

## LAUDO

**DEMANDANTE:** **CONSORCIO AYABACA** (en Adelante, “el Consorcio”, “el Contratista” o “el Demandante”, indistintamente)

**DEMANDADO:** **PROGRAMA SUBSECTORIAL DE IRRIGACIONES DEL MINISTERIO DE AGRICULTURA Y RIEGO – PSI** (en adelante, “el PSI”, “la Entidad” o “el Demandado”, indistintamente)

**TIPO DE ARBITRAJE:** Institucional y de Derecho.

**TRIBUNAL ARBITRAL:** JUAN JASHIM VALDIVIESO CERNA  
**(PRESIDENTE)**

SHURIK YABAR MEZA  
**(ARBITRO)**

HOOWER OLIVAS VALVERDE  
**(ARBITRO)**

**SECRETARIA ARBITRAL:** DRA. SILVIA RODRIGUEZ VASQUEZ

## **Resolución N° 44**

En Lima, a los 22 días días del mes de julio del año dos mil veintidós, el Tribunal Arbitral, luego de haber realizado las actuaciones arbitrales de conformidad con la ley y las normas establecidas por las partes, escuchado los argumentos sometidos a su consideración y analizado las pretensiones planteadas en la demanda y contestación de la demanda, dicta el siguiente laudo para poner fin, por decisión de las partes, a la controversia planteada:

### **I. Existencia del Convenio Arbitral, Designación e Instalación de Tribunal Arbitral.**

#### **1.1. El Convenio Arbitral:**

Contenido en la Cláusula Décimo Octava del Contrato de Ejecución de Obra “Mejoramiento del servicio de Agua del Sistema de Riego Los Rosales en el Sector Jimburilla, Comunidad Campesina San Vicente El molino, Distrito de Ayabacam Provincia de ayabaca – Piura”, celebrado el 16 de Mayo de 2014 (en adelante, “el Contrato”, “la Obra” o “el Proyecto”, indistintamente).

**“CLÁUSULA DÉCIMO OCTAVA: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS:** *Cualquiera de las partes tiene el derecho a iniciar el arbitraje administrativo a fin de resolver las controversias que se presenten durante la etapa de ejecución contractual dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 184°, 199°, 201°, 209°, 210° y 212° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado o, en su defecto, en el artículo 52° de la Ley de Contrataciones del Estado.*

*Facultativamente, cualquiera de las partes podrá someter a conciliación la referida controversia, sin perjuicio de recurrir al arbitraje en caso no se llegue a un acuerdo entre ambas, según lo señalado en el artículo 214° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. El arbitraje será resuelto, por un*

*Tribunal Arbitral, bajo la organización y administración del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de acuerdo a su Reglamento.*

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

## **1.2. Instalación del Tribunal Arbitral:**

El 16 de Junio de 2016 se realizó la Audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral con la asistencia de los doctores Juan Jashim Valdivieso Cerna en su calidad de presidente del tribunal, Shurik Yabar Meza y Hoover Olivas Valverde en calidad de arbitros, y de las partes, fijándose las reglas aplicables al presente arbitraje.

## **II. NORMATIVIDAD APLICABLE AL PROCESO ARBITRAL:**

Es de aplicación al presente proceso el Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú (en adelante, “el Reglamento de Arbitraje”), el Decreto Legislativo N° 1017, Ley de Contrataciones del Estado (en adelante, “la LCE” o “la Ley”, indistintamente) y su Reglamento (en adelante, “el Reglamento” o “el RLCE”, indistintamente), aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF, y en forma supletoria el Decreto Legislativo N° 1071, que norma el Arbitraje (en adelante, “la Ley de Arbitraje”).

En caso de discrepancias de interpretación o de insuficiencia de las reglas que anteceden, el Tribunal Arbitral resolverá en forma definitiva del modo que considere necesario.

## **III. DE LAS PRETENSIONES PLANTEADAS POR EL DEMANDANTE CONSORCIO AYABACA:**

- a) Que se declare que la liquidación del contrato de obra presentada por con fecha 23/06/2015 mediante la Carta N.º 029-PSI-CONSORCIO AYABACA/CDRL-RL, ha quedado consentida y/o aprobada y que se orden que PSI proceda con el pago del saldo de la Liquidación de Obra por la suma se S/ 71.864.57 ( sesenta y un mil ochocientos sesenta y cuatro con 57/100 nuevo soles) y su tribunal se pronuncie además como pretensiones accesorias:
- a.1 Que el plazo fue ampliado por 42 días hasta el 21/19/2014, al haberse consentido la **Ampliación de plazo N.º1**, reconocido por la Entidad con la Carta N.º 578-2014-MINIGRI-PSI-DIR que adjunta el Memorando N.º 1148-2014-MINIGRI-DIR-OS de setiembre de 2014, con la Carta N.º 578-2014MINIGRI-PSI-DIR y con la Carta N.º612-2015-MINIGRUI-PSI-DIR por lo que corresponde el reconocimiento de los gastos generales.
- a.2 Que se reconozca que para ejecutar el adicional de obra N.º 1 se requería 28 días la ejecución de la misma y por tanto se declare la nulidad y/o ineficacia de la Resolución Directoral N.º 816-2014MINIGRI-PSI en el extremo que no considero el plazo de ejecución del adicional de obra N.º 1, a pesar de que aprobó el referido adicional N.º 1.
- b) Que ante la eventualidad de que la liquidación de nuestra contrato presentada con la Carta N.º 029-PSI-CONSORCIO AYABACA/CRDL no se declare consentida y/o aprobada que se declare que la liquidación del contrato de obra presentada por nuestra parte con fecha 14/04/2015, mediante la Carta N.º 020.PSI-CONSORCIO-AYABACA/CRDL-RL, ha quedado consentida y/o aprobada y que se ordene que PSI proceda con el pago del saldo de liquidación de obra por la suma se S/ 71.864.57 y que el Tribunal Arbitral se pronuncie a demás señalando que:

- b.1 Que el plazo fue ampliado por 42 días hasta el 21/19/2014, al haberse consentido la **Ampliación de plazo N.º1**, reconocido por la Entidad con la Carta N.º 578-2014-MINIGRI-PSI-DIR que adjunta el Memorando N.º 1148-2014-MINIGRI-DIR-OS de setiembre de 2014, con la Carta N.º 578-2014MINIGRI-PSI-DIR y con la Carta N.º612-2015-MINIGRUI-PSI-DIR por lo que corresponde el reconocimiento de los gastos generales.
- b.2 Que se reconozca que para ejecutar el adicional de obra N.º 1 se requería 28 días la ejecución de la misma y por tanto se declare la nulidad y/o ineficacia de la Resolución Directoral N.º 816-2014MINIGRI-PSI en el extremo que no considero el plazo de ejecución del adicional de obra N.º 1, a pesar de que aprobó el referido adicional N.º 1.
- b.3 Que no corresponde imponer penalidad alguna a nuestro Consorcio.
- c) Que se declare la nulidad y/o ineficacia de la Resolución Directoral N.º 187-2016-MINAGRI-PSI-PSI y de la Carta N.º 967-2016MINAGRI-PSI.OAF y en consecuencia nula y/p ineficaz la liquidación de obra realizada por la Entidad.
- d) Que ante la eventualidad de nuestra liquidación de contrato de obra no quede consentida y/o aprobada y que la liquidación de contrato de obra realizada por la Entidad sea nula y/o ineficaz, su Tribunal debe determinar la liquidación de contrato de obra que debe aplicarse a la obra, considerando todos conceptos que conlleva la liquidación y pronunciándose sobre lo siguiente:
- d.1 Que el plazo fue ampliado por 42 días hasta el 21/19/2014, al haberse consentido la **Ampliación de plazo N.º1**, reconocido por la Entidad con la Carta N.º 578-2014-MINIGRI-PSI-DIR que adjunta

el Memorando N.º 1148-2014-MINIGRI-DIR-OS de setiembre de 2014, con la Carta N.º 578-2014MINIGRI-PSI-DIR y con la Carta N.º612-2015-MINIGRUI-PSI-DIR por lo que corresponde el reconocimiento de los gastos generales.

d.2 Que se reconozca que para ejecutar el adicional de obra N.º 1 se requería 28 días la ejecución de la misma y por tanto se declare la nulidad y/o ineficacia de la Resolución Directoral N.º 816-2014MINIGRI-PSI en el extremo que no considero el plazo de ejecución del adicional de obra N.º 1, a pesar de que aprobó el referido adicional N.º 1.

d.3 Que no corresponda la penalidad impuesta por el Programa Subsectorial de Irrigaciones. PSI indicada en la Resolución N.º 187-2016-MINIGRI-PSI, Indicando ser el PSI.

e) Que el Tribunal ordene que nos devuelva las garantías de fiel cumplimiento del contrato principal y del adicional de obra N.º 1.

f) Que la Entidad PSI nos reembolse los gastos de renovación de las garantías vinculadas al contrato y al adicional de obra N.º 1 en que están incurriendo, desde la fecha en que quedo consentida la liquidación y hasta la devolución de las garantías o desde la fecha que señale su tribunal hasta la devolución de las garantías lo que tiene un costo de S/. 2042.03 por cada 90 días de renovación.

g) Que PSI sea condenada con todos los gastos y costos arbitrales.

#### **IV. DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDADA – PSI**

**4.1.** A la primera pretensión, indica que la liquidación, contenida en la Carta N° 29-PSI-CONSORCIO AYABACA/CRDL-RL de fecha 23 de junio de 2015, no fue aprobada, no es válida y por ende no produce efectos

legales para la entidad y, por tal motivo, no puede considerarse consentida, dado que se hizo vulnerado el procedimiento establecido en el artículo 42° de la Ley de Contrataciones del Estado, complementariamente regulado por el artículo 211° del Reglamento de la ley de contrataciones del Estado, al haber sido presentada por un tercero ajeno a la relación contractual y en base a documentos fraguados o adulterados, con la única finalidad de evitar la aplicación de penalidades por parte del PSI.

**4.2.** Respecto a la segunda pretensión señala, que los hechos alegados por la demandante carecen de sustentos factico y legal, por cuanto la liquidación de obra, contenida en la carta N.º 020-PSI-CONSORCIO AYABACA/CRDL-RL de fecha 14 de abril de 2015, a través de la cual solicita la cancelación de un saldo a su favor por la suma de S/. 79,263.53, no fue aprobada, no es valida y por ende no procede efectos legales para la entidad y, por tanto, no puede considerarse consentida, dado que se hizo vulnerando el procedimiento establecido en el artículo 42° de la ley de contrataciones del estado, complementaria regulado por el articulo 211° del reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, al haber sido presentada por un tercero ajeno a la relación contractual y en base a documentos fraguados o adulterados, con la única finalidad de evitar la aplicación de penalidades por parte del PSI.

**4.3.** A la tercera pretensión, señala, que la Resolución Directoral N° 187-2016-MINAGRI-PSI (comunicada a través de la carta N° 967- 2016-MINAGRI-PSI-OAF) que contiene la Liquidación Final del Contrato de Ejecución de Obra “Mejoramiento de Servicio de Agua del Sistema de Riego los Rosales en el Sector Jimburilla, Comunidad Campesina san Vicente el Molino, Distrito de Ayabaca, Provincia de Ayabaca- Piura” suscrito con fecha 16 de mayo de 2014 por el saldo a favor del PSI ascendente a S/. 195,130.01 (IGV), es valida y eficaz por cuanto se emitió en merito al instrumental obrante expediente de Liquidación Final

de Contrato de Ejecución de Obra, siendo el procedimiento previsto en el artículo 211° de Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

- 4.4.** A la cuarta pretensión señala que, la liquidación de obra efectuada por el PSI mediante Resolución Directoral N° 187-2016-MINAGRI-PSI (comunica mediante carta N° 967- 2016-MINAGRI-PSI-OAF) respecto al contrato de Ejecución de Obra “mejoramiento del servicio del agua de sistema de riego los Rosales en sector de Jimburrilla, comunidad campesina san Vicente el Molino, Distrito de Ayabaca, Provincia de Ayabaca-Piura” suscrito con fecha 16 de mayo de 2014 por el saldo a favor del PSI ascendente a S/ 195.130.01 incluido (IGV) es válida y eficaz por cuanto se emitió en merito a la instrumental obrante en el expediente de Liquidación Final de Contrato de Ejecución de Obra siendo el procedimiento previsto en el artículo 211° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
- 4.5.** En referencia a la quinta pretensión de la demanda arbitral, al no haberse incurrido en causal de nulidad o ineficacia alguna en la resolución contractual llevada a cabo, no existe daño que indemnizar, menos aún la presencia de algunos elementos subjetivos de la Responsabilidad Civil, por lo que no corresponde el pago de la suma indemnizatoria ascendente a s/ 60.000.00 más aun cuando según lo previsto en la normativa vigente es necesario la acreditación del daño, así como la existencia de un nexo causal entre la conducta desplegada por quien ocasiona un agravio y el resultado dañoso, tal como lo establece el artículo 1985 del código civil.
- 4.6.** En referencia a la sexta pretensión, debe tenerse en cuenta que la Liquidación Final de Obra realizada por el PSI respecto al Contrato de Ejecución de Obra “Mejoramiento del Servicio de Agua del Sistema de Riego los Rosales en el Sector de Jimburrilla, Comunidad Campesina San Vicente el Molino. Distrito de Ayabaca, Provincia de Ayabaca-Piura” por el saldo de favor del PSI ascendente a s/ 195.130.01, (incluido IGV),

es valida eficaz, no contiene un saldo a favor del contratista todo lo contrario en su articulo 06° determina mayores gasto generados a la entidad el de elaboración de Liquidación Final ascendente a la suma S/ 7.000.000 a cargo del Consorcio.

- 4.7.** A la séptima y octava pretensión, indica que se debe tener en cuenta que la entrega de obra y por ende, la ejecución de la Obra ha sido observada por la entidad, básicamente en lo referente a la Liquidación Final por el costo total de Obra, al haberse advertido, según instrumental obrante en el Expediente Liquidación Final de Obra, la existencia de retraso incurridos por el contratista, los mayores gastos generados a la entidad y la penalidad aplicada al Consorcio Ayabaca por el atraso injustificado por la culminación de Obra, por lo que, de acuerdo a lo dispuesto por la ley de Contrataciones delo Estado y su Reglamento corresponderá al Órgano arbitral declara infundada, ambas pretensiones.
- 4.8.** Respecto a la novena pretensión, señala, al no tener motivos de hecho y de derecho suficientes que justifiquen al inicio del presente proceso arbitral, no corresponde que el programa Subsectorial de irrigaciones asuma el pago de las costas y costos del mismo. Debiendo condenarse al pago de las mismas al demandante.

## **V. LA CUESTIÓN SOMETIDA A ARBITAJE**

Con fecha 10 de noviembre del 2016, con la asistencia de los miembros del tribunal arbitral, y las partes, se realice la audiencia de conciliación y determinación de puntos controvertidos y admisión de medios probatorios, en el cual no se arribo a ningún acuerdo conciliatorio, y se determine los puntos controvertidos y admisión de medios probatorios.

El tribunal, teniendo en cuenta las pretensiones planteadas por la demandante en el escrito de la demanda, fijo los siguientes puntos controvertidos:

- a) Que se declare que la liquidación del contrato de obra de obra presentada por el consorcio el 23 de junio de 2015, mediante Carta N°029-PSI-CONSORCIO AYABACA/CRDL-RL quedo consentida y/o aprobada y que se ordene que el PSI proceda con el pago del saldo de liquidación de obra por la suma de S/ 87.907.92 (Ochenta siete mil novecientos siete con 02/100) y que el Tribunal Arbitral se pronuncie además señalando:
- a.1 Que el plazo fue ampliado por 42 días hasta el 21 de octubre de 2014, al haberse consentido la ampliación de plazo N.º1, reconocido por la Entidad con la Carta N.º 578-2014-MINIGRI-PSI-DIR que adjunta el Memorando N.º 1148-2014-MINIGRI-DIR-OS de setiembre de 2014, con la Carta N.º 578-2014MINIGRI-PSI-DIR y con la Carta N.º612-2015-MINIGRUI-PSI-DIR y se dispone el reconocimiento de gastos generales.
  - a.2 Que se reconozca que para ejecutar el adicional de obra N.º 1 se requería 28 días la ejecución de la misma y por tanto se declare la nulidad y/o ineficacia de la Resolución Directoral N.º 816-2014MINIGRI-PSI en el extremo que no considero el plazo de ejecución del adicional de obra N.º 1, a pesar de que aprobó el referido adicional N.º 1.
  - a.3 Que no corresponde imponer penalidad alguna al Consorcio.
- b) Ante la eventualidad de que la liquidación de contrato presentada con la Carta N.º 029-PSI-CONSORCIO AYABACA/CRDL no se declare consentida y/o aprobada: Que se declare que la liquidación del contrato de obra presentada por el Consorcio con fecha 14 de abril de 2015, mediante la Carta N.º 020.PSI-CONSORCIO-AYABACA/CRDL-RL ha quedado consentida y/o aprobada y que se ordene que PSI proceda con el pago del saldo de liquidación de obra por la suma se S/

71.864.57 ( setenta y un mil ochocientos sesenta y cuatro con 57/100 soles) y que el Tribunal Arbitral se pronuncie a demás señalando:

b.1 Que el plazo fue ampliado por 42 días hasta el 21 de octubre de 2014, al haberse consentido la ampliación de plazo N.º 1, reconocido por la Entidad con la Carta N.º 578-2014-MINIGRI-PSI-DIR que adjunta el Memorando N.º 1148-2014-MINIGRI-DIR-OS de setiembre de 2014, con la Carta N.º 578-2014MINIGRI-PSI-DIR y con la Carta N.º612-2015-MINIGRUI-PSI-DIR y se dispone el reconocimiento de gastos generales.

b.2 Que se reconozca que para ejecutar el adicional de obra N.º 1 se requería 28 días la ejecución de la misma y por tanto se declare la nulidad y/o ineficacia de la Resolución Directoral N.º 816-2014MINIGRI-PSI en el extremo que no considero el plazo de ejecución del adicional de obra N.º 1, a pesar de que aprobó el referido adicional N.º 1.

b.3 Determinar si corresponde o no que el Tribunal imponga penalidad al consorcio.

c) Que se declare la nulidad y/o ineficacia de la Resolución Directoral N 187-2016-MINAGRI-PSI-PSI y de la Carta N.º 967-2016MINAGRI-PSI.OAF y en consecuencia nula y/o ineficaz la liquidación de obra realizada por la Entidad.

d) Que ante la eventualidad de que la liquidación de contrato de obra no quede consentida y/o aprobada y que la liquidación de contrato de obra realizada por la Entidad sea nula y/o ineficaz, debe determinar la liquidación de contrato de obra.

d.1 Considerando todos los conceptos que conlleva la liquidación y pronunciándose sobre lo siguiente:

- d.2 Que el plazo fue ampliado por 42 días hasta el 21 de octubre de 2014, al haberse consentido la ampliación de plazo N.º 1, reconocido por la Entidad con la Carta N.º 578-2014-MINIGRI-PSI-DIR que adjunta el Memorando N.º 1148-2014-MINIGRI-DIR-OS de setiembre de 2014, con la Carta N.º 578-2014-MINIGRI-PSI-DIR y con la Carta N.º 612-2015-MINIGRUI-PSI-DIR y se dispone el reconocimiento de gastos generales.
- d.3 Que se reconozca que para ejecutar el adicional de obra N.º 1 se requería 28 día la ejecución de la misma y por tanto se declare la nulidad y/o ineficacia de la Resolución Directoral N.º 816-2014MINIGRI-PSI en el extremo que no considero el plazo de ejecución del adicional de obra N.º 1, a pesar de que aprobó el referido adicional N.º 1.
- d.4 Que no se reconozca la penalidad impuesta por la parte del PSI indicando en la Resolución N.º 187-2016-MINAFRI-PSI.
- e) Que se reconozca como indemnización por daños y perjuicios por un monto ascendente a S/ 60.000.00 (sesenta mil con 00/100 soles)
- f) Que se declare que se le reconozca S/ 80.000.00 (ochenta mil con 00/100 Soles) de gastos generales por la demora en la recepción de la obra.
- g) Que el Tribunal Arbitral ordene que se les devuelva las garantías del cumplimiento de contrato principal y del adicional de la obra.
- h) Que la Entidad reembolse los gastos de renovación de las garantías vinculadas al contrato y al adicional de obra N.º 1 en que están incurriendo, desde la fecha en que quedo consentida la liquidación y hasta la devolución de las garantías.
- i) Que la Entidad sea condenada con todos los gastos y costos arbitrales.

En dicha audiencia, el tribunal dejó establecido que se reserva el derecho de analizar los puntos controvertidos en el orden que se considera mas conveniente a los fines de resolver la controversia, y no necesariamente en el orden previamente establecido; así también que estos puntos controvertidos pueden ser ampliados, de conformidad con el artículo 48° del Reglamento de Arbitraje literal b); habiendo mostrado conformidad las partes.

## **VI. DEL CIERRE DE LA ETAPA PROBATORIA.**

Mediante Resolución N° 35 del 27 de agosto de 2018 se declaró concluida la etapa probatoria del presente arbitraje.

## **VII. DE LOS ALEGATOS FINALES.**

7.1. Mediante escrito del 23 de agosto de 2018, el Consorcio presentó sus alegatos finales.

7.2. Mediante escrito del 09 de julio de 2018, el PSI presentó sus alegatos finales.

## **VIII. DE LA AUDIENCIA DE INFORME ORAL.**

8.1. El 13 de setiembre de 2018, se llevó a cabo la Audiencia de Informe Oral con la presencia del Tribunal Arbitral conformado por los doctores Juan Jashim Valdivieso Cerna en su calidad de presidente del tribunal, Shurik Yabar Meza y Hoower Olivas Valverde en calidad de arbitros, y de las partes, con el objeto de que estas informen oralmente sus alegatos escritos.

## **IX. DOCUMENTACIÓN POSTERIOR.**

Luego de realizada la Audiencia de Informe Oral y a requerimiento de la Árbitro Única, mediante escrito del 31 de octubre de 2019, el Consorcio presentó escrito adicional complementando sus alegatos escrito de fecha 11 de setiembre de 2019.

## **X. CUESTIONES PRELIMINARES:**

Antes de analizar la materia controvertida, los miembros del tribunal estiman oportuno dejar constancia de lo siguiente:

- 10.1.** El tribunal arbitral fue designada de conformidad con lo establecido en el convenio arbitral vinculante entre las partes, así como al amparo de la normativa vigente.
- 10.2.** La designación y aceptación de la Árbitro Único se ajustó a las exigencias previstas en la Ley de la materia.
- 10.3.** Ni el Consorcio ni el PSI impugnaron o reclamaron contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral.
- 10.4.** El Consorcio presentó su demanda dentro de los plazos dispuestos. Asimismo, el PSI fue debidamente emplazado con dicha demanda, ejerciendo plenamente su derecho de defensa y contestándola dentro del plazo establecido en el acta de instalación.
- 10.5.** Ambas partes tuvieron plena libertad para ofrecer y actuar todos los medios probatorios que consideraron pertinentes, así como para expresar sus posiciones de hechos y de defensa sin limitación alguna.
- 10.6.** A lo largo del presente arbitraje no ha existido cuestionamiento alguno respecto a que el presente arbitraje se desarrolló respetando todas las reglas relativas al debido proceso.
- 10.7.** Estando a que los medios probatorios deben tener por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en los miembros del tribunal respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones. Conforme a los principios generales de la prueba: necesidad, originalidad, pertinencia y utilidad de la prueba; los medios probatorios

ofrecidos fueron valoradas de manera conjunta, utilizando una apreciación razonada y dentro de los parámetros legales.

**10.8.** El análisis del material probatorio obrantes en el expediente y admitido en la audiencia de conciliación, fijación de puntos controvertidos y admisión de medios probatorios llevada a cabo el 10 de noviembre del 2016, están orientados a esclarecer los puntos controvertidos fijados por el tribunal y en la parte declarativa del presente laudo.

**10.9.** El tribunal pasará a analizar la procedencia o no de las pretensiones solicitadas por el demandante, asimismo, es menester del tribunal, desarrollar toda la procedencia respecto de los puntos controvertidos del presente proceso arbitral en concordancia con las pretensiones.

**10.10.** El tribunal deja constancia que en el estudio, análisis y deliberación del presente Arbitraje se han tenido en cuenta todos los argumentos y las alegaciones efectuadas en el presente proceso, así como todos los medios probatorios aportados y actuados, haciendo un análisis y una valoración en conjunta de la misma, de manera que la no referencia no significara que no haya sido valorada.

**10.11.** El tribunal arbitral, dentro del plazo establecido en el acta de instalación y la facultad de ampliarla, procede a emitir el correspondiente Laudo.

