demanda deben ser declaradas infundadas. Dicha posición se sustenta en lo siguiente:

4.1. Fundamentos de Hecho y de Derecho

4.1.1. OSIPTEL señala que se otorgó a ASFINSA la buena pro del Concurso Público N° 00002-2005-GAF/OSIPTEL (segunda convocatoria) llevado a cabo para la selección de una empresa consultora que se encargue de realizar un estudio de evaluación de impacto de los proyectos FITEL.

Algunas de las actividades a desarrollar en este estudio eran -de conformidad al literal a) del numeral 6 de los términos de referencia del Concurso - el entrevistar a los ejecutores de los proyectos y revisar la literatura referente a impacto macro y micro económico, impacto social, beneficios económicos y sociales de las

telecomunicaciones; lo cual debía realizarse en un plazo de quince días hábiles contados a partir de la suscripción del contrato, tal como aparece en las Bases del Concurso.

4.1.2. En este contexto, la empresa ASFINSA presentó el 02 de febrero de 2006 un primer Informe, que no cumplía con lo solicitado por OSIPTEL. Puesto que, sólo hacía referencia a la Literatura de los Proyectos FITEL, omitiendo revisar lo referente a impacto macro y microeconómicos, impacto social y beneficios económicos y sociales de las telecomunicaciones. Por tal motivo, con carta C.025-GF/2006, de fecha 03 de febrero de 2006, OSIPTEL, a través del Gerente de FITEL, le informa a ASFINSA que su primer informe no cumple con las especificaciones establecidas en los términos de referencia.

4.1.3. Posteriormente, con fecha 06 de febrero de 2006, el representante de OSIPTEL se reunió con la representante de ASFINSA con la finalidad de explicarle cual debía ser la estructura del Informe sobre revisión de literatura.

OSIPTEL señala que dicha explicación no modificaba los Términos de Referencia, sino que tenía como finalidad evitar que la ejecución del contrato sufra más contratiempos, por tal motivo se entregó a la empresa un modelo de informe similar, realizado por el consultor Abel Rodríguez.

4.1.4. Con carta de fecha 08 de febrero de 2006, ASFINSA presentó la segunda versión del Primer Informe; Sin embargo, OSIPTEL notó que este tenía varias deficiencias, por ejemplo, carecía de hilo conductor, las ideas se presentaban de manera desordenada y confusa, incluso en algunos casos no se hacía referencia a las fuentes de información consultadas. Por todas estas consideraciones mediante carta C.084-GG.GF/2006, de fecha 13 de febrero de 2006, OSIPTEL, vía conducto notarial, requiere a ASFINSA que cumpla con sus obligaciones contractuales.

4.1.5. Así el 16 de febrero de 2006, los demandantes presentaron la tercera versión del Primer Informe. Sin embargo, OSIPTEL señala, que este documento mantenía las mismas deficiencias que la versión anterior. Por ello, OSIPTEL concluyó que el informe elaborado por ASFINSA era un documento carente de utilidad y por Resolución N° 070-2006-GG/OSIPTEL de fecha 24 de febrero de 2006, decide resolver la totalidad de EL CONTRATO. Dicha decisión fue comunicada a ASFINSA por carta C.151-GG.GF/2006 de fecha 24 de febrero de 2006.

4.2. Posición de OSIPTEL respecto de las pretensiones de la demanda

4.2.1. Primera Pretensión:

a. Precisiones acerca del informe presentado por ASFINSA el 02 de febrero de 2006:

a.1. La demandante solicita que el Arbitro Único declare nula la Resolución de Gerencia General N° 070-2006-GG/OSIPTEL, para ello, alegan que el plazo otorgado por OSIPTEL de un día hábil no cumple con los requisitos legales establecidos en el artículo 226° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. Asimismo, ASFINSA considera que el Primer Informe sí fue presentado dentro del plazo otorgado por OSIPTEL, de conformidad con la

Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444 que regula la recepción por transmisión de datos a distancia.

- a.2. Por su parte OSIPTEL sostiene que, la versión del Informe de Revisión de literatura que ASFINSA presentó el 02 de febrero de 2006 no cumplía con lo exigido en los Términos de Referencia del Concurso. Por otro lado, señala que los demandantes tuvieron conocimiento oportuno de los requerimientos para elaborar el informe solicitado, dado que, el comité especial del Concurso Público, al absolver una de las consultas formuladas por la Empresa Ernst & Young, comunicó a todos los postores –incluido ASFINSA– cuáles eran los requerimientos para elaborar el informe de revisión de la literatura solicitado en los términos de referencia.

En efecto, en dicha consulta la empresa señalada preguntó a qué se refería OSIPTEL por “revisión de literatura” y en qué forma y en qué lugar estaría disponible dicha literatura. El Comité Especial del Concurso público absolvió esta consulta en la sesión de fecha 26 de setiembre 2005, la cual fue comunicada a los postores el mismo día a través del Sistema Electrónico de Adquisiciones y Contrataciones del Estado (SEACE). En la referida comunicación se señaló lo siguiente:

“Las bases se refieren a la literatura que sea necesaria como referencia para el estudio, es parte de la investigación que debe realizar la empresa encargada del estudio. La revisión deberá cubrir las temáticas del estudio tales como, por ejemplo: telecomunicaciones rurales, evaluación de impacto socio-económico, comunicación y desarrollo; metodologías de muestreo y de realización de evaluaciones participativas; entre otros. La revisión deberá también involucrar los reglamentos y normas de FITEC así como los documentos de los proyectos de forma tal que la consultora asegure contar con la información necesaria para el estudio. La revisión se hará sobre la información disponible en Osipitel o en fuentes de acceso público como Internet o bibliotecas especializadas o centros de investigación”.

- a.3. Pese a todas estas indicaciones, el informe de la revisión de la literatura (primera versión) presentada por ASFINSA sólo se limitó a revisar la página web de OSIPTEL y del Ministerio de Relaciones Exteriores sobre temas relacionados a los Proyectos de FITEC, omitiendo pronunciarse acerca de otros temas que eran materia de análisis. Por tales motivos y con la finalidad de facilitar la ejecución del contrato, OSIPTEL, se reunió con la representante de ASFINSA con la finalidad de reiterarle la explicación sobre el contenido que debía tener la revisión de literatura, lo cual consta en el Acta suscrita con fecha 06 de febrero de 2006.

b. **Precisiones acerca del plazo de un día hábil otorgado por OSIPTEL:**

- b.1. ASFINSA señala que OSIPTEL actuó con evidente mala fe al concederle plazo de un día hábil para cumplir con su prestación, dado que, dicho plazo no cumple con los requisitos legales establecidos por el artículo 226° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.
- b.2. Al respecto, OSIPTEL sostiene que al observar la primera versión del informe le otorgó a ASFINSA un plazo de 5 días calendario para subsanar las observaciones advertidas con lo cual se dio cumplimiento a lo señalado en el artículo 233° de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. Posteriormente, ASFINSA

presentó la segunda versión del Primer Informe, dentro del plazo señalado, pero mantuvo el incumplimiento de sus obligaciones contractuales.

c. **Precisiones acerca de la presentación del Informe de Revisión de Literatura:**

- c.1. Los demandantes señalan que presentaron el Informe oportunamente, puesto que éste fue enviado el mismo 15 de febrero de 2006 vía correo electrónico y facsímil al Gerente General de OSIPTEL y al Gerente de FITEL, de conformidad con el artículo 123° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444.
- c.2. Al respecto, OSIPTEL indica que las decisiones de la entidad administrativa, luego de celebrar el contrato respectivo con el particular, no se sujetan a las reglas de la Ley del Procedimiento Administrativo General, sino a las reglas contractuales pactadas, a las disposiciones de las normas de contrataciones públicas y finalmente a las reglas del Código Civil.
- c.3. Asimismo, OSIPTEL señala que el plazo de entrega del Informe sólo se mencionó de manera correlativa al resto de los hechos, lo que quiere decir que no fue uno de los motivos por los cuales se resolvió EL CONTRATO. Por tanto, no serían pertinentes las alegaciones de ASFINSA referidas a la forma y circunstancias de la entrega del informe.

d. **OSIPTEL señala cuáles fueron las razones que motivaron la resolución del contrato y porqué la Resolución General N° 070-2006-GG/OSIPTEL no debe considerarse nula:**

- d.1. En este sentido, OSIPTEL indica que la razón que motivó la resolución del contrato suscrito con ASFINSA fue que dicha empresa no cumplió con subsanar las deficiencias observadas mediante carta notarial C.084-GG.GF/2006 de fecha 13 de febrero de 2006.
- d.2. Finalmente, respecto de los cuestionamientos de ASFINSA referentes a la calificación de las personas que han evaluado el Informe, OSIPTEL señaló que dicha evaluación fue objetiva, por tal motivo, no es relevante analizar las profesiones y especialidades de las personas que estuvieron a cargo de la revisión del documento.