## **XI. BREVE MARCO TEÓRICO**

El Contrato de Ejecución de Obra “Mejoramiento del servicio de Agua del Sistema de Riego Los Rosales en el Sector Jimburilla, Comunidad Campesina San Vicente El molino, Distrito de Ayabaca, Provincia de ayabaca – Piura”, celebrado el 16 de Mayo de 2014, es uno con prestaciones recíprocas; de tal naturaleza en el cual existen partes que son acreedoras y deudoras a la vez; es decir, acreedoras y deudoras una respecto de la otra. Ello, con total independencia de la cantidad de prestaciones que cada una estuviera obligada respecto de su contraparte.

El contrato con prestaciones recíprocas que suscribieron las partes fue un Contrato de Obra, el cual se encuentra regulado en el Título III, “De las Contrataciones”, de la Ley de Contrataciones del Estado, así como en el Título III, “Ejecución Contractual”, del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

También podemos afirmar que, a través del Contrato de Obra, el constructor o contratista se compromete a realizar un trabajo (obra) sobre la base de un plazo convenido con el comitente o propietario y de los alcances, generalmente, establecidos por éste, a cambio de un precio pactado y pagado por dicha parte.

Enmarcado conceptualmente el Contrato, es oportuno señalar que las partes identificaron cada una de sus obligaciones en las cláusulas contenidas en dicho acto jurídico, así como en las Bases y los Requerimientos Técnicos Mínimos, partes integrantes de aquel.

En el presente caso, las partes pactaron que el Consorcio ejecutaría la obra llamada Mejoramiento del servicio de Agua del Sistema de Riego Los Rosales en el Sector Jimburilla, Comunidad Campesina San Vicente El molino, Distrito de Ayabaca, Provincia de ayabaca – Piura”, según los Requerimientos Técnicos Mínimos establecidos en las Bases. Al mismo tiempo, el PSI pagaría una suma de dinero al Contratista, a manera de contraprestación.

Ha quedado acreditado que ambas partes delimitaron sus prestaciones en el marco del Contrato y las Bases. Entre otras obligaciones, el Contratista se comprometió a ejecutar la Obra de conformidad con el objeto y el plazo previstos en las cláusulas Segunda y Quinta, respectivamente, de dicho instrumento.

## **XII. CONSIDERACIONES Y PRONUNCIAMIENTO RESPECTO A LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS:**

**12.1. PRIMERA PRETENSIÓN:** Que se declare que la liquidación del contrato de obra presentada por CONSORCIO AYABACA, el 23 de Junio del 2015 quedo consentido y/o aprobado y que se ordene que PSI proceda con el pago del saldo de liquidación de obra por la suma de S/. 87,907.92 (Ochenta y siete mil novecientos siete con 92/100 soles).

**12.1.1. Procedimiento para la liquidación de obra conforme al Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.**

El artículo 211° del RLCE ha establecido el procedimiento que las partes deben de seguir para la liquidación del contrato de ejecución de obra; entre ellos, i) El contratista debe presentar su liquidación dentro del plazo de sesenta días o el equivalente a un decimo (1/10) del plazo vigente de ejecución de obra; y ii) La entidad deberá pronunciarse dentro del plazo de sesenta (60) días, observandola o elaborando otra y puesta de conocimiento al contratista.

La norma también ha establecido sanciones cuando la liquidación no es presentada por el contratista, o cuando esta haya sido presentada y no observada por la entidad, o cuando practicada por la entidad, no haya sido observada por el contratista, sancionando en éste extremo con la declaración de cosentimiento de la liquidación de obra, surtiendo sus efectos establecidos en el artículo 212° de la norma mencionada.

**12.1.2. Determinación si la liquidación presentada por el contratista cumple con los presupuestos establecidos en el RLCE para su consentimiento.**

El demandante ha referido que con fecha 13 de febrero del 2015, se firmo el acta de recepción de obra sin obserbación a los trabajos realizados; hecho que no ha sido negado por el PSI al contestar la demanda, por el contrario, dicho fundamento queda corroborado con el medio probatorio denominado acta de recepción de obra de fecha 13 de febrero del 2015 presentada por la demandante, admitida y actuada en el presente procedimiento arbitral; en consecuencia, una vez recepcionada la obra por la entidad PSI, correspondía

al contratista presentar la liquidación de obra dentro del plazo de sesenta (60) días calendarios, es así que la demandante mediante carta N° 020-PSI-CONSORCIO AYABACA/CRDL-RL de fecha 14 de abril del 2015, presenta ante el inspector de obra la Liquidación de Obra, cumpliendo de ésta manera la presentación dentro del plazo establecido en el RLCE.

Teniendo en cuenta que una vez presentada la liquidación de obra, la Entidad tenía el plazo legal de sesenta días calendario para que pueda pronunciarse ya sea observándola, realizando otra y poner de conocimiento al contratista, este plazo vencía el 14 de junio del 2015; sin embargo, habiéndose iniciado el trámite para la revisión de la liquidación de obra por parte del Inspector de obra, quien representa a la Entidad y tiene la función y facultad de hacer cumplir el contrato conforme lo señala el artículo 193° del RLCE, entendiéndose que el contrato se inicia con la firma y culmina con la aprobación de la liquidación de obra, este habría procedido a revisarlo y realizar la observación respectiva conforme se desprende de la carta N° 003-VHCD/2015 de fecha 20 de abril del 2015.

Dicha carta consiste en incluir en la liquidación los comprobantes de pago de las valorizaciones de obra y adicional de obra, resolución de aprobación del expediente técnico, documentación que debería ser emitida por la entidad.

Advirtiendo tal situación, el contratista mediante CARTA N° 21-PSI-CONSORCIO AYABACA/CRDL-RL de fecha 08 de mayo del 2015 con el asunto “imposibilidad de culminar observaciones de la liquidación de obra, planteadas por el inspector de obra” se requiere a la Entidad a que proceda a emitir la documentación faltante, la misma que también con carta CARTA N° 25-PSI-CONSORCIO AYABACA/CRDL-RL de fecha 14 de mayo 2015 se reitera a la Entidad la resolución de aprobación del expediente técnico, con el objeto de liquidar la obra.

Cartas que el PSI responde a estos requerimientos y solicitudes mediante CARTA N° 433-2015-INAGRI-PSI-DIR de fecha 19/05/2015, manifestando

que la documentación referida a la cancelación de la valorización del adicional de obra ya fue solicitada a la oficina de Administración y Finanzas, y la Resolución de Aprobación del Expediente Técnico se anexa al presente, comunicando también que los documentos precitados no dificultan la presentación de la liquidación de obra, recomendando agilizar dentro de los plazos establecidos.

Siendo así, el contratista mediante CARTA N° 029-PSI-CONSORCIO AYABACA/CRDL-RL de fecha 23 de junio del 2015 presenta al inspector de obra la liquidación, y éste luego de revisarla mediante Carta N°006/VHVD/2015 de fecha 25 de junio del 2015 ingresa a la Entidad con fecha 26 de junio del 2015 la liquidación de obra presentada por el contratista.

**Posición de las partes:** De los fundamentos de la demanda y la contestación, con respecto a la pretensión materia de análisis, se desprende los siguiente:

**i) la posición del demandante** es que afirma que la liquidación fue presentada y observada por el funcionario facultado, dentro del plazo legal, y que la observación era la falta de documentación que la misma Entidad debería emitir; para luego de subsanada, presentar la liquidación subsanada y sería la Entidad quien dentro del plazo legal proceda a evaluarlo, y al no haber observación alguna dentro de dicho plazo, la liquidación ha quedado consentida, habiendo hecho prevalecer dicho consentimiento mediante silencio positivo contenido en la carta 148-2015-CONSORCIO AYABACA/CRDL-RL de fecha 01 de setiembre del 2015 reiterada mediante carta por conducto Notarial N° 151-2015- CONSORCIO AYABACA/CRDL-RL de fecha 13 de Noviembre del 2015;

**ii) la posición de la demandada** es que la liquidación presentada con CARTA N° 029-PSI-CONSORCIO AYABACA/CRDL-RL de fecha 23 de junio del 2015 no fue aprobada, no es válida y sin efecto legal para la Entidad, por haber sido emitida en contravención al artículo 42° de la LCE (nunca presento

a la Entidad), y el artículo 211° del RLCE (no fue presentado dentro del plazo legal), por haber sido presentado por un tercero ajeno a la relación contractual y en base a documentos fraguados o adulterados, con la unida finalidad de evadir la penalidad por parte del PSI; ante estas dos posiciones corresponde al tribunal pronunciarse si la liquidación se ha presentado dentro del plazo legal, ante la Entidad, por persona facultada, y si la misma contenía documentación adulterada o falsa, para así determinar si corresponde o no ampara la pretensión materia de análisis.

### **POSICIÓN DE TRIBUNAL**

El artículo 42° de la LCE entre otros puntos señala que el contrato de ejecución de obra culmina con la liquidación y pago correspondiente, la misma que será elaborada y presentada a la Entidad por el contratista, según los plazos y requisitos señalados en el reglamento. Asimismo, el artículo 211° del RLCE ha establecido el procedimiento que las partes deben de seguir para la liquidación del contrato de ejecución de obra; entre ellos, que el contratista debe presentar su liquidación dentro del plazo de sesenta días o el equivalente a un decimo (1/10) del plazo vigente de ejecución de obra, y que la Entidad deberá pronunciarse dentro del plazo de sesenta (60) días, observándola o elaborando otra y puesta de conocimiento al contratista; de lo contrario ha establecido sanciones cuando la liquidación no es presentada por el contratista, o cuando esta haya sido presentada y no observada por la entidad, o cuando practicada por la entidad, no haya sido obsevada por el contratista, sancionando en éste extremo con la declaración de consentimiento de la liquidación de obra, surtiendo sus efectos establecidos en el artículo 212° de la norma referida.

Sobre la presentación de la liquidación de obra elaborada por el contratista, refiere la demandada que ésta debería ser presentada a la Entidad, más no por intermedio del inspector de obra.

Al respecto, si bien es cierto, que el artículo 42° de la LCE señala expresamente que la liquidación deberá ser presentada a la Entidad por el contratista, la norma no ha señalado si deberá ser a través de sus órganos desconcentrados o a través de los

funcionarios que lo representan o funcionarios que tengan la representación, en especial, el inspector de obra.

El inspector de obra, es a quien conforme al artículo 93° del RLCE se le otorga las funciones de velar directa y permanentemente por la ejecución correcta ejecución del a obra y del cumplimiento del contrato.

Ante este vacío normativo presentado en el artículo 42° de la LCE, el máximo órgano encargado de las Contrataciones – OSCE, a través de la opinión 104-2013/DTN ha señalado que “...en el procedimiento de liquidación de un contrato de obra solo interviene el contratista y la Entidad, no está facultado el residente ni la supervisión para presentar y/o recibir la liquidación del contrato de obra elaborado por alguna de las partes”; en tal sentido, es lógico entender que ni el supervisor ni el residente intervenga el procedimiento de liquidación a razón que ambos son personas distintas a la Entidad (terceros); sin embargo, no se ha precisado si el inspector en calidad de representante de la Entidad puede participar o no en el procedimiento de liquidación.

Consecuentemente, a criterio de este Tribunal, por ser el inspector un funcionario público dependiente de la Entidad, sobre quien también recae responsabilidad administrativa, y a quién la Entidad derivará la liquidación para su previa revisión y aprobación, está facultado a intervenir en dicho procedimiento; es por ello, que la opinión referida no ha excluido al inspector para participar en dicho procedimiento, a razón que éste depende de la Entidad.

Siendo así, este Tribunal concluye que el inspector si puede participar del procedimiento de liquidación, estando facultado para su revisión y posterior observación y/o aprobación, conforme lo hizo mediante carta N° 03/VHD/2015 de fecha 20 de abril del 2015.

Como consecuencia de ello se tiene como válida la presentación de la liquidación de obra presentada por el consorcio dentro del plazo legal, y siendo de exclusiva responsabilidad de la Entidad controlar los plazos contractuales, puesto que, si consideraba que no se había presentado la liquidación conforme argumenta en su contestación, debería de haber procedido a elaborar su liquidación de conformidad

con la norma antes citada, y en todo caso, devolver la liquidación realizada por el contratista manifestando que la Entidad ha procedido a elaborarla.

Sin embargo, esto no sucedió, por el contrario, con fecha 08 de Mayo del 2015 con CARTA N° 21-PSI-CONSORCIO AYABACA/CRDL-RL, la demandante comunicó a la Entidad la imposibilidad de culminar observaciones de la liquidación de obra, planteadas por el inspector de obra.

Dicha carta fue respondida por la Entidad a través de la CARTA N° 433-2015-INAGRI-PSI-DIR de fecha 19 de mayo del 2015, de la que se desprende lo siguiente:

*“Es grato dirigirme a usted, para comunicarle en atención a vuestros documentos de la referencia B y C, mediante los cuales manifiestan la imposibilidad de culminar la liquidación de la obra por falta de comprobante de pago por cancelación del adicional y la copia de resolución directorial de aprobación del expediente técnico.*

*Al respecto el responsable de seguimiento y monitoreo, mediante documento de la referencia de informa que la cancelación de la valorización del adicional ya fue solicitada a la oficina de administración y finanzas y la copia de la resolución directorial de aprobación del expediente técnico se anexa a la presente.*

*Por lo expuesto, pues no dificultan la presentación de la liquidación de obra, recomendándole agilizar dentro de los términos del plazo establecido según las normas de contratación del Estado.”*

Al respecto, debemos considerar lo expresado en la doctrina respecto a la teoría de los actos propios. Esta doctrina tiene como finalidad que las personas sean coherentes en las acciones que realiza protegiendo en base a la buena fe las expectativas razonables que dicho actuar genere en terceros. El jurista, Gozaini, al respecto adiciona lo siguiente: “(...) el hombre es libre en el ejercicio de su voluntad, pero que cuando su actuación crea un derecho a favor de un tercero, surge una relación jurídica que no puede ser arbitrariamente destruida.”

La teoría de los actos propios es una regla del derecho que se encuentra fundamentada en la buena fe, ello partiendo de que se ha generado manifestaciones de voluntad que han generado una relación jurídica que no puede ser alterada por alguna conducta incongruente con la manifestación ya realizada. Dicha regla protege la seguridad jurídica en el acuerdo entre las partes ya que con la modificación de la manifestación de voluntad expresada puede afectar la confianza generada en un tercero.

Esto origina una situación diferente a la supuestamente realizada en un primer momento verificando una mala fe en la acción realizada por el sujeto, imponiendo una sanción a dicho sujeto, la misma que se trasluce en seguir con el comportamiento inicialmente realizado sin darle la posibilidad de recurrir a remedios jurídicos que permitan destruir todo lo avanzado en la relación jurídica iniciada, no tomando en cuenta el comportamiento expresado en momento posterior.

Es importante mencionar que la doctrina de los actos propios señala que no es posible realizar dos actos contradictorios vinculados, en el que el primero ha generado una seguridad o expectativa en otro individuo y el segundo lo perjudica. Adicionalmente a lo ya expuesto, agregamos lo que Augusto Morello señala al respecto:

*“El fundamento estará dado en razón que la conducta anterior ha generado – según el sentido objetivo que de ella se desprende - confianza en que, quien la ha emitido, permanecerá en ella, pues lo contrario importaría incompatibilidad o contradicción de conductas emanadas de un mismo sujeto, que afectan injustamente la esfera de intereses de quien suponía hallarse protegido pues había depositado su confianza en lo que creía un comportamiento agotado en su dirección de origen.” (El énfasis es nuestro).*

En el mismo sentido se ha referido Díez Picazo expresa lo siguiente:

*“Hemos llegado a la conclusión de que la regla, que normalmente se expresa diciendo que nadie puede venir contra sus propios actos, ha de interpretarse en el sentido de que toda pretensión, formulada dentro de una*

*situación litigiosa por una persona que anteriormente ha realizado una conducta incompatible con esa pretensión, debe ser desestimada. Hemos llegado también a la conclusión de que, desde un punto de vista de derecho sustantivo, la inadmisibilidad de venir contra los Actos Propios constituye técnicamente un límite ejercicio de un derecho subjetivo o de una facultad, derivada del principio de la buena fe y particularmente, de la exigencia de observar, dentro del tráfico jurídico, un comportamiento coherente.”*

En el mismo análisis, el referido autor da claridad en su explicación señalando el efecto de la aplicación de la doctrina materializándose en la inadmisibilidad de una pretensión contradictoria con los actos propios del demandante. Así, dicho autor refiere: *“Todo el camino que hemos recorrido hasta aquí nos ha servido para sentar esta conclusión: el acto de formular una pretensión contradictoria con el sentido objetivo que, según la buena fe, debía atribuirse a una conducta anterior del mismo sujeto, es un acto inadmisibile (...)”*

Por tanto, de acuerdo a los considerandos expuestos, el Tribunal Arbitral concluye que si una parte pretende argumentar en contra de un hecho sobre el cual anteriormente ya ha dado su conformidad y consentimiento, tal argumento o pretensión deberá ser desestimada de plano.

Como se puede apreciar la Entidad convalidó con sus propios actos, el trámite de la liquidación y exigió que el contratista presente su liquidación con la documentación faltante, procediendo el contratista a presentar su liquidación mediante CARTA N° 029-PSI-CONSORCIO AYABACA/CRDL-RL de fecha 23 de junio el 2015, ingresada a la Entidad por el supervisor de obra mediante carta N° 006-2015-VHVD/2015 con fecha 26 de junio del 2015; por lo que, este Tribunal considera que habiendo convalidado la Entidad el procedimiento para la aprobación de liquidación, esta se presentó dentro del plazo que establecía la norma, es decir, dentro de los sesenta días de recibida la obra.

También debemos precisar que, el plazo para la aprobación se inició con la presentación el 14 de abril del 2015, siendo devuelto con observaciones el 20 de abril

del 2015, habiendo transcurrido seis días del plazo que la Entidad tenía para pronunciarse; desde esta fecha, se ha producido una suspensión del plazo toda vez que existía una causa atribuible a la Entidad, por cuanto, la emisión de la documentación faltante para la liquidación, entre ellas los comprobantes de pago de las valorizaciones de obra y adicional de obra, resolución de aprobación del expediente técnico, dependía de la Entidad.

Al respecto, la Entidad comunicó al contratista que dichos documentos no impedían la presentación de la liquidación; de esta manera, con fecha 26 de junio del 2015, por intermedio del inspector de obra se ingresó a la Entidad la liquidación de obra elaborada por el contratista, reanudándose desde esta fecha el plazo para que la Entidad pueda pronunciarse, el cual vencía el 21 de Agosto del 2015.

Al no haberse pronunciado dentro de dicho plazo, conforme al artículo 211° del RLCE la liquidación habría quedado consentida, siendo así, el contratista estaba habilitado para acogerse al silencio dándose por consentida la liquidación.

Así lo señaló el contratista, con fecha 01 de setiembre del 2015 mediante carta CARTA N° 029-PSI-CONSORCIO AYABACA/CRDL-RL y ratificada con carta 13 de noviembre del 2015 mediante carta por conducto notarial.

De otro lado, se debe precisar que la emisión de la carta N° 817-2015-MINAGRI-PSI-DIR y posteriores actos administrativos, la Entidad no siguió el procedimiento previsto en la LCE ni el RLCE; puesto que, ante la disconformidad de la Entidad sobre el consentimiento de la liquidación por silencio, estaba facultada para recurrir a un procedimiento o conciliación a fin de cuestionarla, hecho que no sucedió.

Por el contrario, lejos de activar los mecanismos de resolución de conflictos, la Entidad emitió actos administrativos cuando ya había culminado el contrato de ejecución de obra con el consentimiento de la liquidación; por lo que, el Tribunal considera consentida la liquidación presentada por el contratista, debiendo surtir sus efectos conforme lo dispone el artículo 212° del RLCE.

Por lo tanto, y de conformidad con lo establecido en los considerandos precedentes este Colegiado declara consentida la Liquidación de Obra practicada y presentada por el Consorcio; sin embargo, el consentimiento de la Liquidación, si bien es cierto supone la validez y aceptación de los montos ahí establecidos (saldo a favor del Consorcio) no puede contradecirse con el ánimo de la norma, ya que si se hubiese querido establecer que con el consentimiento de la Liquidación esta sería inmodificable o incuestionable, en todo caso pudo haberse optado por definir el plazo para cuestionar la Liquidación como un plazo de prescripción o de caducidad. Asimismo, el consentimiento de la Liquidación en ninguna forma puede constituir abuso del derecho; en ese sentido, la opinión OSCE N° 012-2016-DTN:

*“De otro lado, es importante indicar que el único supuesto para que la Liquidación (sea de Obra o de consultoría de Obra) quede consentida es cuando practicada por una de las partes, no sea observada por la otra dentro del plazo establecido.*

*Sobre el particular, debe señalarse que el hecho que una Liquidación quede consentida genera efectos jurídicos y económicos. Los primeros, implican que la Liquidación quede firme; es decir, se presume que su no observación dentro del plazo establecido implica su validez y aceptación. Los segundos, consecuencia directa de los primeros, implican que, al determinarse el costo total del Contrato y el saldo económico a favor de alguna de las partes, se origine el derecho al pago del saldo a favor de la Entidad o de la Entidad, según corresponda.*

*En esa medida, el consentimiento de la Liquidación del Contrato implica que se presume su validez y aceptación por la parte que no la observe dentro del plazo establecido.*

*No obstante, si bien con el consentimiento de la Liquidación se presume su validez y aceptación, ello no impide que las controversias relativas a dicho consentimiento puedan ser sometidas a arbitraje; más aún cuando dicha presunción podría implicar la aprobación o aceptación (y posterior pago) de*

*liquidaciones inválidas que, por ejemplo, no se encuentren debidamente sustentadas, incluyan conceptos o trabajos que no forman parte del Contrato o que formando parte del Contrato no se calcularon con los precios ofertados, incluyan montos manifiestamente desproporcionados, entre otros.*

*Esto significa que la presunción de validez y aceptación de una Liquidación que ha quedado consentida es una presunción iuris tantum, en tanto admitiría prueba en contrario, situación que deberá discutirse en un arbitraje, de ser el caso.”*

Lo indicado en la Citada Opinión OSCE N° 012-2016-DTN es compartido por este Colegiado, por tanto, este Colegiado considera conveniente analizar y pronunciarse sobre cada uno de los ítems que se establecen en la Liquidación presentada.

Como consecuencia de lo decidido por el Tribunal con respecto a la primera pretensión, cabe analizar las pretensiones derivadas de primera que corresponden a los ítems de la liquidación presentada; en ese sentido, corresponde analizar la pretensión denominada como a.1. pues corresponde al pago de mayores gastos generados por la ampliación de plazo N.º1:

**a.1. Que el plazo fue ampliado por 42 días hasta el 21 de octubre de 2014, al haberse consentido la ampliación de plazo N.º1, reconocido por la Entidad con la Carta N.º 578-2014-MINIGRI-PSI-DIR que adjunta el Memorando N.º 1148-2014-MINIGRI-DIR-OS de setiembre de 2014, con la Carta N.º 578-2014MINIGRI-PSI-DIR y con la Carta N.º612-2015-MINIGRUI-PSI-DIR y se dispone el reconocimiento de gastos generales.**

Mediante carta Nro. 009-2014/CONSORCIO AYABACA/CRDL-RL el Consorcio solicitó la ampliación de plazo Nro. 1 por 42 días calendario; al respecto, la Entidad señala que dicha solicitud de ampliación fue denegada con resolución directorial 546-2014-MINAGRI-PSI de fecha 19 de agosto de 2014 y que fue notificado el correo electrónico señalado en el contrato.

Sin embargo, de una evaluación de los documentos actuados se advierte que la Entidad reconoció con la Carta N.º 578-2014-MINIGRI-PSI-DIR que adjunta el Memorando N.º 1148-2014-MINIGRI-DIR-OS de setiembre de 2014, y con la Carta N.º 612-2015-MINIGRUI-PSI-DIR la falta de pronunciamiento sobre el pedido de ampliación de plazo, por lo que ha sido consentido.



Lima, 22 SET. 2014

**CARTA N.º 578-2014-MINAGRI-PSI-DIR**

Señores  
**CONSORCIO AYABACA**  
 Mz. D Lt. 26 Milagrosa Cruz de Motupe  
 E-mail: reginadela@yahoo.es  
 Puente Piedra.-

Atención : Sra. Corina Regina de la Cruz López  
 Representante Legal

Asunto : Ampliación de Plazo N° 01

Referencia : Contrato de Ejecución de Obra "Mejoramiento del Servicio de Agua del Sistema de Riego Los Rosales en el Sector Jimburilla, Comunidad Campesina San Vicente El Molino, Distrito de Ayabaca, Provincia de Ayabaca-Piura"  
 a) Carta N° 011-2014/CONSORCIO AYABACA/CRDL-RL  
 b) Informe N° 037-2014-MINAGRI-PSI-DIR-OS-WFLLR

Es grato dirigirme a usted, en atención a los documentos en referencia, que de acuerdo al Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado respecto a la evaluación realizada y antecedentes que originaron esta solicitud de ampliación de plazo N°01.

Asimismo, debo manifestarle que la ampliación de plazo N°01 por 42 días calendario está quedando consentida; lo cual obligara al Contratista presentar al Inspector o Supervisor un calendario de avance de obra valorizado actualizado y programación PERTCPM correspondiente, considerando para ello solo las partidas que se han visto afectadas y en armonía con la ampliación de plazo concedida.

Sin otro en particular me despido de usted.

Atentamente,

PROGRAMA SUBSECTORIAL DE IRIGACIONES  
 Ing. MANUEL BARRERA PALACIOS  
 DIRECTOR DE INFRAESTRUCTURA DE RIEGO (e)  
 CC: DIR-OS  
 MESP/MCS  
 77181-2013

Jr. Teniente Emilio Fernández N° 130, Santa Beatriz, Lima 1  
 Central Telefónica: 424-4488 Fax: 433-2055 / 332-2227 / 332-2268 / 424-1725  
 e-mail: postmaster@psi.gob.pe



**MEMORANDO N.º 1148-2014-MINAGRI-PSI-DIR-OS**

A : ING. MANUEL BARRERA PALACIOS  
 Director de Infraestructura de Riego (e)  
 ASUNTO : Consentimiento de Ampliación de Plazo N° 01, por 42 días.  
 REF : Contrato de Ejecución de Obra "Mejoramiento del Servicio de Agua del Sistema de Riego Los Rosales en el Sector Jimburilla, Comunidad Campesina San Vicente El Molino, Distrito de Ayabaca, Provincia de Ayabaca-Piura"  
 a) Carta N°011-2014/CONSORCIO AYABACA/CRDL-RL  
 b) Informe N° 037-2014-MINAGRI-PSI-DIR-OS-WFLLR  
 FECHA : Lima 22 SET. 2014

Es grato dirigirme a usted, en relación a los documentos en referencia, en la cual se ha realizado el análisis respectivo de los antecedentes acontecidos, y de acuerdo al reglamento de la ley de contrataciones del estado en su artículo 201, procedimiento de ampliación de plazo; dice "de no emitirse pronunciamiento alguno dentro del plazo señalado, se considerara ampliado el plazo".

Por lo expuesto, se notifica al Consorcio Ayabaca del consentimiento de la ampliación de plazo N°01 por 42 días calendario, lo cual obligara al contratista a presentar al inspector o supervisor un calendario de avance de obra valorizado actualizado y la programación PERTCPM, correspondiente, considerando para ello solo las partidas que se han visto afectadas y en armonía con la ampliación de plazo concedida.

Es todo cuanto informo a usted, para los fines consiguientes.

Atentamente,

PROGRAMA SUBSECTORIAL DE IRIGACIONES  
 Ing. MANUEL M. GUTIERREZ BERNARDO  
 Jefe de la Oficina de Supervisión (e)

MGB/wflr  
 77181-2013

Jr. Teniente Emilio Fernández N° 130, Santa Beatriz, Lima 1  
 Central Telefónica: 424-4488 Fax: 433-2055 / 332-2227 / 332-2268 / 424-1725  
 e-mail: postmaster@psi.gob.pe

000054

Lima, 03 JUL. 2015

**CARTA N° 012-2015 - MINAGRI-PSI-DIR**

Señores.  
**CONSORCIO AYABACA**  
Mz. D Lt. 26 Milagrosa Cruz de Motupe  
**Puente Piedra - Lima.**

- Atención : Corina Regina de la Cruz López  
Representante Legal
- Asunto : Respuesta a reiteración de Resolución de Aprobación de Ampliación de Plazo N°01 por 42 días.
- Referencia : "Mejoramiento del Servicio de Agua del Sistema de Riego los Rosales en el Sector Jimburilla Comunidad Campesina San Vicente el Molino, distrito de Ayabaca, provincia de Ayabaca- Piura"  
a) CARTA N° 26-PSI-CONSORCIO AYABACA /CRDL-RL  
b) INFORME N° 433 - 2015-MINAGRI-PSI-OAJ  
c) MEMORANDO N° 1405 - 2015-MINAGRI-PSI-DIR-OS



Es grato dirigirme a usted, para comunicarle en atención a nuestro documento de la referencia a), mediante el cual solicita la Resolución de Aprobación de Plazo por 42 días de la obra "Mejoramiento del Servicio de Agua del Sistema de Riego los Rosales en el Sector Jimburilla Comunidad Campesina San Vicente el Molino, distrito de Ayabaca, provincia de Ayabaca- Piura".

Al respecto la Oficina de Asesoría Jurídica y la Oficina de Supervisión mediante documento de la referencia b) y c), expresan de conformidad al Art. N° 201 del "Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado", la Ampliación de Plazo por 42 días, ha sido consentido y que no amerita el pronunciamiento de la Entidad del PSI, vía Resolución Directoral.

Por lo expuesto, cumplo en comunicar para los fines que estime por conveniente.

Atentamente,

PROGRAMA SUBSECTORIAL DE IRRIGACIONES  
**DR. PEDRO VALENCIA JULCA**  
Director del Subsector de Riego  
PMV/JDC  
CUT 77181-2013

En consecuencia, corresponde amparar el propio reconocimiento de la Entidad bajo el criterio de actos propios considerando que, lo que se pretende es argumentar en contra de un hecho sobre el cual anteriormente ya ha dado su conformidad y consentimiento, tal argumento o pretensión deberá ser desestimada de plano.

Ahora bien, se debe precisar que la pretensión denominada como a.1 busca que se determine que el plazo fue ampliado por 42 días hasta el 21 de octubre de 2014, al haberse consentido la ampliación de plazo N.º1, reconocido por la Entidad en cartas y memorandums y se dispone el reconocimiento de gastos generales. Al respecto, el análisis de los medios probatorios presentado se advierte que en ninguna de las cartas la entidad efectuó el reconocimiento de los mayores gastos generales simplemente en dichas comunicaciones reconoce la ampliación de plazo.

Consecuentemente, y siendo que no forma parte del pronunciamiento del tribunal puesto que la pretensión no busca que se determinen los mayores gastos generales, con lo cual estaríamos ante un pronunciamiento extra petita, éste colegiado considera amparar el plazo indicado mas no los mayores gastos generales.

En tal sentido, de acuerdo al análisis realizado por el tribunal en relación a los conceptos que conforman la liquidación de obra se advierte que el único ítem que no corresponde a la liquidación presentada es el derivado de los mayores gastos generales; los demás conceptos señalados por el contratista en su Carta N.º 029-PSI-CONSORCIO AYABACA/CRDL conforme lo siguiente:

**RESUMEN DE LIQUIDACION FINAL DE CONTRATO DE OBRA**

OBRA: "MEJORAMIENTO DEL SERVICIO DE AGUA DEL SISTEMA DE RIEGO VALOR REFERENCIAL: S/. 1,866,739.90  
 LOS ROSALES EN EL SECTOR JIMBURILLA, COMUNIDAD CAMPESINA SAN VICENTE EL MOLINO, DISTRITO DE AYABACA, PROVINCIA DE AYABACA - PIURA" MONTO DE CONTRATO: S/. 1,781,066.00 MES/Valor Ref: AGOSTO 2011

ENTIDAD: PROGRAMA SUB SECTORIAL DE IRRIGACIONES (PSI) FACTOR RELACION: 0.80000  
 UBICACION: SECTOR JIMBURILLA, COMUNIDAD CAMPESINA SAN VICENTE EL MC PROCESO DE SELECCION: LICITACION PUBLICA N°001-2014-MINAGRI-PSI  
 CONTRATISTA: CONSORCIO AYABACA SISTEMA DE CONTRATACION: PRECIOS UNITARIOS  
 RESIDENTE: Ing. GERARDO IRIGOYEN DIAZ CONTRATO DE EJECUCION DE OBRA: SN  
 INSP. OBRA: ING. VICTOR HUGO VERA DIAZ PLAZO DE EJECUCION DE OBRA: 90 Dias Calendarios  
 AMPLIACION DE PLAZO : 42 DIAS CALENDARIO

CONCEPTO	MONTO RECAICULADOS S/.	MONTO PAGADOS S/.	SALDO A PAGAR S/.
<b>(A) DE LAS VALORACIONES</b>			
Valorización N° 81 Ppto. Principa	248,922.26	248,922.26	0.00
Valorización N° 82 Ppto. Principa	237,581.94	237,581.94	0.00
Valorización N° 83 Ppto. Principa	358,286.42	358,286.42	0.00
Valorización N° 84 Ppto. Principa	205,316.76	205,316.76	0.00
Valorización N° 86 Ppto. Principa	425,841.17	425,841.17	0.00
Valorización 01 Adicional de Obra	181,826.73	181,826.73	0.00
<b>TOTAL VALORACIONES</b>	<b>1,687,776.28</b>	<b>1,687,776.28</b>	<b>0.00</b>
<b>(B) REAJUSTES DE PRECIOS</b>			
Reajuste VAL. N°01	6,223.06	2,429.77	3,793.29
Reajuste VAL. N°02	6,414.71	1,982.14	4,432.57
Reajuste VAL. N°03	11,106.88	8,811.47	2,295.41
Reajuste VAL. N°04	6,775.45	5,466.09	-1,308.36
Reajuste VAL. N°05	14,904.44	4,398.58	10,505.86
Reajuste Val 01 Adicional de Obra	4,363.94	0.00	4,363.94
<b>TOTAL REAJUSTES</b>	<b>51,788.48</b>	<b>23,086.05</b>	<b>28,702.43</b>
<b>(C) ADELANTOS OTORGADOS</b>			
Adelanto Directo	298,485.76	298,485.76	0.00
Amortización Adelanto Directo	298,485.76	298,485.76	0.00
Adelanto para Materiales	298,485.76	298,485.76	0.00
Amortización Adel. para Materiales	298,485.76	298,485.76	0.00
<b>TOTAL ADELANTOS</b>	<b>0.00</b>	<b>0.00</b>	<b>0.00</b>
<b>(D) DEDUCCION DE RENTEGROS</b>			
Adelanto Directo	2,175.77	3,462.91	-1,287.14
Adelanto para Materiales	5,680.42	3,144.86	2,535.56
<b>TOTAL DEDUCCION DE RENTEGROS</b>	<b>7,856.19</b>	<b>6,607.78</b>	<b>1,248.41</b>
<b>(E) OTROS</b>			
MAYORES GASTOS GENERALES AMP. DE PLAZO	30,953.33	0.00	30,953.33
<b>TOTAL</b>	<b>30,953.33</b>	<b>0.00</b>	<b>30,953.33</b>
<b>(F) TOTAL GENERAL (A+B+C+D+E)</b>	<b>1,732,440.88</b>	<b>1,674,258.54</b>	<b>58,182.34</b>
<b>(G) I.G.V. 18.00%</b>	<b>311,878.96</b>	<b>301,366.00</b>	<b>10,512.96</b>
<b>(H) COSTO TOTAL DE LA OBRA</b>	<b>2,044,539.84</b>	<b>1,975,624.54</b>	<b>68,915.30</b>

<b>(I) PENALIDADES Y DESCUENTOS</b>			
Concepto	Multa por Aplicar S/.	Multa Aplicada S/.	Saldo por Descostar S/.
Multa por demora en término de la Obra	0.00	0.00	0.00
Retención			
Por Fondo de Garantía (10%)	0.00	0.00	0.00
<b>TOTAL</b>	<b>0.00</b>	<b>0.00</b>	<b>0.00</b>
<b>(H) REEMBOLSOS</b>			
Concepto	Multa por Aplicar S/.	Multa Aplicada S/.	Saldo por Pagar S/.
	0.00	0.00	0.00
	0.00	0.00	0.00
<b>TOTAL</b>	<b>0.00</b>	<b>0.00</b>	<b>0.00</b>

<b>(I) RESUMEN LIQUIDACION</b>		Saldo Final
Monto a Cancelar en Efectivo (Inc. IGV)	<b>A FAVOR DEL CONTRATISTA</b>	<b>S/. 71,864.57</b>

**SON: SETENTA Y UN MIL OCHOCIENTOS SESENTA Y CUATRO CON 57/100 NUEVOS SOLES**

CONSORCIO AYABACA  
 Ing. Gerardo Irigoyen Diaz  
 INSP. OBRA

CONSORCIO AYABACA  
 CONSORCIO AYABACA

En tal sentido, si se excluye el monto correspondiente de los mayores gastos generales por la ampliación de plazo ascendente a S/30,953.33, el monto que corresponde como saldo a favor del contratista asciende a:

- TOTAL GENERAL: S/. 29,948.85
- IGV: S/. 5,390.80
- COSTO TOTAL: S/. 35,339.65

**a.2) Que se reconozca que para ejecutar el adicional de obra N.º 1 se requería 28 días la ejecución de la misma y por tanto se declare la nulidad y/o ineficacia de la Resolución Directoral N.º 816-2014MINIGRI-PSI en el extremo que no considero el plazo de ejecución del adicional de obra N.º 1, a pesar de que aprobó el referido adicional N.º 1.**

En relación a este punto la entidad señaló que el adicional de obra fue originado por la variación de metros debido a deficiencias del expediente técnico cuya ejecución resultó indispensable para cumplir con la meta del proyecto cuyo monto ascendió a S/214,555.54 y un deductivo vinculante por la suma de S/18,989.62 aprobados con la Resolución Directoral N.º 816-2014MINIGRI-PSI.

Asimismo la entidad señala que la ampliación de plazo por 28 días calendario por la ejecución del adicional fue declarado improcedente en dicha resolución por no haber cumplido con el procedimiento establecido en el artículo 201 del reglamento.

Al respecto se debe indicar que efectivamente el adicional de obra Nro. 01 fue aprobado mediante Resolución Directoral N.º 816-2014MINIGRI-PSI, sin embargo en su artículo cuarto declara improcedente de las ampliaciones de plazo correspondientes al adicional ellos en base al informe legal 306-2014-MINAGRI-PSI-OAJ de la sexta oficina de asesoría jurídica en la que se recomienda que debe ser declarada improcedente el plazo solicitado al no haber cumplido con el procedimiento.

Sin embargo de una revisión de lo señalado por las partes y una compulsas con la normativa aplicable se advierte que un adicional de obra, por tratarse de algo no

previsto en el expediente técnico primigenio, requiere necesariamente un plazo determinado; consecuentemente, este colegiado considera conveniente amparar la presente pretensión.

**a.3) Que no corresponde imponer penalidad alguna al Consorcio.**

En relación a este punto la entidad señala que la fecha de término de obra fue el 9 de septiembre de 2014, sin embargo señaló que la obra culminó realmente del 20 de diciembre de 2014 según el informe mensual del inspector de obra que fue la fecha en la que se terminó de ejecutar el adicional de obra. En tal sentido la entidad señala que corresponde una penalidad diaria ascendente a S/.14,555.57 y una penalidad total por atraso por el monto de S/.196,500.18.

En éste. Éste colegiado considera conveniente indicar que estando aquí se ha determinado el consentimiento expreso de la liquidación de obra presentada por el contratista mediante Carta N.º 029-PSI-CONSORCIO AYABACA/CRDL, conceptos que corresponden indefectiblemente a dicha liquidación; en tal sentido, no corresponde amparar penalidad alguna puesto que esto quedaría fuera del alcance de la liquidación ya evaluada.

Por lo tanto se declara fundada la presente pretensión.

**12.2. SEGUNDA PRETENSIÓN:** Que ante la eventualidad de que la liquidación del contrato presentado con la Carta N.º 029-PSI-CONSORCIO AYABACA/CRDL no se declare consentida y/o aprobada que se declare que la liquidación del contrato de obra presentada por nuestra parte con fecha 14/04/2015, mediante la Carta N.º 020.PSI-CONSORCIO-AYABACA/CRDL-RL, ha quedado consentida y/o aprobada y que se ordene que PSI proceda con el pago del saldo de liquidación de obra por la suma se S/ 71.864.57.

Conforme ya el tribunal ha analizado la primera pretensión, por ser esta una pretensión alternativa en relación a la primera, y habiendo amparado la primera pretensión, carece de objeto pronunciarse en este extremo y también

en los extremo de las pretensiones b.1., b.2. y b.3. fijadas como puntos controvertidos.

- 12.3. TERCERA PRETENSIÓN:** Que se declare la nulidad y/o ineficacia de la Resolución Directoral N° 187-2016-MINAGRI-PSI-PSI y de la Carta N.º 967-2016MINAGRI-PSI.OAF y en consecuencia nula y/o ineficaz la liquidación de obra realizada por la Entidad.

El Tribunal ha determinado precedentemente declarar el consentimiento de la liquidación elaborada y presentada por el contratista (excluyendo el ítem eres gastos generales por cuanto no es materia controvertida en el presente arbitraje, y de los documentos presentados nos advierte que hayan sido aprobados por la entidad); por tanto, cualquier liquidación que se oponga a la ya evaluada por este Tribunal en el presente laudo, debe ser dejada sin efecto, más aún si tomamos en consideración el análisis señalado en la primera pretensión.

- 12.4. CUARTA PRETENSIÓN:** Que ante la eventualidad de nuestra liquidación de contrato de obra no quede consentida y/o aprobada y que la liquidación de contrato de obra realizada por la Entidad sea nula y/o ineficaz, su Tribunal debe determinar la liquidación de contrato de obra que debe aplicarse a la obra, considerando todos conceptos que conlleva la liquidación.

Tal como lo ha solicitado el demandante, esta pretensión está condicionada a la primera y segunda pretensión, considerándose una pretensión alternativa, por lo que, habiendo ya el tribunal analizado y fundamento la primera pretensión, carece de objeto pronunciarse en éste extremo y también en los extremo de las pretensiones d.1., d.2. y d.3. fijadas como puntos controvertidos.

- 12.5. QUINTA PRETENSION:** Que el Tribunal ordene que nos devuelva las garantías de fiel cumplimiento del contrato principal y del adicional de obra N.º 1.

El artículo 212° del RLCE, señala que luego de haber quedado consentida la liquidación y efectuado el pago que corresponda, culminada definitivamente el contrato y se cierra el expediente respectivo; y el artículo 158° señala que la garantía tendrá vigencia hasta el consentimiento de la liquidación final en caso de ejecución y consultoría de obras; al respecto, no cabe duda que habiéndose declarado el consentimiento de la liquidación de obra, no solo corresponde el pago del mismo, sino también la devolución de las garantías otorgadas, por lo que, en cumplimiento de las normas referidas, el PSI deberá proceder a devolver todas las garantías otorgadas por el contratista durante la vigencia del contrato.

- 12.6. SEXTA PRETENSIÓN:** Que la Entidad PSI reembolse al contratista los gastos de renovación de las garantías vinculadas al contrato y al adicional de obra N.º 1 en que están incurriendo, desde la fecha en que quedo consentida la liquidación y hasta la devolución de las garantías o desde la fecha que señale su tribunal hasta la devolución de las garantías lo que tiene un costo de S/ 2,042.03 por cada 90 días de renovación.

La garantía es una requisito para que el contratista pueda contratar con el Estado, cuya vigencia como se ha referido en el punto anterior deberá mantenerse hasta el consentimiento de la liquidación; al respecto, el tribunal considera que la liquidación ha quedado aprobado desde la presentación de la CARTA N° 029-PSI-CONSORCIO AYABACA/CRDL-RL de fecha 01 de setiembre del 2015, y consentida después de los 15 días de aprobada en aplicación del artículo 211° del RLCE, toda vez que el PSI no ha recurrido a un arbitraje con respecto a la liquidación elaborada por el contratista, siendo ejecutable desde el 23 de Setiembre del 2015, por lo que correspondería asumir los costos que han demandado mantener vigente hasta la fecha por tener relación con el contrato y la materia controvertida, debiendo liquidarse dichos gastos en ejecución de laudo arbitral previa presentación de la documentación que sustenta dicho gastos.

**12.7. SÉTIMA PRETENSIÓN:** Que PSI sea condenada con todos los gastos y costos arbitrales.

Independientemente de que éste aspecto haya sido contemplados como punto controvertido, de acuerdo con el artículo 70° y 73° del Decreto Legislativo N° 1071, Ley que norma Arbitraje, éste debía ser uno de los puntos respecto de los cuales, se debe emitir pronunciamiento en el Laudo Arbitral, teniendo presente, de ser el caso, lo pactado en el convenio arbitral. El artículo 70° de la precitada ley establece lo siguiente: costos:

“El tribunal Arbitral fijará en el laudo los costos del arbitraje, Los costos del arbitraje comprenden:

1. Los honorarios y gastos de tribunal arbitral
2. Los honorarios y gastos del secretario
3. Los gastos administrativos de la institución arbitral.
4. Los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral.
5. Los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje.
6. Los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales. Asimismo, el artículo 73° de la ley de Arbitraje referente a la Asunción o distribución de costas, señala:

El Tribunal Arbitral tendrá en cuenta a efectos de impulsar o distribuir los costos del arbitraje. El acuerdo de las partes. A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida.

Sin embargo, el Tribunal Arbitral podrá distribuir y prorratear estas costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, (...).”.

Por tanto, en adición a la antes expuesto, queda claro que los costos incluyen (i) los honorarios y gastos del tribunal arbitral; (ii) los honorarios y gastos del secretario; (iii) los gastos administrativas de la institución arbitral; (iv) los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por

el tribunal arbitral; (v) los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje; (vi) los demás gastos razonables originales en las actuaciones arbitrales; y, conforme a los artículos señalados, debe tomarse en cuenta que la norma legal establece que si en el convenio arbitral no contiene pacto alguno sobre los gastos, los árbitros se pronunciarán en el laudo arbitral sobre la condena o exoneración.

En tal sentido, considerando el resultado del arbitraje, el cual desde el punto de vista de este Tribunal, no puede afirmarse que existe una “parte perdedora”, en vista de que ambas partes tuvieron motivos suficientes y atendibles para litigar habida cuenta de que debían defender sus posiciones en la vía Arbitral, corresponde disponer que cada parte asuma el pago de la mitad de los gastos arbitrales decretados en este arbitraje (entiéndase los honorarios del Tribunal y de la Secretaría Arbitral); así como que cada parte asumirá los gastos en que incurrieron para la defensa y procedimiento de solicitud arbitral.

Dispóngase que cada parte asuma el pago de la mitad de los gastos arbitrales decretados en este arbitraje (entiéndase los honorarios del Tribunal y de la Secretaría Arbitral); así como que cada parte asumirá los gastos en que incurrieron para la defensa y procedimiento de solicitud arbitral.

#### **DECISIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL:**

Estando a las consideraciones expuestas el Tribunal Arbitral, en Derecho y dentro del plazo fijado para tales efectos, **RESUELVE:**

**PRIMERO: DECLÁRESE FUNDADA EN PARTE LA PRIMERA PRETENSIÓN;** en tal sentido, **DECLÁRESE CONSENTIDA** la liquidación del contrato de obra presentada por contratista - CONSORCIO AYABACA con Carta N.º 029-PSI-CONSORCIO AYABACA/CDRL-RL de fecha 23 de junio del 2015 ingresada al PSI con fecha 26 de Junio del 2015; en consecuencia, **ORDENESE** al PSI proceda con el pago del saldo de la Liquidación de Obra por la suma de S/. 35,339.65, más

intereses conforme al artículo 48° de la LCE contabilizado desde la fecha en que la Entidad estaba obligada; asimismo:

**a.1 DECLÁRESE FUNDADA EN PARTE;** en tal sentido, **DECLÁRESE** que el plazo fue ampliado por 42 días hasta el 21 de octubre de 2014, al haberse consentido la ampliación de plazo N.º1, reconocido por la Entidad con la Carta N.º 578-2014-MINIGRI-PSI-DIR que adjunta el Memorando N.º 1148-2014-MINIGRI-DIR-OS de setiembre de 2014, con la Carta N.º 578-2014MINIGRI-PSI-DIR y con la Carta N.º612-2015-MINIGRUI-PSI-DIR.

**a.2. DECLÁRESE FUNDADA;** en tal sentido, **DECLÁRESE** que para ejecutar el adicional de obra N.º 1 se requería 28 días la ejecución de la misma; y por tanto, **DECLÁRESE** la nulidad y/o ineficacia de la Resolución Directoral N.º 816-2014MINIGRI-PSI en el extremo que no considero el plazo de ejecución del adicional de obra N° 1, a pesar de que aprobó el referido adicional N.º 1.