4.2.2. Análisis de la Segunda y Tercera Pretensión:

El petitorio de la segunda pretensión solicita que se tenga por aprobada la tercera versión del informe, presentada el 15 de febrero de 2006; puesto que, OSIPTEL habría incumplido el plazo del que disponía para evaluar el Informe. En este sentido, los demandantes señalan que dicho Informe habría quedado aprobado en virtud de la aplicación del silencio positivo.

En la tercera pretensión, los demandantes solicitan que OSIPTEL, pague S/. 75,344.85 nuevos soles más intereses, que corresponden a la contraprestación pactada en EL CONTRATO.

a. **OSIPTEL señala que la decisión respecto de la tercera versión del Informe de Revisión fue entregada dentro del plazo pactado por las partes:**

 OSIPTEL señala que los demandantes han omitido indicar que el día 25 de febrero fue sábado y por tanto, un día inhábil para la Administración Pública;

según el artículo 18° del Reglamento Interno de OSIPTEL. Al respecto el Código Civil señala en el inciso 5 del artículo 183° que el plazo cuyo último día es inhábil, vence el primer día hábil siguiente; asimismo, OSIPTEL sostiene que la aplicación de este artículo es imperativo al no existir disposición especial para el tema de contratación estatal que sea distinta a la regla citada.

b. **OSIPTEL señala que la falta de pronunciamiento dentro del plazo no significa que el Informe haya quedado aprobado:**

- b.1. OSIPTEL concluye que no se puede aplicar silencio administrativo al presente caso porque la ejecución del contrato no se encuentra regulada por la Ley del Procedimiento Administrativo. Asimismo, el procedimiento de evaluación del informe ha sido regulado contractualmente y no tiene naturaleza de procedimiento administrativo.
- b.2. Por todo lo expuesto, no habiéndose producido ninguna aprobación del Informe no debería otorgarse ningún pago a ASFINSA.

4.2.3. Análisis de la Cuarta Pretensión:

- a. La Cuarta pretensión de ASFINSA solicita que OSIPTEL le otorgue una indemnización por los daños ocasionados por su accionar. Sin embargo, OSIPTEL señala que no ha incurrido en causal alguna que dé lugar a una indemnización. Todo lo contrario, afirma que es el propio incumplimiento del demandante lo que ha determinado la resolución del contrato.
- b. Respecto de la valorización de daños efectuado por el demandante, OSIPTEL señaló que se han adjuntado honorarios de personas que realiza prácticas pre-profesionales y no se evidencia la participación de personal especializado, pese a que así lo exigían las bases del Concurso. Asimismo, se ha adjuntado recibo por honorarios de personal que presto sus servicios en fechas anteriores a la suscripción de EL CONTRATO.

Por otro lado, ASFINSA presenta recibos de pago de gastos correspondientes a servicios de luz y agua, al respecto el demandando señala que estos constituyen costos fijos en los que la empresa hubiera incurrido independientemente de la ejecución del contrato.

- c. Por concepto de lucro cesante la demandante solicita una suma ascendente a S/. 100,460.00 (cien mil cuatrocientos sesenta mil y 00/100 nuevos soles), por un margen de utilidad esperada del Proyecto; sin embargo no existen medios probatorios que sustenten que en efecto la utilidad esperada era del 20%.
- d. Finalmente, por concepto de daño moral ocasionado a la empresa y sus trabajadores, ASFINSA solicita S/150,000.00 (ciento cincuenta mil nuevos soles) sin embargo, este daño solo es susceptible de ser sufrido por una persona natural. Asimismo ASFINSA como empresa carece de legitimidad para obrar activa para solicitar indemnización en nombre de los integrantes de su empresa.

4.3. Los medios probatorios ofrecidos por OSIPTEL en su contestación de la demanda

En calidad de medios probatorios, OSIPTEL ofreció las pruebas documentales y exhibiciones citadas en el acápite de "Medios Probatorios", numerales 3.1 al 3.19, de su escrito de contestación.

V. AUDIENCIA DE INSTALACIÓN Y FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS Y SANEAMIENTO PROBATORIO

5.1. Con fecha 21 de julio de 2006, se llevó a cabo la Audiencia de Instalación y Fijación de Puntos Controvertidos.

5.2. No habiéndose deducido excepciones, oposiciones ni defensas previas y al no encontrar defecto procesal alguno, el Árbitro Único, considerando la existencia de una relación jurídica procesal válida, procedió a declarar saneado el proceso arbitral.

5.3. Asimismo, luego de revisar lo expuesto por las partes en sus escritos de demanda arbitral, contestación, y propuesta de fijación de puntos controvertidos considera que los puntos controvertidos del presente arbitraje, son los siguientes:

5.3.1. Determinar si es procedente declarar nula y sin efecto la Resolución de Gerencia General N° 070-2006-GG/OSIPTEL, de fecha 24 de febrero de 2006, mediante la cual se resolvió el contrato N° 0001-2006/OSIPTEL celebrado entre las partes.

5.3.2. Determinar si la tercera versión del primer informe del estudio de Evaluación de Impacto de los Proyectos de FTEL "Informe de Revisión de Literatura", habría quedado aprobado por aplicación del silencio administrativo y en tal sentido, determinar si es procedente la aplicación del silencio administrativo y si la carta C.151-GG.GF/2006 fue entregada fuera del plazo establecido en el contrato.

5.3.2.1. Determinar si la tercera versión del primer Informe es útil para los fines del estudio contratado y si se han incluido los textos de terceros respecto de los cuales el lector puede considerarlos como texto demandante.

5.3.2.2. Determinar si la tercera versión del primer Informe cumple con los requerimientos establecidos por OSIPTEL en las bases integradas en la respuesta a la consulta N° 06 formulada por el participante Ernst & Young.

5.3.3. Determinar si resulta procedente aprobar la tercera versión del primer informe o Informe de Revisión de Literatura, presentado por los demandantes mediante carta de fecha 15 de febrero de 2006.

5.3.4. Determinar si corresponde que OSIPTEL pague al demandante la suma de S/. 75,344.85 (setenta y cinco mil trescientos cuarenta y cuatro con 85/100 Nuevos Soles) incluido el impuesto general a las ventas, correspondiente al pago del 15% de la retribución pactada en el contrato.

5.3.5. Determinar si es procedente que OSIPTEL pague al demandante la suma de S/. 266,633 (Dosecientos sesenta y seis mil seiscientos sesenta y tres con 00/100 nuevos soles) por concepto de indemnización.

5.3.6. Determinar cual de las partes deberá cancelar a favor de la otra las costas y costos derivados del proceso arbitral.

5.4. Respecto de los medios probatorios ofrecidos por la demandante:

5.4.1. Durante la Audiencia de Instalación y Fijación de Puntos Controvertidos, el Arbitro Único admitió a trámite los medios probatorios ofrecidos por la demandante, en su escrito de demanda, en el subtítulo "Medios Probatorios" del número 1 al número 27; Asimismo se admitieron las exhibiciones ofrecidas en los numerales del 28 al 30, para ello, se le otorgó al demandante un plazo de diez (10) días hábiles, bajo apercibimiento de que la negativa a la exhibición solicitada sea valorada por el Arbitro al momento de resolver.

5.4.2. A su vez se admitieron los peritajes señalados en los anexos XXX y XXI de la demanda; es decir: (i) un informe solicitado al Decano de la Facultad de Economía de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y (ii) un informe solicitado al Decano de la Facultad de Economía de la Universidad de Lima. Dichos informes periciales han sido presentados mediante escrito de fecha 07 de julio del presente año.

5.5. Respecto de los medios probatorios ofrecidos por el demandado:

5.5.1. El Arbitro Único admitió a trámite los medios probatorios ofrecidos por el demandado en su escrito de contestación, en el subcapítulo III, denominado "Medios probatorios", del punto 3.1 al 3.16.

5.5.2. Asimismo, se admiten los tres informes ofrecidos en el punto 3.17 de los medios probatorios de la contestación de demanda. Dichos informes fueron presentados por el demandado mediante escrito de fecha 02 de junio de 2006.