**a.3. DECLÁRESE FUNDADA;** en tal sentido, **DECLÁRESE** que no corresponde imponer penalidad alguna al Consorcio.

**SEGUNDO: CARECE DE OBJETO PRONUNCIARSE** sobre la segunda pretensión y sus pretensiones accesorias b.1., b.2., y b.3.

**TERCERO: DECLÁRESE FUNDADA LA TERCERA PRETENSIÓN,** DECLARANDO NULA la Resolución Directoral N.º 187-2016-MINAGRI-PSI-PSI y de la Carta N.º 967-2016MINAGRI-PSI.OAF, en consecuencia sin efecto legal.

**CUARTO: CARECE DE OBJETO PRONUNCIARSE** sobre la cuarta pretensión por haber sido amparada la primera pretensión.

**QUINTO: DECLÁRESE FUNDADA LA QUINTA PRETENSIÓN;** en consecuencia, **ORDÉNESE** AL PSI devuelva las garantías de fiel cumplimiento del contrato principal y del adicional de obra N.º 1 otorgada por el contratista.

**SEXTO: DECLÁRESE FUNDADA LA SEXTA PRETENSIÓN;** en consecuencia, **ORDÉNESE** que el PSI reembolse los gastos de renovación de las garantías de fiel

cumplimiento y garantía por adicional de obra N.º 1, desde el 23 de setiembre del 2015 fecha en que quedo consentida la liquidación presentada por el contratista, hasta la devolución de las garantías, monto que será liquidado en ejecución de laudo arbitral previa presentación de la documentación que acredite el gasto.

**SÉPTIMO: DISPÓNGASE** que cada parte asuma el pago de la mitad de los gastos arbitrales decretados en este arbitraje (entiéndase los honorarios del Tribunal y de la Secretaría Arbitral); así como que cada parte asumirá los gastos en que incurrieron para la defensa y procedimiento de solicitud arbitral, y **ORDÉNESE** a la Entidad la devolución a favor del Consorcio Ayabaca las siguientes sumas: S/ 16,848.50 más 8% de impuesto a la renta por concepto de pago de honorarios de los Árbitros, y S/ 5,000.00 más IGV por concepto de pago de la Secretaría correspondientes al reajuste de gastos arbitrales del 30 de julio de 2018, y S/ 500.00 por viáticos del Dr. Shurik Yabar Meza, montos que le correspondía pagar, los cuales fueron realizados por el Consorcio Ayabaca.

**OCTAVO: INDÍQUESE** a las partes que, al expedir la presente resolución, y conforme a la norma arbitral aplicable para este arbitraje, este Colegiado da por concluidas sus actuaciones en el presente arbitraje de manera definitiva.

**NOVENO: REMÍTASE** copia del presente laudo al OSCE  
Notifíquese a las partes.-



**JUAN JASHIM VALDIVIESO CERNA**  
PRESIDENTE



**SHURIK YABAR MEZA**  
ÁRBITRO



**HOOWER OLIVAS VALVERDE**  
ÁRBITRO



**EXP. N° 1663-63-18**

**CONSORCIO LIBERTADORES (conformado por Marco Obra Pública Perú S.A y ALEXIA S.A.C.) Vs. PROGRAMA SUBSECTORIAL DE IRRIGACIONES DEL MINISTERIO DE AGRICULTURA Y RIEGO - PSI**

### **LAUDO ARBITRAL**

**DEMANDANTE:** CONSORCIO LIBERTADORES (en adelante, el demandante o el CONSORCIO)

**DEMANDADO:** PROGRAMA SUBSECTORIAL DE IRRIGACIONES (en adelante, el demandado o el PSI)

**TIPO DE ARBITRAJE:** Institucional y de Derecho

**TRIBUNAL ARBITRAL:** Juan Carlos Pinto Escobedo (Presidente)

Iván Alexander Casiano Lossio (árbitro)

Carlos Edgar Molina Palomino (árbitro)

**SECRETARIA ARBITRAL:** Daniela Ardiles Chávarry  
Secretaria Arbitral del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de PUCP

---

### **Decisión N° 16**

En Lima, a los 15 días del mes de julio del año dos mil veinte, el Tribunal Arbitral, luego de haber realizado las actuaciones arbitrales de conformidad con la ley y las normas



establecidas, escuchados los argumentos sometidos a su consideración y deliberando en torno a las pretensiones planteadas en la demanda, dicta el siguiente laudo para poner fin, por decisión de las partes, a la controversia planteada.

## **1. El Convenio Arbitral**

Se encuentra contenido en la Cláusula Décimo Octava del Contrato de Ejecución de Obra “Construcción de Represa y Sistema de Riego Tantar en la localidad de Concepción, distrito de Concepción, Vilcashuamán, Ayacucho” N° 017-2013-MINAGRI-PSI.

Conforme a dicha cláusula el presente arbitraje es organizado y administrado por el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú conforme el Reglamento de Arbitraje PUCP 2017 (en adelante, el Reglamento) y en forma supletoria el Decreto Legislativo N° 1071, decreto legislativo que norma el arbitraje (en adelante, simplemente LA).

## **2. Constitución del Tribunal Arbitral**

El 10 de abril de 2018, el árbitro Iván Alexander Casiano Lossio remite su aceptación como árbitro designado por la parte demandante.

El 05 de abril de 2018, el árbitro Carlos Molina Palomino remite su aceptación como árbitro designado por la parte demandada.

El 27 de junio de 2018, el árbitro Juan Carlos Pinto Escobedo, remite su aceptación como presidente del Tribunal Arbitral, quedando entonces el Tribunal Arbitral válidamente constituido.

### **3. Resumen de las principales actuaciones arbitrales:**

- 3.1. Mediante la Decisión N° 1 de fecha 17 de octubre de 2018, se otorgó el plazo al CONSORCIO para presentar su demanda arbitral.
- 3.2. A través de la Decisión N° 2, de fecha 12 de noviembre de 2018, se admitió a trámite la demanda arbitral, se tuvieron por ofrecidos los medios probatorios; y, se corrió traslado de dicho escrito al PSI, a fin de que cumpla con contestarla y, de considerarlo conveniente, formule reconvencción.
- 3.3. Mediante Decisión N° 3, de fecha 08 de febrero de 2019, se admitió a trámite la contestación de la demanda y se tuvieron por ofrecidos los medios probatorios presentados por dicha parte. Asimismo, se determinaron las cuestiones controvertidas y se citó a las partes a la Audiencia de Ilustración de Hechos y Sustentación de Posiciones.
- 3.4. Mediante Decisión N° 4, de fecha 05 de marzo de 2019, se admitieron los medios probatorios correspondientes a la Copia del Acta de Constatación Física de metas ejecutadas y Copia de la Adenda del Contrato de Consorcio donde figura la fecha en que se cambia de representante legal, anterior a la fecha de liquidación, presentados por el CONSORCIO.
- 3.5. El 05 de marzo de 2019, se llevó a cabo la Audiencia de Ilustración de hechos y sustentación de posiciones a fin de que las partes informen acerca de los hechos que suscitaron en la presente controversia.
- 3.6. Mediante Decisión N° 7, de fecha 20 de agosto de 2019, se tuvo presente la tacha presentada por el CONSORCIO contra el medio probatorio correspondiente a “6-M” (Planos de la Liquidación de PSI), presentado por el PSI, y se corrió traslado de la misma a esta última parte, a fin de que cumpla con manifestar lo conveniente a su derecho.

- 3.7. Mediante Decisión N° 10, de fecha 14 de octubre de 2019, se declaró infundada la tacha deducida por el CONSORCIO contra el medio probatorio denominado “6M (Planos de Liquidación de PSI)”, presentado por el PSI.
- 3.8. Mediante Decisión N°12, se declaró el cierre de las actuaciones arbitrales, se fijó el plazo para emitir el laudo arbitral en cuarenta (40) días hábiles; plazo que podrá ser prorrogado por un plazo máximo de diez (10) días hábiles.
- 3.9. Mediante Decisión N° 14, de fecha 04 de marzo de 2020, se prorrogó el plazo para laudar en diez (10) días hábiles. En tal sentido, el nuevo plazo para emitir el Laudo Arbitral vence el día 27 de marzo de 2020.

#### **4. SOBRE LOS GASTOS ARBITRALES:**

- 4.1. Mediante Comunicación de Secretaría Arbitral de fecha 07 de agosto de 2018 se efectuó una primera liquidación de los gastos arbitrales conforme lo siguiente:

Concepto	Monto
Honorarios del Tribunal Arbitral	S/ 12, 764.00 neto para cada uno de los árbitros
Gastos Administrativos del Centro	S/ 9,500.00 más IG.V.

- 4.2. Dichos montos debían ser cancelados en partes iguales por cada parte.
- 4.3. Sobre los pagos de la primera liquidación, se tiene que el CONSORCIO acreditó los pagos. Las constancias de dichos pagos se encuentran contenidos en las Comunicaciones N° 7 y 8.
- 4.4. Posteriormente, mediante Comunicación emitida por la Secretaría General de Arbitraje de fecha 16 de noviembre de 2018 se autorizaron los pagos por subrogación, siendo que mediante Comunicación N° 11 de fecha 2 de julio de 2019 se acreditaron dichos pagos del demandante en subrogación del demandado, teniéndose los gastos arbitrales cancelados en su totalidad.

## **5. CUESTIONES CONTROVERTIDAS:**

Mediante Decisión N° 3, de fecha 08 de febrero de 2019, se determinaron las cuestiones controvertidas y se admitieron los medios probatorios presentados por las partes en el presente arbitraje conforme a lo siguiente:

- **PRIMERA CUESTIÓN CONTROVERTIDA:** Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare que la liquidación del 24 de noviembre de 2017 presentada por CONSORCIO LIBERTADORES, la cual consignó un saldo a su favor ascendente a la suma de S/. 935 783.57 (novecientos treinta y cinco mil setecientos ochenta y tres con 57/100 soles) es válida, y se ordene el pago de dicho monto, el cual comprende el daño emergente y lucro cesante que compone la indemnización por daños y perjuicios y el impuesto general a las ventas.
- **SEGUNDA CUESTIÓN CONTROVERTIDA:** Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare y ordene dejar sin efecto legal alguno la Resolución Directoral N° 026-2018-MINAGRI-PSI, por carecer de fundamentos técnicos legales y encontrarse en clara contraposición a los laudos arbitrales emitidos en favor del CONSORCIO y el Acta de Constatación de Inventario Físico de fecha 20 de agosto de 2015. Asimismo, determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare y deje estipulado que, la referida liquidación no contiene el monto de los S/. 44 200.00 (monto que se encuentra reconocido en la adenda N° 01 al Contrato de Ejecución de Obra AMC N° 017-2013 MINAGRI-PSI-DEREIVADA de la LP N° 008-2013-AG-PSI).
- **TERCERA CUESTIÓN CONTROVERTIDA:** Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral declare ordenar al PSI cumplir con el pago a favor del CONSORCIO por la suma ascendente a S/. 500 000 (quinientos mil y 00/100 soles), por concepto de daño a la imagen y reputación, monto que compone los conceptos de toda indemnización y que ya son parte del monto de la primera pretensión principal de la demanda.

- **CUARTA CUESTIÓN CONTROVERTIDA:** En caso de ampararse las cuestiones consignadas en los literales A, B y C, determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral declare y ordene revocar y dejar sin efecto el cobro del saldo negativo de –S/. 1803 306.12 incluido IGV. Asimismo, determinar si corresponde o no que se deje sin efecto cualquier cobro y/o acción que haya iniciado o este por iniciar el PSI, con respecto a la carta de fianza de fiel cumplimiento del CONSORCIO.
- **QUINTA CUESTIÓN CONTROVERTIDA:** En caso de ampararse alguna de las cuestiones consignadas en los literales A, B y C, determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene al PSI el pago de los costos del presente arbitraje, los que se incurrieron en la Resolución Contractual, los honorarios y gastos del Tribunal Arbitral, los gastos administrativos del Centro de Arbitraje de la PUCP, los gastos incurridos por EL CONSORCIO para su defensa en este arbitraje, entre ellos, los honorarios de los abogados, los costos del asesoramiento pericial o de cualquier otra asistencia que pudiera requerir el Tribunal Arbitral, y cualquier otro gasto originado en las actuaciones arbitrales.

### **MEDIOS PROBATORIOS**

- **Del escrito de demanda arbitral de fecha 06 de septiembre de 2018 y escrito de fecha 22 de octubre del mismo año, presentada por EL CONSORCIO:**

Los medios probatorios detallados como “Medios Probatorios”, del número 1 al 9, adjuntos como anexos del escrito de demanda.

- **Del escrito de contestación de demanda, de fecha 10 de diciembre de, presentado por el Programa Subsectorial de Irrigaciones del Ministerio de Agricultura- PSI:**

Los medios probatorios detallados en el escrito de demanda presentado por EL CONSORCIO.

## 6. POSICIONES DE LAS PARTES:

### POSICIÓN DEL DEMANDANTE

6.1. Con fecha 06.09.2018, el Consorcio presentó su escrito de demanda arbitral, donde señala las siguientes pretensiones:

- **PRIMERA PRETENSION PRINCIPAL.** Que, por convenir a nuestro derecho el tribunal declare que nuestra liquidación presentada con fecha 24 de noviembre del 2017, la misma que arroja un saldo a favor ascendente a la suma de S/. 935.783.57 (novecientos treinta y cinco mil setecientos ochenta y tres con 57/100 soles) es el valido y proceda a orden el pago, por encontrarse conforme a ley y al reglamento de la ley de contrataciones del estado, siendo de dichos montos se encuentran incluidos en el daño emergente y lucro cesante que compone nuestra indemnización por daños y perjuicios y el impuesto general a las ventas.
- **SEGUNDA PRETENSION PRINCIPAL.** Que el tribunal arbitral declare y ordene dejar sin efecto legal alguno La resolución directoral N° 026-2018-MINAGRI-PSI, por carecer de fundamentos técnicos legales y encontrarse en clara contraposición a los laudos arbitrales emitidos en favor del CONSORCIO LIBERTADORES y nuestra Acta de constatación de inventario Físico de fecha 20 de agosto del 2015, siendo que además el tribunal deberá declarar y dejar estipulado que, dicha liquidación no contiene el monto de los S/44,200.00 (MONTO QUE ENCUENTRA RECONOCIDA EN NUESTRA ADENDA N° 01 AL CONTRATO DE EJECUCION DE OBRA AMC N° 017-2013 MINAGRI-PSI-DERIVADA DE LA LP N° 008-2013-AG-PSA).
- **TERCERA PRETENSION PRINCIPAL.** Que, de conformidad con los artículos 170° y 209° del reglamento de la ley de Contrataciones del Estado, y habiendo quedado demostrado de forma irrefutable que la resolución del contrato fue por única y exclusiva ENTIDAD, vuestro Tribunal deberá ordenar que el PSI, cumpla con pagarnos el monto ascendente a la suma

de S/500,000.00 (Quinientos mil y 0/100 soles) por concepto de Daño a la imagen y reputación, monto que compone los conceptos de toda indemnización y que ya son parte del monto de la primera pretensión principal.

- **PRIMERA PRETENSION ACCESORIA A LAS PRINCIPALES** Que, como consecuencia de ampararse nuestras pretensiones principales el tribunal arbitral, declare y ordene, REVOCAR y dejar sin efecto el coro del saldo negativo de, -S/1803,306.12 incluido IGV, por ser contrario a todo el procedimiento señalado en el **Art 209° y 211° del reglamento de la ley de contrataciones del estado. Asimismo, se deje sin efecto, cualquier cobro y/o acción que haya iniciado o este por iniciar el PSI, con respecto a nuestra carta fianza de fiel cumplimiento.**
- **SEGUNDA PRETENSION ACCESORIA A LAS PRINCIPALES** Que, como consecuente a ampararse cualquiera de nuestras pretensiones principales el tribunal deberá ordenar a **PSI**, el pago de los costos de este arbitraje, los que incurren en la Resolución Contractual, que nos vimos Forzador a hacer, y así mismo (i) los honorarios y gastos del tribunal arbitral, (ii) los gastos administrativos del centro de arbitraje de la PUCP (iii) los gastos incurridos con el CONSORCIO, para su defensa en este arbitraje, entre ellos, los honorarios de los abogados, (iv) los costos de asesoramiento pericial o de cualquier otra asistencia que pudiera requerir el Tribunal Arbitral, y, (v) cualquier otro gasto originado en las actuaciones arbitrales.

6.2. Con fecha 04.09.2013 se suscribió el Contrato de Ejecución de Obra denominado “Construcción de represa y sistema de riego Tantar en la localidad de concepción, distrito de concepción, Vilcashuaman Ayacucho” por un monto ascendente a S/. 9’ 718,468.90 (nueve millones setecientos dieciocho mil cuatrocientos sesenta y ocho con 90/100 soles) por un plazo de ejecución de trescientos sesenta (360) días calendario.

6.3. Manifiesta el demandado que, desde el inicio de la ejecución de la obra, se presentaron una serie de inconvenientes que afectaron la obra, entre ellas los

cambios climáticos, y que ello generó paralizaciones en la obra, es así que se firmó la Adenda N° 01 a través de la cual se formalizó la paralización temporal de la ejecución de la obra desde el 20 de marzo del 2014 hasta el 11 de mayo de 2014 y con un reconocimiento de S/. 44,200.00 (cuarenta y cuatro mil doscientos con 00/100 soles) al Contratista por concepto de mayores gastos generales variables, los mismos que serían cancelados en la liquidación.

6.4. Asimismo, surgieron diversas controversias relativas a diversos pedidos de ampliación de plazo solicitadas por el Consorcio, dichos pedidos fueron denegados por el PSI en su oportunidad, conllevando a ser sometidos a arbitraje en dos procesos arbitrales:

- Exp. 617-21-15-PUCP, donde se emitió el Laudo declarando fundada la primera pretensión principal: Solicitud de ampliación de plazo parcial hasta por 177 días calendario; y fundada en parte la tercera pretensión accesoria a la primera pretensión principal, por lo que el PSI debería reconocer y pagar al consorcio la suma de S/. 144, 467.61 (ciento cuarenta y cuatro mil cuatrocientos sesenta y siete con 61/100 soles) por concepto de gastos generales por los 81 días de atraso sufrido.
- Exp. 746-150-15-PUCP, en donde se emitió el Laudo declarando fundada la pretensión respecto a la procedencia de la ampliación de plazo N° 04 por cuarenta y cinco días calendario; así como la devolución del cobro de la indebida ejecución de la carta fianza por adelanto directo y adelanto de materiales, por el monto de S/. 55, 747.84 (cincuenta y cinco mil setecientos cuarenta y siete con 84/100 soles) así como el pago al impuesto general a las ventas IGV del adelanto no amortizado y devuelto a la Entidad.

6.5. Con fecha 24.11.2017, el Consorcio presentó al PSI la liquidación final de la obra, en la que se detalló el monto total que el PSI debía de cancelar al Consorcio producto de los inconvenientes en la ejecución de la obra y los cuales fueron señalados en los Laudos arbitrales.

- 6.6. Con fecha 22.01.2018, el PSI mediante Carta N° 118-2018-MINAGRI-PSI-OAF remite al Consorcio la Resolución Directoral N° 26-2018-MINAGRI-PSI donde aprueba la Liquidación de obra, adjuntando el Informe Técnico N° 027-2018 que determina un saldo negativo para el contratista ascendente a S/ 1'803,306.12 (un millón ochocientos tres mil trescientos seis con 12/100 soles) incluido IGV, donde no se ha incluido los montos contenidos en dos decisiones arbitrales, ni los daños irrogados al consorcio productos de la resolución del contrato por causas imputables al PSI.
- 6.7. Con fecha 06.02.2018 mediante Carta notarial el Consorcio informa al PSI que se ratifica en la liquidación presentada el 24.11.2017 y el no acogimiento a la liquidación presentada por el PSI, otorgándoles un plazo de 48 horas para que cumpla con pagar lo adeudado al Consorcio. Asimismo, con Carta N° 6323-2018-MINAGRI-PSI el PSI informa la ratificación de su liquidación contenida en la Resolución N° 026-2018-MINAGRI-PSI dándola por consentida.
- 6.8. El Contratista asegura que la Liquidación efectuada por ellos debe ser declarada válida dado que, a diferencia de la Liquidación efectuada por el PSI, ésta si contiene los montos reales ganados en los dos procesos arbitrales (Exp. 617-12-2015 y Exp. 746-150-2015) y monto acordado mediante adenda del contrato y la respectiva indemnización por daños y perjuicios que nos corresponde de conformidad con los artículos 170° y 209° del Reglamento, donde se señala que cuando el contratista resulta afectado tiene derecho a una indemnización bajo responsabilidad del representante de la Entidad, corresponde el 50% de la utilidad no percibida, siendo que en la Liquidación practicada por el PSI no fue incluido dicho monto, pretendiendo así desconocer un derecho adquirido con la resolución contractual.
- 6.9. El reconocimiento de una indemnización por los daños y perjuicios generados tiene sustento en el hecho que nos vimos obligados a resolver el contrato tras diversos incumplimientos por parte del PSI y que cada reclamo que se hacía se recurrió a la vía arbitral para lograr que el PSI responda; siendo así que el último incumplimiento de la Entidad fue la de no elaborar el expediente adicional de obra para continuar

con los trabajos y pretender que el Consorcio asumiera dicha responsabilidad, lo que conllevó a la resolución del Contrato.

6.10. Asimismo, afirma el Consorcio que la liquidación presentada por ellos cumplía con todas las formalidades de ley, pese a ello el PSI habría señalado que dicha liquidación no habría sido firmada por el representante legal común del Consorcio.

6.11. Solicita el Consorcio, en su segunda pretensión, que se deje sin efecto la liquidación efectuada por el PSI, al encontrarse esta en contraposición con el Reglamento, no sólo por no considerar los montos señalados en los laudos arbitrales, sino también haber obviado consignar el monto de S/. 44,200.00 reconocido a favor del Consorcio, reconocidos en la Adenda N° 1 del Contrato por mayores gastos generales variables y no tener en cuenta la indemnización por daños y perjuicios que por ley corresponde al haber resuelto el contrato por causas imputables al PSI.

6.12. Dicha liquidación ha sido calculada con base en un Acta de Inventario de Obra que carecía de asidero legal y que fue realizada a casi un año después de haber sido efectuada un acta previa que gozaba de todos los efectos legales al haber sido emitida respetando la ley y reglamento, constatación de fecha 20.08.2015, que fue comunicada al PSI con Carta Notarial de fecha 12.08.2015, constatación que donde se estableció los metros realmente ejecutados; asimismo, señalan que al haber notificado la resolución contractual se convocó al PSI a la constatación física e inventario para el 23.07.2015, sin embargo, por falta de acceso a la zona y disponibilidad del juez de paz de la zona se tuvo que reprogramar para el 20.08.2015, fecha que fue informada al PSI.

6.13. Finalmente, el Consorcio señala que su solicitud de indemnización se ampara en los daños ocasionados por el incumplimiento por parte del PSI, imposibilitando su presentación en otros procesos de selección, indemnización que contempla el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado en sus artículos 170° y 209°

donde reconocen el derecho a indemnizar el lucro cesante y daño emergente sino también el de la imagen y la reputación.

### **POSICIÓN DEL DEMANDADO**

6.14. Con fecha 10.12.2018, el PSI presentó su escrito de Contestación de demanda señalando sus argumentos y fundamentos, en primero lugar señala en PSI que de acuerdo al artículo 52° del Reglamento establece que “el Laudo arbitral es inapelable, definitivo y obligatorio para las partes desde el momento de su notificación (...) contra dicho laudo solo cabe interponer recurso de anulación de acuerdo a lo establecido en la presente ley y al Decreto Legislativo 1071, Ley de Arbitraje”.

6.15. Los procesos arbitrales que surgieron de las discrepancias entre el PSI y el Contratista, conllevaron a la emisión de dos laudos recaídos en dos procesos: Exp. 617-21-15-PUCP y Exp. 746-150-15-PUCP, cuyos laudos gozan de las características de inapelable, definitivo y obligatorio. Es decir, que cualquier pretensión relativa a incorporar en la liquidación algún concepto no contemplado en los dos laudos deberá ser declarada improcedente.

6.16. Asimismo, señala el PSI que en el artículo 52.2 de la ley, todos los plazos establecidos son de caducidad para recurrir a los medios de solución de controversias son de caducidad, es así que, dentro del presente caso, de la ejecución del contrato surgieron controversias las cuales concluyeron en dos Laudos los cuales fueron acatados por el PSI para la elaboración de la liquidación efectuada por ellos, advirtiendo que la liquidación presentada por el Consorcio incluye un concepto no contemplado en los laudos.