5.5.3. Finalmente, el Arbitro Único consideró innecesario actuar la pericia y el informe ofrecidos como medio probatorios 3.18 y 3.19 de la contestación

5.6. Medios probatorios de oficio:

El Arbitro Único no consideró necesario, solicitar pruebas de oficio, reservándose la potestad de hacerlo más adelante de considerarlo conveniente.

5.7. Respecto de la Suspensión del proceso:

5.7.1. En la Audiencia de Instalación y Fijación de Puntos Controvertidos; las partes comunican al Arbitro Único, su deseo de negociar un posible acuerdo conciliatorio, solicitándole la suspensión temporal del proceso arbitral por un plazo prudencial.

5.7.2. Dicha solicitud fue acogida por el Arbitro Único y por Resolución N° 01 se resuelve suspender el proceso arbitral hasta el 18 de agosto de 2006, con el propósito de que las partes puedan explorar una fórmula conciliatoria.

5.7.3. Mediante Resolución N° 02 de fecha 21 de setiembre de 2006, el Arbitro Único dispuso que se levante la suspensión del proceso.

- 5.7.4. Por escrito de fecha 02 de octubre de 2006, OSIPTEL nuevamente presenta solicitud de suspensión del proceso para arribar a una conciliación; es así que, mediante Resolución N° 03, de fecha 18 de octubre de 2006, el Árbitro Único ordenó que se suspenda el proceso de manera indefinida.

VI. ACUERDO CONCILIATORIO

- 6.1. Mediante escrito de fecha 20 de diciembre de 2006, ambas partes manifestaron su voluntad de desistirse de sus pretensiones, por haber llegado a un "Acuerdo de Conciliación", el mismo que se adjunta a dicho escrito. Además, solicitaron que el mencionado acuerdo sea homologado por un laudo arbitral.
- 6.2. Asimismo, con fecha 22 de enero de 2007, los representantes de ambas partes cumplen con legalizar su firma ante la Secretaría Arbitral, ratificando lo solicitado en su escrito de fecha 20 de diciembre de 2006.

Y CONSIDERANDO:

1. ASFINSA y OSIPTEL han llegado a un acuerdo de conciliación, solicitando que el mismo sea homologado en un laudo arbitral.
2. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 51° del Texto Único Ordenado del Reglamento del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje de CONSUCODE y el artículo 41° de la Ley General de Arbitraje, si las partes lo solicitan y el árbitro lo acepta, la conciliación realizada por éstas puede ser recogida en forma de laudo.
3. Las partes han manifestado expresamente haber alcanzado un acuerdo sobre los siguientes puntos:
 - (i) *"OSIPTEL ha decidido dejar sin efecto la Resolución de Gerencia N° 070-2006-GG/OSIPTEL emitida el 24 de febrero de 2006".*
 - (ii) *"ASFINSA se desiste de todas las pretensiones planteadas en la demanda arbitral materia del presente proceso", las cuales han sido descritas en el punto 3.1. del presente laudo.*
 - (iii) *"Las partes declaran que el Contrato N° 0001-2006/OSIPTEL tiene plenos efectos y con la finalidad de arribar a una conciliación se conviene lo siguiente:*
 - *Las partes acuerdan preservar la finalidad del contrato, por el cual OSIPTEL procura contar con mayores conocimientos en el tema de evaluación de impacto de los proyectos de telecomunicaciones rurales.*
 - *Las partes dejan sin efecto, lo originalmente acordado en el Contrato N° 0001-2006/OSIPTEL como entregables a cargo de ASFINSA, es decir, la presentación de cinco informes y un informe final sobre evaluación de impacto de los proyectos de telecomunicaciones.*
 - *Las partes acuerdan que el nuevo y único entregable a cargo de ASFINSA será la realización de un seminario internacional sobre evaluación de impacto de los proyectos de telecomunicaciones, cuyo alcance, duración, temario y cronograma consta en las características*



técnicas de dicho evento, los cuales han sido preparados por OSIPTTEL.