6.17. Con fecha 06.02.2018 el Consorcio manifestó su no acogimiento a la liquidación presentada por el PSI, disintiendo de la liquidación aprobada por el PSI con Resolución Directoral N° 026-2018-MINAGRI-PSI, y que la solicitud de arbitraje presentado por el Consorcio se hallaba habilitado para cuestionar únicamente la liquidación aprobada por el PSI, por lo que cualquier pretensión que no refiera a

dicha liquidación deberá ser declarada improcedente por haber caducado el plazo para cualquier pretensión.

6.18. En relación a la Liquidación de la obra, según establece el artículo 211° del Reglamento desarrolla el procedimiento de la liquidación de obra, donde señala que, una vez presentada la liquidación por parte del Consorcio, la Entidad tiene un plazo máximo de sesenta (60) días, contados desde su presentación por el Contratista, o de considerarlo pertinente, elaborar otra y notificarlo a Contratista, para que dentro de los quince (15) días de haber recibido la observación; de no hacerlo, se tiene por aprobada la liquidación con las observaciones formuladas, y en caso alguna de las partes no acogiera las observaciones formuladas por la otra, aquella debe manifestarlo por escrito. En tal supuesto, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes, cualesquiera de las partes deberán solicitar el sometimiento de esta controversia a conciliación y/o arbitraje.

6.19. Afirma el PSI que mediante Memorando N° 5361-2018-MINAGRI-PSI-DIR, Memorando N° 4792-2018-MINAGRI-PSI-DIR-OS e Informe Técnico N° 092-2018/JOMM, da cuenta que la liquidación presentada por el Consorcio Libertadores “fue verificada según corresponde al artículo 211° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado por la Entidad determinando que los cálculos realizados no correspondían al avance físico real de la obra, razón por la cual se realizó el recalcu de todas las valorizaciones, teniendo en cuenta los metrados realmente ejecutados.

6.20. La liquidación del contrato de obra, según señala el PSI, es un proceso del cálculo técnico, bajo las condiciones normativas y contractuales aplicables al contrato, que tiene por finalidad determinar principalmente, el costo total de la obra, y el saldo económico, que puede ser a favor o en contra del contratista o de la Entidad y debe contener todas las valorizaciones, los reajustes, los mayores gastos generales, la utilidad y los impuestos que afectan la prestación, conceptos que siempre forman parte del costo total de la obra. Adicionalmente, pueden incorporarse otros conceptos autorizados por la normativa de contrataciones del Estado como las penalidades aplicables al contratista, los adelantos otorgados y sus amortizaciones,

entre otros conceptos que se incluyen al cumplirse determinados supuestos y que determinan el saldo económico a favor de una de las partes.

6.21. Sin embargo, el Consorcio se habría tomado la libertad de incluir montos correspondientes al daño emergente y lucro cesante que compone la indemnización por daños y perjuicios; sin tomar en consideración que dichos conceptos no se encuentran concedidos en dichos laudos, más aún si los supuestos daños y perjuicios irrogados no han sido debidamente acreditados, teniendo en cuenta que respecto a la indemnización por daños y perjuicios fue una pretensión (Exp. 746-150-15-PUCP), de la cual el Contratista se habría desistido, razón por la cual el Tribunal Arbitral resolvió tenerla por desistida y omitió pronunciamiento alguno. Es por ello que la liquidación presentada por el Contratista contenía dichos montos correspondientes a daños y perjuicios y corresponde declarar infundada la Primera pretensión del contratista.

6.22. En relación a la segunda pretensión, señala el PSI que la de acuerdo a la Resolución Directoral N° 026-2018-MINAGRI-PSI de fecha 22.01.2018 es plenamente válida y determina un saldo negativo en contra del contratista ascendente a S/. 1'803,306.12 (un millón ochocientos tres mil trescientos seis con 12/100) soles se encuentra en estricta observancia de las disposiciones que regulan la liquidación del contrato de obra, razón por la cual no existe fundamento alguno que sustente la pretensión del demandante.

6.23. Asegura el PSI que la solicitud del Consorcio sobre la declaratoria de nulidad de dicha resolución no se encuentra contemplada en la normativa de Contrataciones, por lo que se debe recurrir a la normativa de la Ley General de Procedimientos Administrativos, en el artículo 10° donde se señalan cuáles son los vicios del acto administrativo, que causan la nulidad de pleno derecho, en el presente caso el PSI ha emitido la Resolución Directoral N° 026-2018-MINAGRI-PSI con arreglo a la normativa de contrataciones, razón por la cual no existe vicio de nulidad o ineficacia en dicha resolución, y considerando que el Contratista no ha acreditado que dicho acto administrativo se haya emitido contraviniendo el ordenamiento jurídico. Es decir, la resolución fue emitida dentro del procedimiento regular.

6.24. En relación a la Tercera Pretensión, el PSI sostiene que la responsabilidad contractual es la que proviene de la violación de un contrato y consiste en la obligación de indemnizar al acreedor, por el daño o el perjuicio que le causa el incumplimiento de contrato o su cumplimiento tardío o imperfecto, así se ha clasificado en el daño a dos tipos: el daño emergente que comprende la pérdida o disminución patrimonial sufrida por la víctima como consecuencia de un hecho ilícito, implica siempre un empobrecimiento, comprende tanto los daños inmediatos como los daños futuros, pues no siempre las consecuencias van a ser inmediatas. Es, en consecuencia, la disminución de la esfera patrimonial, mientras que el llamado lucro está constituido por todos aquellos montos que dejaron de ingresar en su patrimonio por efectos del daño, siendo que el daño que alega la parte afectada debe ser probada.

6.25. Situación que no ocurrió en el presente caso, puesto que el Consorcio no habría probado y/o acreditado el supuesto daño que le habría causado la resolución contractual y tampoco ha presentado medio probatorio alguno que permita cuantificar el supuesto perjuicio.

6.26. Finalmente, el PSI señala que, en relación a las Cartas Fianzas presentadas por el Consorcio, estas, de acuerdo al artículo 158° del Reglamento, deben estar vigentes hasta el consentimiento de la liquidación final, y que al haber sometido dicha liquidación a controversia corresponde al Consorcio mantener vigente la garantía de fiel cumplimiento en tanto se resuelva la situación jurídica de la liquidación del contrato, caso contrario de no hacerlo, el PSI se encuentra facultada a ejecutarlas.

## **7. POSICIÓN DEL TRIBUNAL:**

### **CUESTIONES PRELIMINARES**

En forma previa al análisis de la materia controvertida y valoración de los medios probatorios admitidos y actuados por el Tribunal Arbitral en el presente arbitraje, corresponde señalar que:

- (i) De acuerdo al Convenio Arbitral, las partes establecieron que el arbitraje sería resuelto bajo el Reglamento de Arbitraje del Centro de Análisis y Resolución

de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

- (ii) El Tribunal Arbitral fue constituido de conformidad con lo establecido de acuerdo a ley y al convenio arbitral celebrado entre las partes. De igual modo, dicha designación guarda de respetar la regulación contemplada en la Ley N° 1017 Ley de Contrataciones del Estado y modificada con Decreto Legislativo N° 1341 (en adelante la Ley), el Reglamento de la Ley, aprobado por Decreto Supremo N° 350-2015-EF y modificado con Decreto Supremo N° 056-2017-EF (en adelante el RLCE) y las Directivas que apruebe el OSCE.
- (iii) El Demandante y demandado aceptaron la instalación del Tribunal Arbitral que emite el presente Laudo, sin que exista recusación alguna en contra de él. Asimismo, ni impugnaron o reclamaron contra alguna de las disposiciones contenidas en el Fijación de Reglas del Proceso, o se planteó algún recurso de reconsideración contra las decisiones emitidas por éste Tribunal Arbitral.
- (iv) El Contratista presentó su demanda y el PSI fue debidamente emplazada con dicha demanda, contestando la misma dentro del plazo otorgado, ejerciendo plenamente su derecho de defensa.
- (v) Ambas partes tuvieron plena libertad para ofrecer y actuar todos los medios probatorios que consideraron pertinentes, sin limitación alguna, así como para expresar sus posiciones de hecho y de derecho, habiendo tenido amplia oportunidad de presentar sus alegatos escritos y de informar oralmente, con la participación de sus abogados, respetando en todo momento éste Tribunal Arbitral el irrestricto ejercicio del derecho de defensa de las partes.
- (vi) Que la decisión de éste Tribunal Arbitral contenida en el presente Laudo ha sido emitida dentro del plazo establecido para tales efectos.

Asimismo, éste Tribunal Arbitral considera necesario resaltar que los medios probatorios deben tener por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, así como producir certeza respecto a las pretensiones planteadas, de acuerdo a lo consagrado por los principios generales en materia probatoria.

De otro lado, éste Tribunal Arbitral deja establecido que podrá analizar los puntos controvertidos en el orden que considere apropiado, agrupándolos o analizándolos

individualmente, no necesariamente conforme a lo establecido en el Acta de Conciliación, Admisión de Medios Probatorios y Determinación de Puntos Controvertidos. De ser el caso, si decide pronunciarse sobre alguno de ellos, y de ello resulta que carece de objeto emitir pronunciamiento sobre uno o varios de los otros con los que guarde vinculación por la secuencia lógica de razonamiento, omitirá pronunciarse sobre estos últimos, expresando las razones de dicha omisión, sin que ello genere algún tipo de nulidad.

Finalmente, se deja constancia que en el estudio, análisis y consideración del presente arbitraje se ha tenido en cuenta todos los argumentos y las alegaciones efectuadas por las partes, así como todos los medios probatorios aportados, haciendo un análisis y una valoración 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.

### **EN RELACIÓN CON LA MATERIA PROBATORIA**

Siendo que el presente arbitraje es uno de derecho, corresponde al Tribunal Arbitral pronunciarse respecto de cada uno de los puntos controvertidos teniendo en cuenta el mérito de la prueba aportada al proceso para determinar, en base a la valoración conjunta de ella, las consecuencias jurídicas que, de acuerdo a derecho, se derivan para las partes en función de lo que haya sido probado o no en el marco del proceso. Debe destacarse que la carga de la prueba corresponde a quien alega un determinado hecho para sustentar o justificar una determinada posición, de modo que logre crear certeza en éste Tribunal Arbitral respecto de tales hechos.

Asimismo, debe tenerse en cuenta, en relación a las pruebas aportadas al arbitraje que en aplicación del Principio de “Comunidad o Adquisición de la Prueba”, las pruebas ofrecidas por las partes, desde el momento que fueron presentadas y admitidas como medios probatorios, pasaron a pertenecer al presente arbitraje y, por consiguiente, pueden ser utilizadas para acreditar hechos que incluso vayan en contra de los intereses de la parte que la ofreció. Ello concuerda con la definición de dicho principio que establece que:

*“... la actividad probatoria no pertenece a quien la realiza, sino, por el contrario, se considera propia del proceso, por lo que debe tenerse en cuenta para determinar la existencia o inexistencia del hecho a que*

*se refiere, independientemente de que beneficie o perjudique los intereses de la parte que suministró los medios de prueba o aún de la parte contraria. La prueba pertenece al proceso y no a la parte que lo propuso o lo proporcionó” (1).*

**PRIMERA CUESTIÓN CONTROVERTIDA: Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare que la liquidación del 24 de noviembre de 2017 presentada por CONSORCIO LIBERTADORES, la cual consignó un saldo a su favor ascendente a la suma de S/. 935 783.57 (novecientos treinta y cinco mil setecientos ochenta y tres con 57/100 soles) es válida, y se ordene el pago de dicho monto, el cual comprende el daño emergente y lucro cesante que compone la indemnización por daños y perjuicios y el impuesto general a las ventas.**

### **I. Introducción y generalidades**

7.1. En relación a éste primer punto controvertido, debemos partir por indicar que este aspecto representa uno de los núcleos de la controversia, pues principalmente el proceso versa sobre la presentación de dos liquidaciones efectuadas por el Contratista y la Entidad, donde cada quien señala que es su contenido el correcto. Al respecto, este colegiado considera conveniente organizar el análisis bajo los siguientes puntos:

A. La Forma

- ¿Las Liquidaciones practicadas por el CONTRATISTA y por la ENTIDAD cumplen con el procedimiento establecido en el artículo N° 211 del Reglamento?

B. El Fondo

- Si el contenido (y monto final) de la Liquidación practicada por el Contratista es válido y si corresponde ordenar el pago.

---

(1) TARAMONA HERNÁNDEZ, José Rubén. “Medios Probatorios en el Proceso Civil”. Ed.: Rodhas, Lima. 1994, p. 35.

- Si resulta válido incluir los conceptos de daño emergente y lucro cesante, en la Liquidación.

- 7.2. Al respecto, a criterio de este Tribunal, resulta necesario analizar primero las cuestiones de forma para determinar si la Liquidación practicada por el Contratista y la posterior Liquidación efectuada por la Entidad cumplieron con el procedimiento legal; para luego, dependiendo de dicho análisis, analizar los aspectos de fondo antes señalados.
- 7.3. Al respecto, es preciso señalar que el Contrato de ejecución de Obra denominado “Construcción de Represas y Sistemas de Riego Tantar en la localidad de concepción, distrito de concepción, Vilcashuaman Ayacucho” de fecha 04 de setiembre de 2013, mediante el cual se origina la relación jurídica existente entre las partes en conflicto, tiene como base legal lo dispuesto en la Decreto Legislativo N° 1017- Ley de Contrataciones del Estado modificada la Ley N° 29873 y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo No 184-2008-EF, modificado por el D.S. N° 138-2012-EF, norma vigente al momento de la convocatoria.
- 7.4. En ese sentido, dado que esta primera pretensión se encuentra relacionada con la resolución de contrato prevista en el artículo 42° de la Ley de Contrataciones del Estado y el artículo 211° del Reglamento, corresponde determinar primero si dicha Liquidación, fue realizada en cumplimiento del procedimiento establecido en la Ley y Reglamento de Contrataciones.

**Artículo 42° Culminación del Contrato**

*“(...) Tratándose de contratos de ejecución de obras, el contrato culmina con la liquidación y pago correspondiente, la misma que será elaborada y presentada a la Entidad por el Contratista, según los plazos y requisitos señalados en el reglamento, debiendo aquella pronunciarse en un plazo máximo fijado también en Reglamento bajo responsabilidad del funcionario correspondiente (...)”*

- 7.5. De esto, es menester señalar el procedimiento estipulado en el Reglamento de la Ley de Contrataciones, sobre el procedimiento de liquidación, contemplado en el artículo 211°:



*“El contratista presentará la liquidación debidamente sustentada con la documentación y cálculos detallados, dentro de un plazo de sesenta (60) días o el equivalente a un décimo (1/10) del plazo vigente de ejecución de la obra, el que resulte mayor, contado desde el día siguiente de la recepción de la obra. Dentro del plazo máximo de sesenta (60) días de recibida, la Entidad deberá pronunciarse, ya sea observando la liquidación presentada por el contratista o, de considerarlo pertinente, elaborando otra, y notificará al Contratista para que éste se pronuncie dentro de los quince (15) días siguientes.*

*Si el contratista no presenta la liquidación en el plazo previsto, su elaboración será responsabilidad exclusiva de la Entidad en idéntico plazo, siendo los gastos del cargo del contratista. La Entidad notificará la liquidación al contratista para que éste se pronuncie dentro de los quince (15) días siguientes.*

*La liquidación quedará consentida cuando, practicada por una de las partes, no sea observada por la otra dentro del plazo establecido.*

*Cuando una de las partes observe la liquidación presentada por la otra, ésta deberá pronunciarse dentro de los quince (15) días de haber recibido la observación; de no hacerlo, se tendrá por aprobada la liquidación con las observaciones formuladas.*

*En el caso de que una de las partes no acoja las observaciones formuladas por la otra, aquélla deberá manifestarlo por escrito dentro del plazo previsto en el párrafo anterior. En tal supuesto, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes, cualquiera de las partes deberá solicitar el sometimiento de esta controversia a conciliación y/o arbitraje.*

*Toda discrepancia respecto a la liquidación se resuelve según las disposiciones previstas para la solución de controversias establecidas en la Ley y en el presente Reglamento, sin perjuicio del cobro de la parte no controvertida.*

*En el caso de obras contratadas bajo el sistema de precios unitarios, la liquidación final se practicará con los precios unitarios, gastos generales y utilidad ofertados; mientras que en las obras contratadas bajo el*

*sistema a sumaalzada la liquidación se practicará con los precios, gastos generales y utilidad del valor referencial, afectados por el factor de relación.*

***No se procederá a la liquidación mientras existan controversias pendientes de resolver.”***

- 7.6. Tal como lo señala el artículo precedente, el Contratista posee la primera oportunidad de presentar la liquidación, por lo que acorde con el Reglamento, este debió efectuar la liquidación en un plazo de sesenta (60) días o el equivalente a un décimo (1/10) del plazo vigente de ejecución de la obra, el que resulte mayor, contado **desde el día siguiente de la recepción de la obra**; sin embargo, debemos anotar que, tal como se señala en el último párrafo, **la liquidación no puede ser efectuada mientras existan controversias pendientes de resolver, como fue el caso de la obra.**

Siguiendo con el texto de la norma, dentro del plazo máximo de sesenta (60) días de recibida dicha liquidación por la Entidad, esta debía pronunciarse, ya sea observando la liquidación presentada por el contratista o, de considerarlo pertinente, elaborando otra, y notificará al Contratista para que éste se pronuncie dentro de los quince (15) días siguientes.

- 7.7. En ese sentido, debemos verificar los hechos presentados por las partes para ver si este procedimiento fue seguido según lo dispone la normativa aplicable.

## **II. Cumplimiento del Procedimiento**

- 7.8. En el presente proceso, primero debe anotarse que de los hechos aportados por las partes, no se produjo una recepción de obra común por cuanto la obra no llegó a culminarse. En efecto, se aprecia que se realizó una resolución contractual que no habría sido sometida a arbitraje por lo que debemos entenderla como consentida y firme. Es de anotar que el presente proceso no versa sobre resolución contractual y no es menester de este colegiado analizar la resolución de contrato efectuada por el Contratista, sino tomarla como un hecho del caso, no controvertido por las partes.

- 7.9. En efecto, con la Carta Nro. 92RL/2015 LIMA de fecha 14.07.2015 el Consorcio procedió a resolver el Contrato y dicho acto no fue sometido a arbitraje por lo que debemos entender que es con este documento y acción del Consorcio, se habría generado una recepción de obra atípica, regulada bajo los alcances de la normativa de contratación pública mediante el artículo 209° del reglamento que señala:

*“(...) La parte que resuelve deberá indicar en su carta de resolución, la fecha y hora para efectuar la constatación física e inventario en el lugar de la obra, con una anticipación no menor de dos (02) días. En esta fecha, las partes se reunirán en presencia de Notario o Juez de Paz, de conformidad con lo dispuesto en el tercer y cuarto párrafo del artículo 64° del reglamento; y se levantará un acta. Si alguna de ellas no se presentara la otra levantará el Acta, documento que tendrá pleno efecto legal, debiéndose realizar el inventario respectivo en los almacenes de la obra en presencia del Notario o Juez de Paz, dejándose constancia del hecho en el acta correspondiente (...)”*

- 7.10. En este punto nos limitaremos a señalar que con fecha 20.08.2015 se llevó a cabo la Constatación Física de la Obra en presencia del Juez de Paz, levantándose el Acta respectiva, dentro de los alcances del citado artículo del Reglamento de la Ley, citándose a la Entidad con carta notarial de fecha 12.08.2015, conforme se aprecia del medio probatorio ofrecido con fecha 07.03.2019 al proceso. Analizaremos posteriormente los hechos en torno a la recepción de la obra y lo realizado por ambas partes al respecto.
- 7.11. Siguiendo con el procedimiento regulado en el Reglamento para la presentación de la liquidación por las partes, debemos analizar que el Contratista habría sometido a arbitraje dos ampliaciones de plazo, de forma previa a la elaboración de la Liquidación, no siendo exigible sino hasta la culminación de dichos procesos arbitrales la presentación de la liquidación, en cumplimiento del último párrafo del artículo 211° del Reglamento que señala que no se puede proceder a la liquidación mientras hayan controversias pendientes de resolverse.



- b) Asimismo, tenemos que posteriormente, mediante Resolución Directoral N° 026-2018-MINAGRI-PSI de fecha 22.01.2018, el PSI aprobó su liquidación de obra, donde señala un costo final de S/. 1' 648, 920.24 (Un millón seiscientos cuarenta y ocho mil novecientos veinte con 24/100 soles) incluido IGV, y un saldo en contra del Contratista ascendente a la suma de S/. 1' 803, 306.12 (Un millón ochocientos tres mil trescientos seis con 12/100 soles) incluido IGV, de acuerdo al siguiente cuadro resumen:

N°	CONCEPTO	TOTAL RECALCULADO	PAGADO	SALDO
1	Monto Recalculado Control Principal	1,217,897.01	2,806,324.15	-1,588,427.14
2	Reajustes y Deducciones	55,356.09	118,291.40	-62,935.31
3	De los Adelantos Otorgados	-	2,083,329.69	-2,083,329.69
	De los Factores de Reajuste F y V	1,554.21		
	Mayores Melrados-Lauda Arbitral	122,682.72		
	CUENTA TOTAL DEL CONTRATO SAGV	1,397,390.03	4,988,945.24	-3,715,692.14
4	Del Impuesto General de las Ventas	251,530.21	898,010.15	-646,479.94
	CUENTA TOTAL DEL CONTRATO SAGV	1,648,920.24	5,886,955.40	-4,238,035.16
5	Ejecución de las Cartas Fianza	2,434,728.04		2,434,728.04
	Saldo en Contra del Contratista			-1,803,306.12

- c) Al respecto, el Consorcio con Carta Notarial N° 43700 de fecha 03.02.2018, dentro del plazo señalado por la norma de quince (15) días, manifiesta el no acogimiento de la Liquidación presentada por el PSI, y se ratifica en los términos de la liquidación presentada con fecha 24.11.2017.
- d) Con Carta N° 0323-2018-MINAGRI-PSI-OAF de fecha 20.02.2018, el PSI informa al contratista el no acogimiento de las observaciones efectuadas por el Contratista a la Liquidación aprobada por ellos con Resolución Directoral N° 026-2018-MINAGRI-PSI.
- e) Con fecha 27.02.2018, dentro del plazo señalado por el Reglamento, el Contratista presentó su solicitud de arbitraje ante el Centro de arbitraje.

7.14. En conclusión, de todo lo antes señalado, podemos colegir que, en relación a la forma, las partes, tanto Contratista como Entidad habrían cumplido con el procedimiento señalado en el artículo 211° del Reglamento, por lo que corresponde verificar el fondo de la controversia y verificar la validez de las liquidaciones presentadas por las partes, teniendo en consideración al texto de las pretensiones contenidas en la demanda.

### **III. Precisiones generales del caso**

- 7.15. Con fecha 04.09.2013 se suscribió el Contrato de Ejecución de Obra denominado “Construcción de represa y sistema de riego Tantar en la localidad de concepción, distrito de concepción, Vilcashuaman Ayacucho” por un monto ascendente a S/. 9’ 718,468.90 (nueve millones setecientos dieciocho mil cuatrocientos sesenta y ocho con 90/100 soles) por un plazo de ejecución de trescientos sesenta (360) días calendario.
- 7.16. De acuerdo a lo expuesto por las partes, los siguientes hechos constituyeron aspectos que afectaron el plazo de ejecución de la obra, y que han tenido incidencia hasta la fecha actual, y la presente controversia:
- Paralización de la obra por lluvias durante los meses de marzo y abril 2014: Adenda N° 01 por paralización temporal de la ejecución de la obra, del 20 de marzo al 11 de mayo de 2014 y el reconocimiento de S/. 44,200.00 (Cuarenta y cuatro mil doscientos con 00/100 soles) al Contratista por concepto de mayores gastos generales variables a ser cancelados en la liquidación de la obra.
  - Laudo Arbitral, expediente arbitral N° 617-21-15, donde se otorga la ampliación de plazo parcial por 177 días calendarios y se reconoce el pago de S/. 144, 467.61 (Ciento cuarenta y cuatro mil cuatrocientos sesenta y siete con 61/100 soles) por concepto de mayores gastos generales por 81 días de retraso sufridos.
  - Laudo Arbitral, expediente arbitral N° 746-150-15, donde se otorga la ampliación de plazo N° 4 por 45 días calendarios y la devolución del pago indebido por la indebida ejecución de la carta fianza por adelanto directo y de materiales por el monto de S/. 55,747.84 (Cincuenta y cinco mil setecientos cuarenta y siete con 84/100 soles) más el IGV del adelanto no amortizado y devuelto a la Entidad.
- 7.17. Es así que, tal como lo hemos indicado anteriormente, con fecha 14.07.2015 mediante Carta Notarial N° 92 RL/2015 LIMA, el Consorcio resuelve el contrato, señalando lo relacionado con la constatación física e inventario en la obra; para

luego con Carta N° 093 RL/ 2015-LIMA de fecha 10.08.2015 informar al PSI que no se realizó la constatación física e inventario en el lugar de la obra programada para el 23.07.2015 por falta de acceso y disponibilidad del Notario y Juez de Paz de la Localidad, reprogramando la misma para el 20.08.2015 a las 10:00 am.