- Las partes acuerdan dejar sin efecto el importe de la retribución originalmente pactada en el contrato N° 0001-2006/OSIPTTEL y que ascendía a S/. 502,299.00 nuevos soles, así como la forma de pago acordada en dicha oportunidad. De otro lado acuerdan que la retribución por la realización del evento internacional que OSIPTTEL pagará a ASFINSA alcanza hasta la suma de US\$ de 17,555.45 dólares americanos”.

4. Adicionalmente, en su acuerdo conciliatorio las partes convienen en lo siguiente:
 - a) “ASFINSA realizará el Seminario Internacional de acuerdo a las características técnicas que se acompañan en documento adjunto al presente Acuerdo Conciliatorio. La elección de los expositores ha sido coordinada con OSIPTTEL.
 - b) ASFINSA deberá entregar dos cartas fianza: una por el adelanto, de un monto del 50% del valor señalado en el literal c); la segunda de fiel cumplimiento por un monto equivalente al 10% del valor señalado en el literal c). Dichas cartas fianzas tendrán vigencia hasta la conformidad del servicio y las mismas características que las pactadas en el caso del contrato N° 0001-2006/OSIPTTEL.
 - c) OSIPTTEL pagará a ASFINSA, por la realización del evento, hasta la cantidad U.S.\$ 17,555.45 de dólares americanos, dicho pago se realizará en dos armadas: el 50% a la firma del acuerdo y la segunda previa emisión de la conformidad otorgada por la Gerencia FITEL de OSIPTTEL y reajustada en función al costo de los boletos de avión de los expositores internacionales al final del evento. Dicha conformidad será emitida dentro de los tres días calendario siguientes a la finalización del evento.
 - d) Si no hubiera conformidad, se comunicarán, dentro del mismo plazo, las observaciones a subsanar por ASFINSA. Si OSIPTTEL no se pronuncia en el plazo señalado, se entenderá que se encuentra conforme con la realización del evento.
 - e) El pago se realizará dentro de los diez días calendario de otorgada la conformidad. A dichos efectos, ASFINSA remitirá a OSIPTTEL la factura por el servicio prestado dos días calendario después de haber recibido la conformidad del servicio, o de haber transcurrido el plazo para emitirla”.
5. Finalmente, el acuerdo conciliatorio señala que: “Dado que la Ley N° 28900 establece el proceso de transferencia del fondo de inversión de telecomunicaciones, de OSIPTTEL a la persona jurídica FITEL, respecto de la cual el Ministerio de Transportes y Comunicaciones actúa como secretaría técnica; las obligaciones y/o derechos establecidos en el presente documento a cargo o a favor de OSIPTTEL se entienden automáticamente trasladados al FITEL desde la culminación de la transferencia, en concordancia con lo señalado por la primera disposición final de la señalada Ley. A tales efectos, y en cumplimiento d dicha disposición, OSIPTTEL ha comunicado al Ministerio de Transportes Y Comunicaciones en la tercera y cuarta reunión de coordinación de la Comisión de Transferencia OSIPTTEL – FITEL”.
6. Es importante indicar que es deber de todo Árbitro el promover una solución amistosa de las controversias surgidas entre las partes del proceso. En tal sentido, el Árbitro Único manifiesta su conformidad por el acuerdo conciliatorio arribado entre las partes y acepta su homologación.

Por las razones expuestas, de acuerdo con lo establecido por el Texto Único Ordenado del Reglamento del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje de CONSUCODE y la Ley General de Arbitraje, el Árbitro, en DERECHO,

LAUDA:

PRIMERO: Tener por desistida a ASFINSA de las pretensiones solicitadas en su demanda y descritas en el punto 3.1 del presente Laudo.

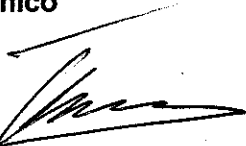
SEGUNDO: Homologar todas las disposiciones del Acuerdo Conciliatorio presentado por las partes, mediante escrito de fecha 20 de diciembre de 2006.

TERCERO: Declarar que todas las disposiciones del acuerdo conciliatorio de las partes que han sido homologadas en virtud del presente laudo tienen la calidad de cosa juzgada y son susceptibles de ejecución de acuerdo a ley.

Notifíquese a las partes.



JAVIER DE BELAUNDE LÓPEZ DE ROMAÑA
Árbitro Único



FRANZ KUNDMÜLLER CAMINITI
Gerencia de Conciliación y Arbitraje
CONSUCODE