- 7.18. Es así que con fecha 20.08.2015, se procedió a efectuar la Constatación física de metas ejecutadas de la obra, de cuya acta se puede apreciar que no se habría presentado ningún representante del PSI.
- 7.19. Con fecha 24.11.2017, el Consorcio presentó su liquidación de obra referente al Contrato de Ejecución de obra de la AMC N° 017-2013-MINAGRI-PSI, la misma que arroja un saldo a favor del Consorcio de S/. 935,783.57 (Novecientos treinta y cinco mil setecientos ochenta y tres con 57/100 soles).
- 7.20. Con Resolución Directoral N° 026-2018-MINAGRI-PSI de fecha 22.01.2018, el PSI aprobó su liquidación de obra, donde señala un costo final de S/. 1' 648, 920.24 (Un millón seiscientos cuarenta y ocho mil novecientos veinte con 24/100 soles) incluido IGV, y un saldo en contra del Contratista ascendente a la suma de S/. 1' 803, 306.12 (Un millón ochocientos tres mil trescientos seis con 12/100 soles) incluido IGV.
- 7.21. Al respecto, el Consorcio con Carta Notarial N° 43700 de fecha 03.02.2018, manifiesta el no acogimiento de la Liquidación presentada por el PSI, y se ratifica en los términos de la liquidación presentada con fecha 24.11.2017; versando entonces la presente materia controvertida sobre la validez de las liquidaciones y el análisis de sus contenidos. Ello en la medida que ambos documentos han seguido el procedimiento de la Ley y el Reglamento y es en su contenido donde advertiremos si alguna de ellas cometió un error que la invalide.

#### **IV. De las Liquidación presentada por el Contratista**

- 7.22. Dentro de la normativa de contrataciones, no se determina con exactitud cuáles deben ser los conceptos que debe contener una liquidación, sin perjuicio de ello, la Dirección Técnica Normativa del Organismo de las Contrataciones del Estado, mediante Opinión 104-2013-DTN de fecha 09.12.2013 señala el concepto de

Liquidación de Obra<sup>2</sup> como el procedimiento de cálculo técnico, bajo las condiciones normativas y contractuales aplicables al contrato, que tiene por finalidad determinar, principalmente, el costo total de la obra y el saldo económico, que puede ser a favor o en contra del contratista o de la Entidad.

- 7.23. Así, la liquidación del contrato de obra debe contener todas las valorizaciones, los reajustes, los mayores gastos generales, la utilidad y los impuestos que afectan la prestación, conceptos que siempre forman parte del costo total de la obra. Adicionalmente, también puede incorporarse otros conceptos autorizados por la normativa de contrataciones del Estado como las penalidades aplicables al contratista, los adelantos otorgados y sus amortizaciones, entre otros conceptos que se incluyen al cumplirse determinados supuestos y que determinan el saldo económico a favor de una de las partes.
- 7.24. Como se aprecia, el contratista debe presentar su liquidación de obra con el sustento adecuado; es decir, con la documentación y cálculos detallados que la justifiquen. En esa medida, la liquidación de un contrato de obra debe contener todas las valorizaciones, los reajustes, los mayores gastos generales, la utilidad y los impuestos que afectan la prestación, así como las penalidades aplicables al contratista, los adelantos otorgados y sus amortizaciones, entre otros conceptos, los cuales deben estar debidamente sustentados con la documentación y cálculos detallados que correspondan.
- 7.25. Es decir, de acuerdo a la Opinión emitida por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, dentro de los conceptos que debe contener la Liquidación efectuada por el Contratista deben ser aquellas que estén autorizados por la normativa.

---

<sup>2</sup> SALINAS SEMINARIO, Miguel. *Costos, Presupuestos, Valorizaciones y Liquidaciones de Obra*, Lima: Instituto de la Construcción y Gerencia (ICG), 2003, 2º edición, pág. 44.

**Daño Emergente y Lucro Cesante**

7.26. Un primer punto, saltante a la vista, del cual queremos partir es que, de la revisión del contenido de la Liquidación del Contratista, se aprecia que este habría incluido el **concepto de lucro cesante y daño emergente**, a consecuencia (según sostienen) de la resolución contractual practicada por ésta por causas atribuibles a la Entidad.

D: VARIOS					
↓ POR ADENDA POR PARALIZACION DE OBRA	37,457.63	0.00	37,457.63	37,457.63	
LAUDO ARBITRAL EXP 617-21-15		0.00	144,467.31	144,467.31	
LUCRO CESANTE POR RESOLUCION DE CONTRATO		0.00	228,536.17	228,536.17	
DAÑO EMERGENTE		0.00	59,046.73	59,046.73	
VALORIZACION DE EXISTENCIAS SEGUN ACTA		0.00	56,037.42	56,037.42	
EJECUCION DE FIANZAS DE ADELANTO			2,063,329.69	2,063,329.69	
TOTAL (D) .		0.00	2,588,874.94	2,588,874.94	0.00

7.27. Sobre el particular, en el artículo 44° de la Ley de Contrataciones, señala que: “(...) Cuando se resuelva el contrato, por causas imputables a alguna de las partes, se deberá resarcir los daños y perjuicios ocasionados (...)”.

7.28. Es decir, la Ley de Contrataciones **faculta** a la parte perjudicada con la resolución contractual a que le sea resarcible los daños y perjuicios que se le puedan generar tras la resolución contractual a consecuencia de razones imputables a la otra parte.

7.29. En relación a la resolución contractual, este Tribunal Arbitral considera, que, si bien en el presente proceso no se ha controvertido dicha resolución, es necesario determinar si ésta habría quedado consentida o no, pues debemos **considerar los efectos que pueda conllevar el consentimiento de la misma, y podamos determinar si corresponde o no el reconocimiento de los daños y perjuicios.**

7.30. De acuerdo al artículo 209° del Reglamento, señala lo siguiente:

*“(...) En caso de que surgiese alguna controversia sobre la resolución del contrato, cualquiera de las partes podrá recurrir a los mecanismos de solución establecidos en la Ley, el Reglamento o en el contrato, dentro del plazo de quince (15) días hábiles siguientes de la notificación de la resolución,*

*vencido el cual la resolución del contrato habrá quedado consentida. (...)*”

- 7.31. De la lectura del párrafo del artículo mencionado, el Consorcio habría resuelto el contrato con Carta Notarial N° 92 RL/2015 LIMA con fecha 14.07.2015, y el PSI habría poseído un plazo de quince (15) días hábiles siguientes a la notificación de la resolución contractual para poder someter la misma a cualquier mecanismo de solución de controversia (arbitraje o conciliación).
- 7.32. De la revisión efectuada a los documentos presentados por las partes, podemos verificar que el PSI no habría sometido dicha resolución a arbitraje ni conciliación, por lo que la misma habría quedado consentida.
- 7.33. Ahora bien, volviendo al concepto de la indemnización por daños y perjuicios, en el quinto párrafo del artículo 209° del Reglamento se menciona:

*“(...) En caso que la resolución sea por causa atribuible a la Entidad, ésta reconocerá al contratista en la liquidación que se practique, el cincuenta por ciento (50%) de la utilidad prevista, calculada sobre el saldo de obra que se deja de ejecutar, actualizado mediante las fórmulas de reajustes hasta la fecha en que se efectuó la resolución del contrato (...)*”

- 7.34. Es decir, tal como ya lo había señalado el artículo 44° de la Ley, el reglamento determina con exactitud el reconocimiento al Contratista de una indemnización a consecuencia de la resolución contractual por causas atribuibles a la Entidad, como es la del presente caso, monto que corresponde al 50% de la utilidad calculada sobre el saldo de obra dejada de ejecutar.
- 7.35. En consecuencia, al haber quedado consentida la resolución contractual efectuada por el Contratista por causas atribuibles a la Entidad, corresponde al Contratista el reconocimiento del 50% de la utilidad prevista, calculada sobre el saldo de la obra que se deja de ejecutar, la misma que debe ser reconocida en la Liquidación; por lo tanto, el concepto de indemnización por daños y perjuicios, sí corresponde, pero

debe efectuarse sobre el saldo pendiente de ejecutar, y aplicando las fórmulas de reajuste hasta la fecha en que se efectuó la resolución contractual.

- 7.36. De la revisión efectuada a las pruebas presentadas por el Contratista, puede verificarse que adjuntó el resumen de la valorización de cierre al mes de agosto de 2014; donde señala el concepto de lucro cesante y daño emergente, el mismo que debió ser calculado mediante las fórmulas de reajuste de acuerdo al saldo de obra que dejó de ejecutar, debidamente documentado y detallado en la Liquidación; sin embargo, este Tribunal Arbitral advierte, que dicho(s) documento(s) **no fueron adjuntados como medios probatorios en el proceso**; es decir el detalle del reajuste y del saldo de obra a ejecutar sobre el cual debió sacarse el 50% de la utilidad.
- 7.37. Sobre el particular, este Tribunal Arbitral advierte que la carga de la prueba recae en la parte que desea alegar un daño, como es el del presente caso, el Consorcio no definió el quantum del porcentaje que le corresponde como lucro cesante y daño emergente, de acuerdo a lo establecido en la norma
- 7.38. En ese sentido, es menester precisar en este punto que, si bien ha quedado establecido que el concepto de lucro cesante y daño emergente se encuentra facultado en la norma, y es un derecho de la parte que resuelve el contrato (en los términos que se señalan), este aspecto NO ha sido sustentado ante este Tribunal por lo que no puede declararse su validez en ese extremo.

### **Lo ordenado en los Laudos emitidos**

- 7.39. En relación con **los demás conceptos involucrados en la Liquidación, controvertidos por el PSI**, tenemos que se han puntualizado la existencia de dos laudos arbitrales los cuales abordan los siguientes conceptos:
- **Laudo Arbitral 1 de fecha 28 de junio 2016**  
Expediente arbitral N° 617-21-15, donde el Tribunal en unanimidad otorga la ampliación de plazo parcial por 177 días calendarios y se reconoce el pago de S/. 144, 467.61 (Ciento cuarenta y cuatro mil cuatrocientos sesenta

y siete con 61/100 soles) por concepto de mayores gastos generales por 81 días de retraso sufridos.

- Laudo Arbitral 2 de fecha 25 de setiembre 2017

Expediente arbitral N° 746-150-15, donde el Tribunal en mayoría otorga la ampliación de plazo N° 4 por 45 días calendarios y la devolución del pago indebido por la indebida ejecución de la carta fianza por adelanto directo y de materiales por el monto de S/. 55,747.84 (Cincuenta y cinco mil setecientos cuarenta y siete con 84/100 soles) más el IGV del adelanto no amortizado y devuelto a la Entidad.

7.40. Al respecto, debemos mencionar que una decisión contenida en un laudo arbitral posee el atributo de cosa juzgada, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto Legislativo N° 1071, Ley que norma el Arbitraje, en su artículo 59° numeral 1 y 2, que señala:

*“1.- Todo Laudo es **definitivo**, inapelable y de obligatorio cumplimiento desde su notificación a las partes.*

*2.- EL laudo produce efectos de **cosa juzgada**. (...)”*

Asimismo, el artículo 45.21 de la Ley de Contrataciones del Estado, señala que: “**el Laudo Arbitral es inapelable, definitivo y obligatorio para las partes desde el momento de su notificación (...)**”

7.41. Es decir, la normativa tanto en contrataciones del Estado como en materia de Arbitraje, reconocen al Laudo arbitral los efectos de cosa juzgada, siendo que estas decisiones han puesto fin a una controversia y no pueden ya ser recurridas mediante medios impugnatorios.

Las condiciones de: a) haber agotado la vía jurisdiccional; b) haber transcurrido el plazo para impugnarla dejando consentida la decisión, transcurrido esos dos supuestos, el contenido de las resoluciones adquieren la condición de “cosa juzgada”, no pudiendo ser desconocido.

- 7.42. Ello quiere decir que, una vez vencido el plazo para solicitar la anulación del laudo, éste es firme. Es pues a partir de este momento que el laudo no solo ha resuelto definitivamente la controversia, sino que lo ha hecho firmemente, no pudiendo volverse a plantearse el conflicto ni ante un juez ni ante otro árbitro. Por lo tanto, el laudo tiene efecto tanto de cosa juzgada formal (lo que garantiza la inatacabilidad judicial del laudo), como de cosa juzgada material (lo que garantiza que no podrá dictarse un nuevo laudo o sentencia sobre lo que ha sido objeto del arbitraje). En suma, el laudo tiene efecto de cosa juzgada porque lo decidido por el árbitro o tribunal arbitral vincula a los jueces y a las partes del arbitraje.
- 7.43. Esto configura entonces la exigibilidad del laudo sin que las partes puedan incluir alguna condición adicional a lo decidido, en tanto esto ha sido claro y expreso. En ese sentido, lo ordenado en los laudos arbitrales del 2016 y 2017 deben ser acatados e incluidos en la Liquidación sin que para ello se deba incluir ninguna condición adicional (como la acreditación de los gastos generales aludida por el PSI)

#### **La Adenda suscrita**

- 7.44. De igual modo, se tiene como aspecto debatido por las partes, es el relacionado con los **acuerdos arribados mediante la Adenda N° 001** de fecha 27.05.2014, a través de los cuales se habrían reconocido el concepto de gastos generales por el monto de S/. 44, 200. 00, por 52 días calendario otorgado por el PSI.
- 7.45. Al respecto se puede apreciar del texto del documento suscrito por las partes que:



"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"  
"Año de la Promoción de la Industria Responsable y del Compromiso Climático"

### ADENDA N°01 AL CONTRATO DE EJECUCIÓN DE OBRA AMC N°017-2013-MINAGRI-PSI-DERIVADA DE LA LP N° 008- 2013-AG-PSI

Conste por el presente documento, la Adenda N°01 al Contrato de Ejecución de Obra, que celebran de una parte el Programa Subsectorial de Irrigaciones - PSI del Ministerio de Agricultura, representado por su Director Ejecutivo, Ing. Justo Fernando Belngolea More, con DNI N° 08779106, designado mediante Resolución Ministerial N° 0155-2014-MINAGRI, con domicilio legal en el Jr. Emilio Fernández N° 130, Santa Beatriz, Cercado de Lima, provincia y departamento de Lima, a quien en adelante se le denominará "LA ENTIDAD" y, de la otra parte, el Consorcio Libertadores, debidamente representado por su Representante Legal Común, Sr. Raúl Beltrán Gómez, identificado con C.E N° 000824740, con domicilio legal en General Córdova N° 2595, distrito de Lince, departamento de Lima, a quien en adelante se le denominará "EL CONTRATISTA", de conformidad con los siguientes términos:

#### CLÁUSULA PRIMERA.- ANTECEDENTES

- Con fecha 04 de setiembre de 2013, se suscribió el Contrato de Ejecución de Obra entre "LA ENTIDAD" y "EL CONTRATISTA", para la ejecución de la Obra "Construcción de Represa y Sistema de Riego Tantar en la Localidad de Concepción, Vilcashuamán, Ayacucho", por la suma de S/ 718,468.90, incluido IGV, por un plazo de ejecución de 360 días calendario.
- Con fecha 11 de setiembre de 2013, se hace entrega del terreno al Contratista.
- Mediante Carta N° 10-2014-CSA/RL, de fecha 24 de abril de 2014, el Consorcio Supervisor Ayacucho, encargado de la Supervisión de la Obra en mención, remite el Acta de Mutuo Acuerdo N° 01, suscrita con fecha 20 de marzo de 2014, entre el Jefe de Supervisión y EL CONTRATISTA (a través de su Residente de Obra), en el cual se acuerda paralizar la obra desde el 20 de marzo hasta el 27 de abril de 2014, considerando su reinicio para el 28 de abril del mismo mes, siendo dicha fecha opcional, pues de mejorarse, mantenerse o empeorarse las condiciones climáticas y de accesibilidad, se estarían reiniciando los trabajos antes o después de la fecha señalada, lo cual estará supeditada a la verificación e informe del Supervisor.
- Mediante Carta N° 011-2014-RES-CL, de fecha 30 de abril de 2014, "EL CONTRATISTA" informa sobre la situación de intransitabilidad en accesos a los frentes de obra, a las plataformas del canal, a la caja del canal, etc. debido, según refiere, a las intensas lluvias caídas durante su periodo de paralización acordado en el Acta de Mutuo Acuerdo N° 01, referida en el párrafo precedente, por lo que es necesario, según indica, realizar los trabajos de rehabilitación previo al reinicio de ejecución de obra, el cual tomará para su implementación 14 días calendario, debiendo en consecuencia reiniciarse los trabajos propios de la obra el 12 de mayo de 2014.
- El Consorcio Supervisor Ayacucho, encargado de la Supervisión de la Obra a través del "INFORME ESPECIAL" remitido Con la Carta N° 33-2014/CSA-

Adenda N° 01 al Contrato de Ejecución de Obra "Construcción de Represa y Sistema de Riego Tantar en la Localidad de Concepción, Vilcashuamán, Ayacucho"

PERU Ministerio de Agricultura y Riego  
"Año de la Promoción de la Industria Responsable y del Compromiso Climático"

CRYST-C-V-AMAGS-JS, de fecha 09 de mayo de 2014, informa sobre el estado del terreno donde se ejecuta la obra, indicando en dicho informe, que debido a las pésimas condiciones climatológicas del mes de marzo, "EL CONTRATISTA" mediante anotación efectuada en el Cuaderno de Obra solicita la paralización de la obra a partir del 20 de marzo hasta el 27 de abril de 2014, lo que conllevaría su reinicio para el día 28 de abril del presente año; que asimismo, "EL CONTRATISTA" en el mes de abril presenta la referida Carta 011-2014-RES-CL, en la que detalla la situación de intransitabilidad en accesos a frentes de obra, sustentando su pedido de ejecutar obras de rehabilitación de accesos en 14 días, contados a partir del 28 de marzo hasta el 11 de mayo, adjuntando para el efecto el cronograma de actividades a realizar; finalmente, el Consorcio Ayacucho recomienda en el citado informe, tomar en cuenta el pedido de "EL CONTRATISTA" respecto a la fecha de reinicio de actividades, porque de acuerdo al reconocimiento efectuado al terreno, este se encuentra totalmente afectado por las lluvias, y se tiene que proceder al re-rellamado de los accesos y tramos del canal afectados en los diferentes frentes por los deslizamientos ocurridos.

Mediante el Informe N° 068-2014-MINAGRI-PSI-DIR-OS/ARB, de fecha 20 de mayo de 2014, el Administrador de Contratos de la Dirección de Infraestructura de Riego, luego de la evaluación realizada a los informes del Contratista y del Supervisor de Obra referidos precedentemente, recomienda la elaboración de la Adenda N° 01 al referido Contrato de ejecución de obra, en el cual se apruebe la paralización de la obra desde el 20 de marzo hasta el 11 de mayo de 2014, considerándose los gastos generales incurridos y propuestos por "EL CONTRATISTA" a través de la Carta N° 17-RL/2014, ascendentes a la suma de S/ 44,200.00, los mismos que deberán ser cancelados en la liquidación del Contrato, y se establezca como fecha de reinicio de los trabajos propios de la obra el día 12 de mayo de 2014.

Con el Memorando N° 1422-2014-MINAGRI-PSI-DIR, de fecha 22 de mayo de 2014, la Dirección de Infraestructura de Riego, en base al informe del Administrador de Contratos referido precedentemente, recomienda la suscripción de la Adenda N° 01 al Contrato, en los términos solicitados.

**CAUSULA SEGUNDA: OBJETO DE LA ADENDA**

El objeto de la presente Adenda:

- 1- Formalizar la paralización temporal de la ejecución de la Obra "Construcción de Represa y Sistema de Riego Tantar en la Localidad de Concepción, Vilcashuamán, Ayacucho", a partir del 20 de marzo de 2014 hasta el 11 de mayo de 2014, con el reconocimiento de **mayores gastos generales variables ascendente a la suma de S/ 44,200.00 (Cuarenta y Cuatro Mil Doscientos y 00/100 Nuevos Soles), los cuales serán cancelados por "LA ENTIDAD", en la liquidación del Contrato.**

Adenda N° 01 al Contrato de Ejecución de Obra "Construcción de Represa y Sistema de Riego Tantar en la Localidad de Concepción, Vilcashuamán, Ayacucho"

Ministerio de Agricultura y Riego  
"Año de la Promoción de la Industria Responsable y del Compromiso Climático"

- 2- Acordar que los trabajos en la Obra "Construcción de Represa y Sistema de Riego Tantar en la Localidad de Concepción, Vilcashuamán, Ayacucho", se reiniciarán indefectiblemente el día 12 de mayo de 2014.

**CAUSULA TERCERA: RENUNCIA DEL CONTRATISTA**

"EL CONTRATISTA" expresa libremente que no reclamará ningún pago por cualquier concepto por el periodo de paralización de la ejecución de la Obra, renunciando expresamente a cualquier derecho o beneficio que se pueda generar a su favor, con excepción de los mayores gastos generales variables reconocidos en el numeral 1° de la Cláusula Segunda de la presente Adenda.

**CAUSULA CUARTA: VIGENCIA DEL CONTRATO ORIGINAL**

"LA ENTIDAD" y "EL CONTRATISTA" declaran que reconocen y reiteran todas las obligaciones asumidas en virtud del Contrato de Ejecución de Obra suscrito con fecha 04 de setiembre de 2013, el mismo que conserva su plena vigencia y vigor en los términos que no hayan implicado modificación alguna por la presente Adenda.

Ambas partes suscriben este documento en señal de conformidad de todo lo estipulado, en dos ejemplares originales, cuyos textos son igualmente idénticos, a los 27 días del mes de mayo del año 2014.

MINISTERIO DE AGRICULTURA Y RIEGO  
ING. JUSTO FERNANDO BEINGOLEA MORE  
Director Ejecutivo  
"EL PSI"

CONSORCIO LIBERTADORES  
Sr. RAÚL BELTRÁN GÓMEZ  
Representante Legal  
"EL CONTRATISTA"

Adenda N° 01 al Contrato de Ejecución de Obra "Construcción de Represa y Sistema de Riego Tantar en la Localidad de Concepción, Vilcashuamán, Ayacucho"

El acuerdo suscrito representa entonces la voluntad expresa de las partes de formalizar la paralización temporal de la obra reconociendo por dicho tiempo, la suma de S/. 44,200 soles por concepto de gastos generales variables, renunciando el Contratista a cualquier otro concepto de pago.

- 7.46. En efecto, sobre dicho documento no se ha presentado objeción o tacha que haya prosperado, y posee no solo la firma de las partes, sino además diversos vistos pertenecientes a las distintas áreas administrativas de la Entidad, por lo que los acuerdos arribados gozan de la presunción de veracidad y por tanto vinculan la voluntad de las partes.
- 7.47. Sobre el particular, entonces, no puede argumentarse que los acuerdos arribados en la Adenda N° 01 del Contrato de Obra, donde el PSI ya reconoce el pago de los mayores gastos generales variables por el monto de S/. 44, 200.00 (Cuarenta y cuatro mil doscientos con 00/100 soles), requerían acreditación para su reconocimiento, pues estamos ante un derecho reconocido por el PSI que no correspondía su acreditación, por lo tanto, corresponde su reconocimiento.

#### ***De las Valorizaciones contenidas en la Liquidación***

- 7.48. Sobre este detalle, este colegiado desea indicar que de acuerdo al procedimiento que se establece en la normativa de contrataciones del Estado aplicable al caso, durante la ejecución de la obra, las valorizaciones son presentadas por el Contratista ejecutor y poseen periodicidad mensual. Estas reflejan el avance porcentual de la obra de forma tal que guardan relación con los metrados ejecutados, la proporción de gastos generales, utilidad y demás aspectos indicado en el Art. 197:

#### ***“Artículo 197.- Valorizaciones y Metrados***

*Las valorizaciones tienen el carácter de pagos a cuenta y serán elaboradas el último día de cada período previsto en las Bases, por el inspector o supervisor y el contratista.*

*En el caso de las obras contratadas bajo el sistema de precios unitarios, las valorizaciones se formularán en función de los metrados ejecutados con los precios unitarios ofertados,*

*agregando separadamente los montos proporcionales de gastos generales y utilidad ofertados por el contratista; a este monto se agregará, de ser el caso, el porcentaje correspondiente al Impuesto General a las Ventas.*

*En el caso de las obras contratadas bajo el sistema a suma alzada, durante la ejecución de la obra, las valorizaciones se formularán en función de los metrados ejecutados contratados con los precios unitarios del valor referencial, agregando separadamente los montos proporcionales de gastos generales y utilidad del valor referencial. El subtotal así obtenido se multiplicará por el factor de relación, calculado hasta la quinta cifra decimal; a este monto se agregará, de ser el caso, el porcentaje correspondiente al Impuesto General a las Ventas.*

*En las obras contratadas bajo el sistema a precios unitarios se valorizará hasta el total de los metrados realmente ejecutados, mientras que en el caso de las obras bajo el sistema de suma alzada se valorizará hasta el total de los metrados del presupuesto de obra.*

*Los metrados de obra ejecutados serán formulados y valorizados conjuntamente por el contratista y el inspector o supervisor, y presentados a la Entidad dentro de los plazos que establezca el contrato. Si el inspector o supervisor no se presenta para la valoración conjunta con el contratista, éste la efectuará. El inspector o supervisor deberá revisar los metrados durante el período de aprobación de la valoración.*

*El plazo máximo de aprobación por el inspector o el supervisor de las valorizaciones y su remisión a la Entidad para períodos mensuales es de cinco (5) días, contados a partir del primer día hábil del mes siguiente al de la valoración respectiva, y será cancelada por la Entidad en fecha no posterior al último día de tal mes. Cuando las valorizaciones se refieran a períodos distintos a los previstos en este párrafo, las Bases establecerán el tratamiento correspondiente de acuerdo con lo dispuesto en el presente artículo.*

A partir del vencimiento del plazo establecido para el pago de estas valorizaciones, por razones imputables a la Entidad, el contratista tendrá derecho al reconocimiento de los intereses legales, de conformidad con los artículos 1244, 1245 y 1246 del Código Civil. Para el pago de los intereses se formulará una Valorización de Intereses y se efectuará en las valorizaciones siguientes.

- 7.49. En ese sentido, este colegiado posee convicción de un hecho no explicado por las partes, que es parte del comportamiento común durante la ejecución de una obra, y es la forma en la cual las valorizaciones mensuales son presentadas por la Ejecutora a la Supervisión, y que es luego de su aprobación que estas son remitidas a la entidad para su correspondiente validación, y pago posterior.
- 7.50. Por lo que los contenidos de las valorizaciones ya pagadas durante la ejecución contractual han gozado de una doble revisión técnica (por parte de la supervisión y del área técnica de la entidad) para su aprobación y posterior pago:

RESPONDE		VALORIZACION			% FINANCIADO ACUMULADO	SALDO POR VALORIZAR
		ANTERIOR	ACTUAL	ADJERADO		
VALORIZACION CONTRACTUAL		6,235,893.59	2,844,000.00	-3,391.59	2,655,708.18	52.23%
TOTAL (A)		6,235,893.59	2,844,000.00	-3,391.59	2,655,708.18	52.23%
AVANCE DE OBRA			34.03%	-3.34%	31.79%	68.21%
AJUSTES						
AJUSTE E			160,279.38	-14,559.00	145,720.38	
DEDUCCION AD D (-)			-3,579.00	3,308.79	-270.21	
DEDUCCION AM B (-)			-3,700.48	3,321.04	-379.44	
TOTAL (B)			153,000.90	-11,237.21	141,763.69	
VALORIZACION BRUTA (A+B)			2,997,000.90	-14,636.80	2,982,364.10	

- 7.51. Y este colegiado considera hacer mención que, la defensa de las posiciones de las partes, basada usualmente en informes técnicos elaborados por sus áreas técnicas, no ha podido demostrar por qué las valorizaciones YA PAGADAS deberían ser desconocidas en la Liquidación, sino únicamente (de parte de la Entidad) la

presentación de un informe técnico que, en base a la inspección de la obra, en un momento posterior, ha informado que el avance reflejado en su inspección es uno distinto y menor al efectuado por el Contratista.

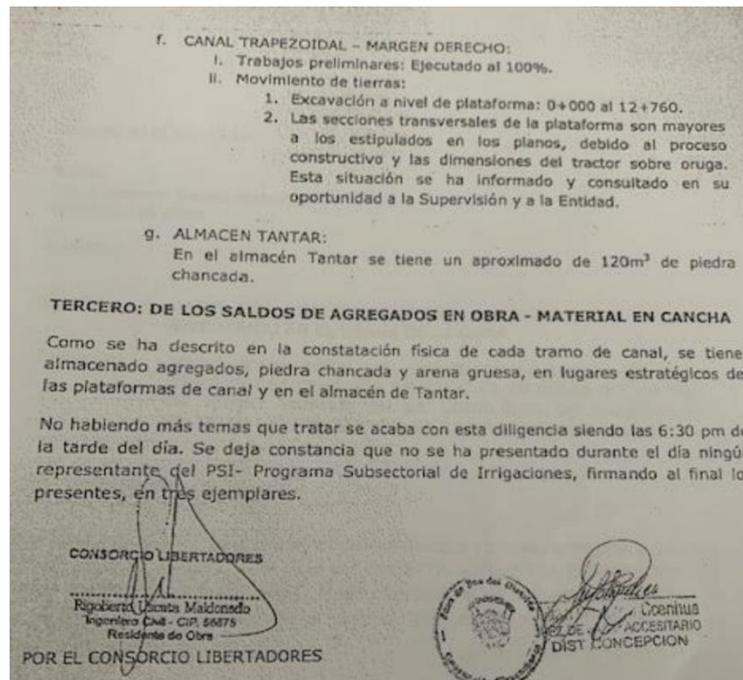
- 7.52. Asimismo, es de indicar que las amortizaciones de los adelantos entregados, son parte de las valorizaciones que se presentan para aprobación y pago; y este procedimiento ya se habría cumplido por las partes durante la ejecución del Contrato; siendo ahora la Entidad advierte que cometió un error en aprobar y pagar dichas valorizaciones en base a la constatación física que realizara el **04.04.2016** según acta presentada como pruebas el 29.05.2019 junto con diversos planos que han sido objeto de revisión y análisis; así como la Resolución N° 026-2018-MINAGRI-PSI en su parte considerativa, y lo manifestado por dicha parte en su escrito del 02.04.2019.
- 7.53. Este aspecto va a ser materia de un análisis adicional posterior en el presente laudo; sin embargo, para efectos de continuar el análisis del presente punto controvertido, no obstante su evidente vinculación con el segundo punto controvertido, vamos a señalar que las valorizaciones ya aprobadas y pagadas al Contratista durante la ejecución contractual, gozan de una presunción validez que las mismas partes le han otorgado al desplegar su conducta asertiva y consensual en dichos momentos, no siendo suficiente las pruebas y exposición realizadas en este proceso para desconocer sus propios actos.

#### **La Valorización de existencias según ACTA**

- 7.54. Este concepto resulta uno que representa una valorización distinta que no goza de la presunción indicada en el acápite anterior, en la medida que no ha sido aprobada previamente por la Entidad, y que se basa en la Constatación Física de fecha 20.08.2015, por lo que amerita un análisis sobre su validez.
- 7.55. Al respecto, se aprecia que la liquidación de la Contratista indica el concepto de valorización de existencias según acta, de acuerdo al siguiente detalle:

D: VARIOS				
▲ POR ADENDA POR PARALIZACION DE OBRA	37,457.63	0.00	37,457.63	37,457.63
LAUDO ARBITRAL EXP 617-21-15		0.00	144,467.31	144,467.31
LUCRO CESANTE POR RESOLUCION DE CONTRATO		0.00	228,536.17	228,536.17
DAÑO EMERGENTE		0.00	59,046.73	59,046.73
VALORIZACION DE EXISTENCIAS SEGÚN ACTA		0.00	55,037.42	55,037.42
EJECUCION DE FIANZAS DE ADELANTO			2,063,329.69	2,063,329.69
TOTAL (D)		0.00	2,588,874.94	2,588,874.94
				0.00

7.56. Y que las existencias del Acta, se refieren a las siguientes:



Sin que amerite mayor sustento que el indicado en su acta, y la indicación en la Liquidación, no generando convicción en este colegiado. Al respecto, no se ha presentado a este colegiado los sustentos de dicho concepto, ni ha sido exhibido como una prueba en el proceso de algún sustento presentado a la Entidad, por lo que este colegiado no considera válido su pago.

7.57. En consecuencia, este Tribunal Arbitral considera válido el contenido de la Liquidación presentada por el Contratista, salvo en los conceptos de Indemnización por daño emergente y lucro cesante, ni tampoco Valorización de Existencias Según Acta. De lo debatido por las partes, se tiene que los laudos emitidos y la adenda suscrita adquieren validez, junto con las valorizaciones ya pagadas, las cuales incluyen la amortización de adelantos y avance de obra efectuados hasta la fecha

de la resolución contractual y posterior levantamiento del Acta de Constatación Física del 20.08.2016.

7.58. Por lo que debe ser declarada **FUNDADA EN PARTE**.

***SEGUNDA CUESTIÓN CONTROVERTIDA: Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare y ordene dejar sin efecto legal alguno la Resolución Directoral N° 026-2018-MINAGRI-PSI, por carecer de fundamentos técnicos legales y encontrarse en clara contraposición a los laudos arbitrales emitidos en favor del CONSORCIO y el Acta de Constatación de Inventario Físico de fecha 20 de agosto de 2015. Asimismo, determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare y deje estipulado que, la referida liquidación no contiene el monto de los S/. 44 200.00 (monto que se encuentra reconocido en la adenda N° 01 al Contrato de Ejecución de Obra AMC N° 017-2013 MINAGRI-PSI-DERIVADA de la LP N° 008-2013-AG-PSI).***

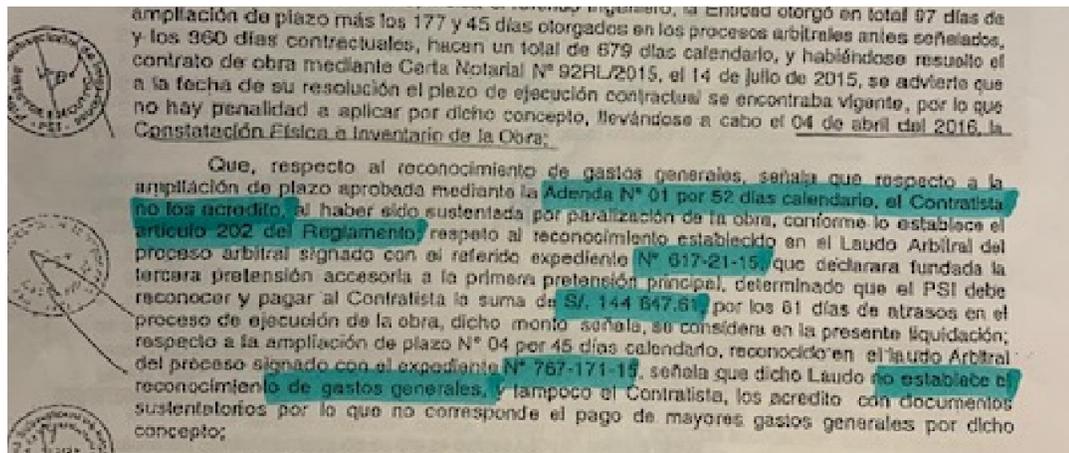
7.59. En relación a esta segunda cuestión controvertida, este Tribunal Arbitral dese partir por el hecho de hacer parte del razonamiento de este punto controvertido, los considerandos desarrollados en el primer punto controvertido, pues se han abordado aspectos sobre la validez de la liquidación contenida en la Resolución Directoral N° 026-2018-MINAGRI-PSI.

7.60. Al respecto, se tiene que el Consorcio, en su segunda pretensión de la demanda, solicita:

- ***Dejar sin efecto legal alguno la Resolución Directoral N° 026-2018-MINAGRI-PSI, por carecer de fundamentos técnicos legales y encontrarse en clara contraposición a los laudos arbitrales emitidos en favor del CONSORCIO y el Acta de Constatación de Inventario Físico de fecha 20 de agosto de 2015.***
- ***Declarar que, la referida liquidación no contiene el monto de los S/. 44 200.00 (monto que se encuentra reconocido en la adenda N° 01 al Contrato de Ejecución de Obra AMC N° 017-2013 MINAGRI-PSI-DERIVADA de la LP N° 008-2013-AG-PSI)***

se revise la validez de la liquidación contenida en la Resolución Directoral N° 026-2018-MINAGRI-PSI.

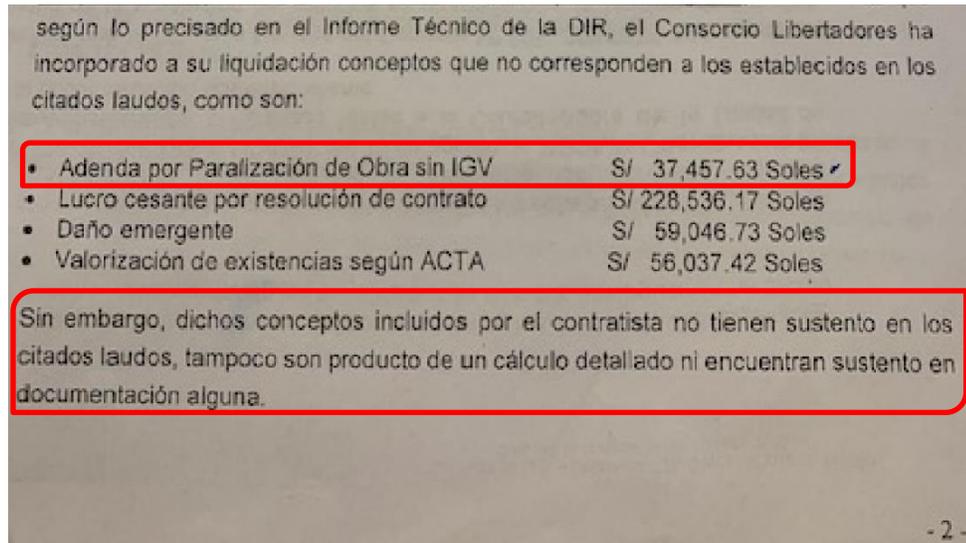
- 7.61. Al respecto, este colegiado considera conveniente empezar por analizar la segunda parte del petitorio de esta pretensión, **declarar que, la referida liquidación no contiene el monto de los S/. 44 200.00** en tanto posee relación directa con el punto controvertido previo.
- 7.62. Sobre el particular, la Liquidación contenida en la Resolución Directoral N° 026-2018-MINAGRI-PSI. Se encuentra detallada del siguiente modo:



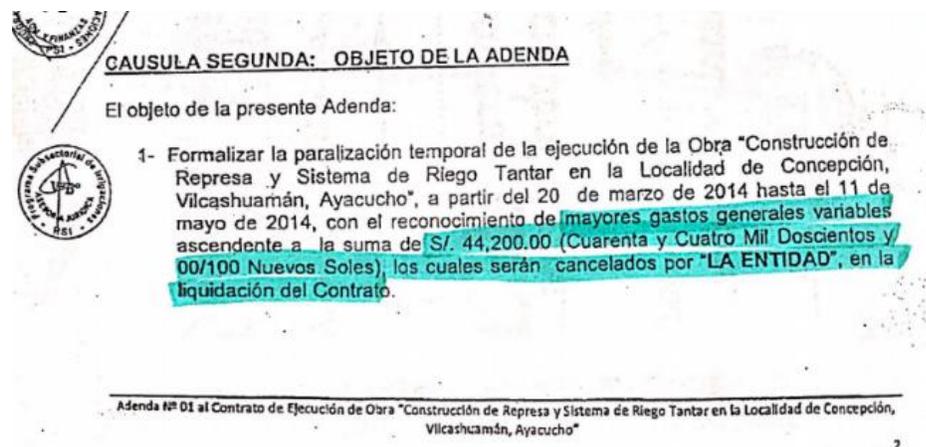
***“(…) respecto al reconocimiento de gastos generales, señala que respecto a la ampliación de plazo aprobada mediante la Adenda N°01 por 52 días, el Contratista no los acreditó, al haber sido sustentada por paralización de la obra, conforme lo establece el artículo 202 del Reglamento (...)”***

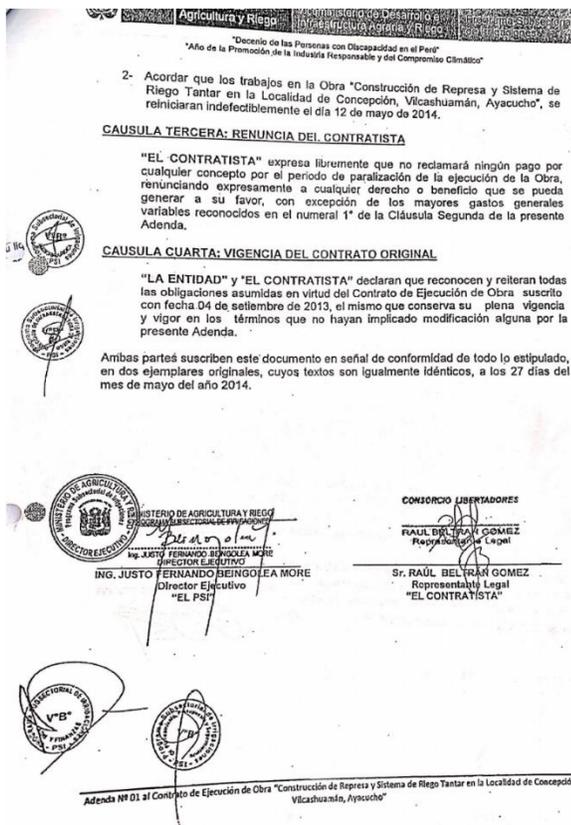
- 7.63. Tal como se advierte del texto de la resolución, el PSI no habría incluido dicho concepto en la Liquidación que practicara, debido a que según lo sustentado en el Informe Técnico 004-2017/JOM de fecha 28.12.2017 (citado en el tercer considerando de la Resolución Directoral N° 026-2018-MINAGRI-PSI), no se habría sustentado los gastos generales conforme al Reglamento.

- 7.64. Asimismo, de forma coherente a lo que se ha expresado en la Resolución Directoral N° 026-2018-MINAGRI-PSI, el PSI en su Escrito N° 05 presentado en el proceso arbitral con fecha 02.04.2019, ha señalado lo siguiente:



- 7.65. Al respecto, este colegiado ya ha analizado este aspecto en el punto controvertido previo y los **acuerdos arribados por las partes en la Adenda N° 001** de fecha 27.05.2014, establecen un **reconocimiento del concepto de gastos generales por el monto de S/. 44, 200. 00, por 52 días** calendario otorgado por el PSI.
- 7.66. Al respecto se puede apreciar del texto del documento suscrito por las partes que:





El acuerdo suscrito representa entonces la voluntad expresa de las partes de formalizar la paralización temporal de la obra reconociendo por dicho tiempo, la suma de S/. 44,200 soles por concepto de gastos generales variables, renunciando el Contratista a cualquier otro concepto de pago.

7.67. En efecto, tal como se ha indicado anteriormente, dicho acuerdo posee no solo la firma de las partes, sino además diversos vistos pertenecientes a las distintas áreas administrativas de la Entidad, por lo que los acuerdos arribados gozan de la presunción de validez y veracidad y por tanto vinculan la voluntad de las partes.

7.68. No puede sostener entonces que los acuerdos arribados en la Adenda N° 01 del Contrato de Obra, donde el PSI ya reconoce el pago de los mayores gastos generales variables por el monto de S/. 44, 200.00 (Cuarenta y cuatro mil doscientos con 00/100 soles), requerían una acreditación adicional para su reconocimiento, pues estamos ante un derecho reconocido por el PSI.

- 7.69. En ese sentido, ese extremo del petitorio contenido en la segunda pretensión de la demanda debe ser declarado fundado.
- 7.70. En cuanto al extremo de **dejar sin efecto legal alguno la Resolución Directoral N° 026-2018-MINAGRI-PSI**, por carecer de fundamentos técnicos legales y encontrarse en clara contraposición a los laudos arbitrales emitidos en favor del CONSORCIO y el Acta de Constatación de Inventario Físico de fecha 20 de agosto de 2015, este colegiado considera conveniente partir por aclarar que el pedido de “dejar sin efecto” constituye pedir la INEFICACIA del acto, para que (por tanto) no surta efectos jurídicos.
- 7.71. Dicha pretensión efectuada por el Contratista se sustenta en señalar que la Resolución Directoral N° 026-2018-MINAGRI-PSI, donde se aprueba la Liquidación del Contrato de Ejecución de Obra, es contraria a la normativa de contrataciones, pues en esta Liquidación: a) No se habrían incluido el concepto de devolución del cobro indebido por la ejecución de la carta fianza por adelanto directo y de materiales por el monto de S/. 55,747.84 (Cincuenta y cinco mil setecientos cuarenta y siete con 84/100 soles) más el IGV (que justamente es objeto de pronunciamiento en el laudo arbitral emitido); b) Se calculó el porcentaje de obra ejecutada en base al Acta de Constatación física y de Inventario físico de la obra de fecha 04.04.2016, donde se recalculo un avance físico de 14.79% de la obra, documento que no tiene eficacia legal al existir un acta de Constatación Física de fecha 20.08.2015, elaborada por el Contratista, que posee plenos efectos legales.
- 7.72. Justamente el pedido de ineficacia está relacionado con la validez del acto, y en puridad (dado el desarrollo de la defensa de las partes) apuntan un contenido no acorde a derecho.
- 7.73. En efecto, el Texto Único Ordenado de la Ley de Procedimiento Administrativo General- Ley N° 27444 señala en su artículo 3° los requisitos de validez de todo acto administrativo; y si bien el objeto de conocimiento del Tribunal Arbitral no es un procedimiento, sino el comportamiento de las partes durante la ejecución de un contrato administrativo; este colegiado considera que la Administración Pública manifiesta su voluntad a través de actos administrativos, que dentro de un marco contractual adquieren, para una parte de la doctrina, la calificación de “acto

administrativo contractual<sup>3</sup> y otros que consideran que en las relaciones jurídicas contractuales se debe aplicar el código civil para abordar la validez del acto jurídico:

LPAG (Texto según el artículo 3 de la Ley N° 27444)

### **Artículo 3.- Requisitos de validez de los actos administrativos**

Son requisitos de validez de los actos administrativos:

**1. Competencia.-** Ser emitido por el órgano facultado en razón de la materia, territorio, grado, tiempo o cuantía, a través de la autoridad regularmente nominada al momento del dictado y en caso de órganos colegiados, cumpliendo los requisitos de sesión, quórum y deliberación indispensables para su emisión.

**2. Objeto o contenido.-** Los actos administrativos deben expresar su respectivo objeto, de tal modo que pueda determinarse inequívocamente sus efectos jurídicos. **Su contenido se ajustará a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico**, debiendo ser lícito, preciso, posible física y jurídicamente, y comprender las cuestiones surgidas de la motivación.

**3. Finalidad Pública.-** Adecuarse a las finalidades de interés público asumidas por las normas que otorgan las facultades al órgano emisor, sin que pueda habilitarse a perseguir mediante el acto, aun encubiertamente, alguna finalidad sea personal de la propia autoridad, a favor de un tercero, u otra finalidad pública distinta a la prevista en la ley. La ausencia de normas que indique los fines de una facultad no genera discrecionalidad.

**4. Motivación.-** El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y **conforme al ordenamiento jurídico**.

---

<sup>3</sup> Cfr.

<http://prometheo.pe/los-actos-contractuales-administrativos/#:~:text=Los%20actos%20contractuales%20son%20aquellos,los%20denominamos%20actos%20contractuales%20administrativos>. Asimismo, <https://polemos.pe/los-actos-de-la-administracion-publica-en-el-marco-de-las-relaciones-contractuales-bajo-la-ley-de-contrataciones-con-el-estado/>.

**5. Procedimiento regular.-** Antes de su emisión, el acto debe ser conformado mediante el cumplimiento del procedimiento administrativo previsto para su generación.

Del mismo modo, el Código Civil, que es una norma de aplicación supletoria a las de derecho público, señala que:

**Artículo 140º.-** El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su **validez** se requiere: 1.- Agente capaz. 2.- **Objeto** física y **jurídicamente posible**. 3.- Fin lícito. 4.- Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad.

- 7.74. Es decir, el contenido de la Resolución Directoral debe haber sido emitido conforme al ordenamiento jurídico, y debe encontrarse desarrollada la motivación; mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado.
- 7.75. En el presente caso tenemos que por estipulación normativa, la Liquidación debe contener todos conceptos autorizados por la Ley y el Reglamento de Contrataciones del Estado, de esa manera la Liquidación, se fundamente de conformidad con las conclusiones de dictámenes, decisiones o informes obrantes en el expediente de la Obra, siempre que sean identificados de modo certero en el acto – la Resolución Directoral- y que, por ello, constituya parte integrante del respectivo acto.
- 7.76. Este Tribunal Arbitral, considera que para dilucidar si efectivamente, la Liquidación realizada y aprobada por el PSI es inválida (por contravenir alguna norma del ordenamiento jurídico aplicable, y con ello contravenir la debida motivación que debe contener) procederemos a analizar los conceptos contenidos en la Resolución.

N°	CONCEPTO	TOTAL RECALCULADO	PAGADO	SALDO
1	Monto Recalculado Contrato Principal	1,217,897.01	2,806,324.15	-1,588,427.14
2	Reajustes y Deducciones	55,358.09	119,291.40	-63,935.31
3	De los Adelantos Otorgados	-	2,083,329.69	-2,083,329.69
	De los Factores de Reajusta F y V	1,554.21		
	Mayores Metrados-Laudo Arbitral	122,682.72		
	CUENTA TOTAL DEL CONTRATO S/IGV	1,397,390.03	4,988,945.24	-3,715,692.14
4	Del Impuesto General de las Ventas	251,530.21	898,010.15	-646,479.94
	CUENTA TOTAL DEL CONTRATO S/IGV	1,648,920.24	5,886,955.40	-4,238,035.16
5	Ejecución de las Cartas Fianza	2,434,729.04		2,434,729.04
			Saldo en Contra del Contratista	-1,803,306.12

7.77. De la revisión efectuada al cuadro resumen de la Resolución Directoral, se puede apreciar los conceptos y montos que contemplan la liquidación;

1. Monto recalculado: del recalcule de las valorizaciones, teniendo en cuenta lo realmente ejecutado, tomando como base el expediente de pre liquidación y el Acta de Constatación Física y de Inventario (de fecha 04.04.2016) que arroja un avance de obra al 14.79% de la obra.
2. En relación a los Adelantos (Directo y de Materiales): No se ha procedido a tomar en consideración en la Liquidación el pago por la indebida ejecución de Cartas Fianza por adelanto Directo y de Materiales, pues al haber revisado el monto realmente pagado por el PSI, arroja un monto de S/ 2'234 729.04 incluido IGV, considerando que no se efectuó ningún cobro en exceso.
3. No se reconoce el pago por concepto de gastos generales por el monto de S/. 44, 200. 00, por 52 días calendario otorgado por el PSI mediante la Adenda N° 001 de fecha 27.05.2014 por no haber sido acreditados.
4. Se reconoce el pago por concepto de gastos generales otorgados en el Laudo Arbitral de Exp. 617-21-15 de fecha 28.06.2016 por el monto de S/ 144,647.61, por los 81 días de retraso de la ejecución de la obra.

7.78. De lo antes señalado, podemos determinar que en la Liquidación aprobada por el PSI se habría recalculado todas las valorizaciones, teniendo en cuenta los metrados realmente ejecutados, y se tuvo como base el expediente de pre liquidación formulada por un consultor externo y además se ha tenido como referencia el Acta de Constatación Física y de Inventario en la Obra, llevada a cabo el 04.04.2016; precisándose que del recalcule efectuado arrojó un monto total acumulado de S/. 1´

217 897.01 (Un millón doscientos diecisiete ochocientos noventa y siete con 01/100 soles) que representa el 14.79% de la meta total; es decir el PSI, desconoció en su totalidad el Acta de Constatación de fecha 20.08.2015, que se llevó acabo de acuerdo al artículo 209° del Reglamento.

- 7.79. Sobre el particular, de acuerdo a la norma de contrataciones, el Acta de Constatación Física e inventario en el lugar de la obra, corresponde a una obra no terminada, como la del presente caso, pues la relación contractual habría culminado a consecuencia de una resolución de contrato<sup>4</sup>; para ello en el artículo 209° del reglamento menciona:

*“(...) La parte que resuelve deberá indicar en su carta de resolución, la fecha y hora para efectuar la constatación física e inventario en el lugar de la obra, con una anticipación no menor de dos (02) días. En esta fecha, las partes se reunirán en presencia de Notario o Juez de Paz, de conformidad con lo dispuesto en el tercer y cuarto párrafo del artículo 64° del reglamento; y se levantará un acta. **Si alguna de ellas no se presentara la otra levantará el Acta, documento que tendrá pleno efecto legal**, debiéndose realizar el inventario respectivo en los almacenes de la obra en presencia del Notario o Juez de*

---

<sup>4</sup> Al respecto, consideramos adecuado indicar que, no obstante en su escrito del 02.04.2019 el PSI ha indicado que “(...) *laudo expedido en el proceso arbitral correspondiente al expediente N° 746-150-15, en el que el Tribunal arbitral señala que no cabe pronunciamiento respecto de la Segunda Pretensión Principal de la demanda del Consorcio Libertadores debido al desistimiento de dicha pretensión que efectuó el contratista (...)*” el cual estaba **relacionado con la validez de la resolución de contrato declarada por el contratista**, dicho desistimiento no representa uno que reste atributos legales al hecho del consentimiento y firmeza de la resolución contractual practicada por el Consorcio si es que el PSI no interpuso arbitraje contra el acto resolutorio del consorcio.

Es decir, que la no interposición del arbitraje contemplado en la normativa de contrataciones del Estado, contra los actos de resolución contractual por ej. para el caso concreto, conllevan a que dicha resolución contractual haya quedado consentida.

Este tribunal no puede desconocer el efecto legal contemplado en la norma para este tipo de hechos y el transcurso del tiempo. Cuando califica de consentido o firme la resolución contractual, no se pronuncia sobre materia controvertida alguna relacionada con la resolución contractual. Se trata solo de un hecho jurídico.

*Paz, dejándose constancia del hecho en el acta correspondiente (...)*”

7.80. Sobre este aspecto, según señala la norma antes citada, para efectos de realizar la Liquidación de obra no culminada es necesario efectuar la Constatación Física a la obra, pues de esa manera se puede verificar la ejecución física de metas ejecutadas por el Contratista, y en consecuencia se pueda determinar el porcentaje real ejecutado de la obra y determinar el pago correspondiente por este avance, y con ello determinar un saldo a favor o en contra del Contratista; para llevar a cabo dicha Constatación el Contratista debe señalar fecha y hora de la diligencia en la Carta de resolución contractual, tal como estipula la normativa.

7.81. Y en este punto, corresponde verificar si el Contratista cumplió con efectuar la Constatación Física de la Obra de acuerdo al procedimiento del reglamento:

- Con fecha 08.05.2015 el Consorcio habría resuelto el Contrato de Ejecución de Obra, señalando como fecha para efectuar la Constatación Física e Inventario en el lugar de la obra, el 23.07.2015 a horas 10:00 a.m.
- Mediante Carta N° 93RL/ 2015-LIMA de fecha 10.08.2015, y recepcionada por el PSI el 12.08.2015, el Consorcio informó al PSI que, debido a la falta de acceso y disponibilidad del Notario y Juez de Paz de la localidad, se postergó dicha diligencia para el 20.08.2015 a horas 10:00 a.m.
- Con fecha 20.08.2015 en presencia del representante legal del Consorcio el Sr. Alfonso Arévalo Torres y del Juez de Paz, Sr. Julián Chuchón Ccenhua se procedió a efectuar la Constatación Física de Metas Ejecutadas por el Consorcio, dejando constancia de la inasistencia del representante del PSI.
- Con Carta N° 198-2016—MINAGRI-PSI-DIR de fecha 23.03.2016, el PSI informa al Consorcio la fecha y hora de la nueva Constatación Física de la obra, a llevarse a cabo el 04.04.2016 a horas 10:00 a.m.
- Con fecha 04.04.2016 se llevó a cabo una segunda Constatación Física de la Obra, en presencia de un representante del PSI, Ing. Mario Augusto Marengo Orsini y el Abog. Miguel Eduardo Vásquez Neyra y el Juez de

Paz del Distrito de Concepción. Sr. Julián Chuchón Ccenhua, dejando constancia la inasistencia del representante del Consorcio.

- 7.82. Sobre el particular, dicha acta es la que recibe el reconocimiento de validez legal contemplado en el Artículo 209° del Reglamento, que señala que, luego del cumplimiento del procedimiento establecido en la norma respecto de la citación a la contraparte, la norma establece que “**si alguna de ellas no se presentara la otra levantará el Acta, documento que tendrá pleno efecto legal** debiéndose realizar el inventario respectivo en los almacenes de la obra en presencia del Notario o Juez de Paz, dejándose constancia del hecho en el acta correspondiente (...)”.
- 7.83. Ahora bien, tenemos que posteriormente existió una segunda Constatación Física efectuada por el PSI. En efecto, en su escrito de Contestación de Demanda, el PSI señala que el Acta de Constatación de Metas Física Ejecutadas presentada por el Contratista no resulta un medio idóneo que permita corroborar lo afirmado por éste, respecto al avance real de la obra; por lo que procedió a efectuar una segunda Constatación Física de la Obra, pretendiendo desconocer la primera Constatación Física efectuada por el Contratista.
- 7.84. Ahora, este Colegiado considera que debemos determinar, en relación a la diligencia y el Acta de Constatación Física de la Obra, que de acuerdo a lo señalado en el artículo 209° del reglamento, el Contratista habría cumplido con el procedimiento señalado para llevar a cabo la diligencia de Constatación Física de la Obra, pues el Contratista habría señalado en dos ocasiones fecha y hora para la misma, y al no haber asistido ningún representante de la Entidad, se procedió a levantar el Acta correspondiente dejando en manifiesto dicha inasistencia, en presencia del Juez de Paz (tal como lo señala la norma); por lo tanto **el Acta de Constatación de fecha 20.08.2015 efectuada por el Contratista posee pleno efecto legal, tal como lo estipula la normativa**, en consecuencia corresponde determinar que el Acta de Constatación Física de la Obra de fecha 04.04.2016, efectuada por el PSI carece de efectos legales.
- 7.85. Finalmente, habiéndose desarrollado en el primer punto controvertido lo relacionado con las amortizaciones de adelantos y las valorizaciones aprobadas y pagadas por el PSI debemos indicar que, tal como lo hemos desarrollado en dicho acápite del

Laudo, partiendo ahora del hecho que el Acta de Constatación de fecha 20.08.2015 posee pleno efecto legal, y no así el Acta de Constatación Física de la Obra de fecha 04.04.2016 efectuada por el PSI, este colegiado considera que la posición de la Entidad, basada en que cometió un error en aprobar y pagar dichas valorizaciones debido al Informe interno y al Acta de Constatación física que realizara dicha parte el 04.04.2016<sup>5</sup>, no podría ser validado.

7.86. Ya hemos advertido que las valorizaciones presentadas por el Contratista poseen periodicidad mensual y reflejan el avance porcentual de la obra de forma tal que guardan relación con los metrados ejecutados, la proporción de gastos generales, utilidad y demás aspectos indicado en el Art. 197 del Reglamento.

Estas valorizaciones son presentadas por la Contratista a la Supervisión, y luego de su aprobación, estas son remitidas a la entidad para su validación, y pago.

7.87. Por lo que los contenidos de las valorizaciones ya pagadas durante la ejecución contractual han gozado de una doble revisión técnica (por parte de la supervisión y del área técnica de la entidad) para su aprobación y posterior pago:

DESCRIPCIÓN		VALORIZACION			% AVANCE VALORIZADO ADJUDICADO	SALDO POR VALORIZAR	
		ANTERIOR	ACTUAL	ADJUDICADO			
<p>CONTRATO : CONSORCIO LIBERTADORES</p> <p>CONTRATISTA : CONSORCIO SUPERVISOR / AYACUCHO</p> <p>SUPERVISOR : CONSORCIO SUPERVISOR / AYACUCHO</p> <p>MONTO CONTRACTUAL (CON IGV) : S/. 9,718,458.59</p> <p>MONTO CONTRACTUAL (SIN IGV) : S/. 8,138,956.59</p> <p>TOTAL AL CORTE DEL CONTRATO (CON IGV) : S/. 3,138,455.85</p> <p>TOTAL AL CORTE DEL CONTRATO (SIN IGV) : S/. 2,658,708.38</p> <p>ADELANTO DIRECTO (CON IGV) : S/. 1,043,816.78</p> <p>ADELANTO DIRECTO (SIN IGV) : S/. 1,647,156.52</p> <p>ADELANTO POR MATERIALES (CON IGV) : S/. 1,728,812.94</p> <p>ADELANTO POR MATERIALES (SIN IGV) : S/. 1,458,145.88</p> <p>FIN DE PLAZO CONTRACTUAL : 09 de Septiembre de 2013</p> <p>FIN DE PLAZO CONTRACTUAL : 04 de Noviembre de 2014</p>							
VALORIZACION CONTRACTUAL		6,315,893.54	2,244,000.00	-184,281.00	2,658,708.38	32.29%	S/. 5,876,282.43
TOTAL (A)		2,376,960.50	2,864,000.00	-384,281.00	2,658,708.38	32.29%	S/. 3,576,282.43
AJUSTES							
AJUSTE K			180,776.38	-14,558.04			115,720.52
DETERMINACION D (-)			-1,576.00	3,308.79			-170.21
RESOLUCION AM D (-)			-3,706.88	3,121.04			-685.19
TOTAL (B)			173,463.50	-11,734.25			114,939.12
VALORIZACION BRUTA (A+B)			2,550,424.00	-396,015.25	2,658,708.38		3,791,221.55

<sup>5</sup> Según acta presentada como pruebas el 29.05.2019 junto con diversos planos que han sido objeto de revisión y análisis; así como la Resolución N° 026-2018-MINAGRI-PSI en su parte considerativa, y lo manifestado por dicha parte en su escrito del 02.04.2019.

- 7.88. Y este colegiado considera hacer mención que, las amortizaciones de los adelantos entregados, son parte de las valorizaciones que se presentan para aprobación y pago; y este procedimiento ya se habría cumplido por las partes durante la ejecución del Contrato; siendo ahora la Entidad advierte que cometió un error en aprobar y pagar dichas valorizaciones (no obstante, su conclusión se sostiene – entre otros elementos – en el contenido de un Acta que no es reconocida por la norma como una válida).
- 7.89. Entonces, las valorizaciones ya aprobadas y pagadas al Contratista durante la ejecución contractual, gozan de una presunción validez que las mismas partes le han otorgado al desplegar su conducta asertiva y consensual en dichos momentos, no siendo suficiente las pruebas y exposición realizadas en este proceso para desconocer sus propios actos.
- 7.90. Por otro lado, a fin de continuar con el análisis, debemos indicar que la Liquidación elaborada por la Entidad y aprobada con Resolución Directoral N° 026-2018-MINAGRI-PSI, **si contiene** el concepto de Mayores Metrados - Laudo Arbitral, es decir, en primera instancia, estaría contemplado el monto ordenado en el **Laudo Arbitral de Exp. 617-21-15** de fecha 28.06.2016, cumpliendo de esta manera lo señalado por la norma; **sin embargo, el concepto otorgado en el Laudo Arbitral de Exp. 746-150-15 de fecha 25.09.2017, no se habría tomado en cuenta** de los conceptos de la Liquidación, pues después de un cruce de información efectuado por el PSI entre el monto total pagado por el PSI por los Adelantos Directo y de Materiales, las correspondientes amortizaciones y la ejecución de cartas fianza arrojó un monto total de S/. 2'234, 729.04 incluido IGV, concluyendo que no existe cobro en exceso por parte del PSI.
- 7.91. Sobre el particular, este Colegiado señala que el PSI habría desconocido lo establecido en el numeral 1) del artículo 59° del Decreto Legislativo N° 1071 que norma el Arbitraje:

*“Todo laudo es definitivo, inapelable y de obligatorio cumplimiento desde su notificación a las partes.”*

- 7.92. Es decir, el PSI habría desconocido la obligatoriedad que posee todo Laudo consentido, pues no se corrobora que el PSI haya recurrido a ningún recurso contra el Laudo, por lo tanto, su cumplimiento era obligatorio, pese a los argumentos esgrimidos en la Resolución Directoral, que puedo haberlas efectuado durante el correspondiente proceso arbitral, por lo tanto, a la fecha de la elaboración de la Liquidación sólo correspondía su cumplimiento.
- 7.93. Finalmente, de todo lo expuesto este Colegiado, determina que el contenido de la Resolución Directoral N° 026-2018-MINAGRI-PSI no habría sido correctamente motivadamente al transgredir la normativa de contrataciones, relacionada al Acta de Constatación de la Obra, el no reconocimiento del pago estipulado en el Laudo Arbitral, y sobre todo no haber reconocido un derecho al pago de los mayores gastos generales adquirido por el Consorcio en la Adenda N° 001, no siendo válida como tal.
- 7.94. Por lo que corresponde ampararla y declarar FUNDADA la segunda cuestión controvertida.

***TERCERA CUESTIÓN CONTROVERTIDA: Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral declare ordenar al PSI cumplir con el pago a favor del CONSORCIO por la suma ascendente a S/. 500 000 (quinientos mil y 00/100 soles), por concepto de daño a la imagen y reputación, monto que compone los conceptos de toda indemnización y que ya son parte del monto de la primera pretensión principal de la demanda.***

- 7.95. Para abordar este punto controvertido, debemos indicar que ya en el análisis de la primera pretensión se ha desarrollado parte de lo que habría correspondido a esta pretensión, debido a que la Contratista ha incluido este concepto dentro de la Liquidación practicada. La presente pretensión efectuada por el Consorcio al Tribunal Arbitral es la del reconocimiento del pago de una indemnización por el concepto de daño a la imagen y reputación, como consecuencia de la resolución contractual efectuada por el Consorcio por causa imputable al PSI.
- 7.96. El demandante sostiene que dicho monto a favor permitirá cubrir todos los gastos irrogados por su incumplimiento, que ocasionó la imposibilidad del Consorcio a participar en diversos procesos de selección; más aun considerando que la

normativa faculta al Consorcio a ser indemnizado cuando la resolución contractual haya sido por causas imputables al PSI.

- 7.97. Asimismo, señala el PSI que la liquidación efectuada por ellos, habría estado ajustada a fue efectuada dentro de un procedimiento regular, por funcionario competente, debidamente motivado y con objeto física y jurídicamente posible, razón por la cual la referida Resolución mantiene plena vigencia. También, que se debe tener en cuenta que la responsabilidad contractual es la que proviene de una violación de un contrato y consiste en la obligación de indemnizar al acreedor, el perjuicio que le causa el incumplimiento de contrato o de su incumplimiento tardío o defectuoso, esta responsabilidad debe provenir de un vínculo jurídico preexistente.
- 7.98. En consecuencia, la indemnización es la sanción impuesta por ley, al incumplimiento de una obligación anterior, lo que constituye uno de los efectos de que la ley atribuye a la fuerza obligatoria de los contratos; asimismo para poder determinar la responsabilidad civil contractual y extracontractual existen elementos comunes: i) La antijuricidad; ii) La producción de un daño; iii) la culpa del agente (factor de atribución); iv) relación causal entre la acción u omisión y v) el daño.
- 7.99. En relación al daño, este es todo menoscabo que experimenta una persona, sea en ella misma o en su patrimonio y que no necesariamente se refiera a un menoscabo por la pérdida de un derecho. En términos generales podemos definir el daño o perjuicio como la disminución o detrimento del patrimonio o morales sufridos por las personas, y este mismo debe ser acreditado.
- 7.100. El Consorcio, fundamenta su pedido de indemnización como consecuencia, de la resolución contractual efectuada por ellos, y corresponde que la Entidad los indemnice de acuerdo a lo señalado en los artículos 170° y 209° del Reglamento:

*Artículo 170° (...) si la parte perjudicada es el contratista, la entidad deberá reconocer la respectiva indemnización por los daños y perjuicios irrogados, bajo responsabilidad del titular de la entidad (...)*

*Artículo 209° (...) En caso la resolución sea por causa atribuible a la Entidad, ésta reconocerá al Contratista, en la liquidación que se*

*practique, el cincuenta por ciento (50%) de la utilidad prevista, calculada sobre el saldo de obra que se deja de ejecutar, actualizando mediante las fórmulas de reajustes hasta la fecha en que se efectuó la resolución del contrato. (...)*

- 7.101. En el presente proceso, para que el Consorcio alegue haber sufrido un daño debe demostrar su ocurrencia, sin embargo, no ha acreditado haber sufrido pérdida o disminución patrimonial, del supuesto evento dañoso que le habría causado con la resolución contractual y tampoco ha presentado medio probatorio alguno que le permita cuantificar el supuesto perjuicio.
- 7.102. Inicialmente, este Tribunal Arbitral señala que se desprende de la solicitud del Consorcio, que la presente pretensión se centra en el reconocimiento por parte del PSI en el pago por el concepto de daño a la imagen y reputación; ambos de la Resolución Contractual efectuada por el Consorcio, por lo tanto, corresponde determinar el marco conceptual de ambos pedidos.
- 7.103. Dentro de la Constitución Política del Perú no se alude expresamente al derecho a la propia imagen. Tampoco existe una legislación especial que lo regule, de modo que debemos recurrir a la Jurisprudencia, en la Sentencia del Tribunal Constitucional recaído en el EXP. N° 0905-2001-AA/TC, SAN MARTÍN, considera que las personas jurídicas de derecho privado también son titulares del derecho a la buena reputación.
- 7.104. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional señala que el fundamento último del reconocimiento del derecho a la buena reputación es el principio de dignidad de la persona, del cual el derecho en referencia no es sino una de las muchas maneras como aquélla se concretiza. El derecho a la buena reputación, en efecto, es en esencia un derecho que se deriva de la personalidad y, en principio, se trata de un derecho personalísimo. Por ello, su reconocimiento (y la posibilidad de tutela jurisdiccional) está directamente vinculado con el ser humano.
- 7.105. Sin embargo, aunque la buena reputación se refiera, en principio, a los seres humanos, éste no es un derecho que ellos con carácter exclusivo puedan titularizar, sino también las personas jurídicas de derecho privado, pues, de otro modo, el desconocimiento hacia estos últimos podría ocasionar que se deje en una situación

de indefensión constitucional ataques contra la «imagen» que tienen frente a los demás o ante el descrédito ante terceros de toda organización creada por los individuos.

7.106. El Consorcio señala que este concepto reclamado como parte de la indemnización por daños y perjuicios, por daño a la imagen y la reputación del Consorcio, estaría incluido en la suma señala en la Liquidación presentada con fecha 24.11.2017

### **La Responsabilidad Civil:**

7.107. Respecto a ello debemos señalar que la Ley de Contrataciones ni el Reglamento definen la naturaleza de la figura de resarcitoria de la indemnización por daños y perjuicios, es por ello que debemos recurrir al derecho privado como tal en el artículo 1321° del Código Civil:

*“Artículo 1321° Indemnización por dolo; Culpa leve o inexcusable:  
Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve.  
El resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, **en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución. Si la inejecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedecieran a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída.**”*

7.108. Es decir, que cuando exista la ocurrencia de un daño, un perjuicio o desmedro patrimonial que se plantea como la consecuencia de un incumplimiento, es preciso analizar si en efecto el daño o afectación patrimonial ha sido directamente provocada por la inejecución en cuestión a cargo del deudor.

7.109. Esto es que la doctrina ha establecido que el daño certero ocasionado puede ser producto no de una causa sino de varios tipos o clases de causas o de diversas circunstancias que a veces convergen o participan en distintas intensidades y a veces, incluso puede ser producto de causas ajenas. Tal es el caso, del presente,

el incumplimiento por parte del PSI, y que podría ser citada como causa del perjuicio del que alega el Contratista, haber incurrido en una serie de gastos que afectaron su patrimonio tras haber sometido a controversias las solicitudes de ampliación de plazo.

7.110. Por ello la doctrina ha estudiado y distinguido entre las diversas calidades de causas que pueden vincular un daño con su fuente (causa directa, causa inmediata, causa próxima, causa adecuada, etc.), por lo que el Código Civil señala la causa directa e inmediata para que el daño sea resarcible y pasible de indemnización, es decir que para la determinación de la responsabilidad civil derivada de una inejecución o cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, la causalidad (directa e inmediata) es condición para que el daño sea resarcido. Con ello queda claro que no basta la existencia de un daño cierto y probado, sino y que además dicho daño sea la consecuencia directa e inmediata del incumplimiento en cuestión.

7.111. Ahora bien, el concepto de causa inmediata y directa, contiene un doble componente. De un lado debe tratarse de un daño que se conecta con la inejecución en forma directa- no directa-, y que debe ocurrir en forma inmediata como consecuencia de la inejecución. Nótese que cuando se menciona el término directo, se busca descartar todos aquellos perjuicios que, si bien pueden producirse en el plano de los hechos, aparecen vinculados a la inejecución contractual en forma directa como consecuencia de la inejecución. Con ello, el Código Civil, limita el espectro de los daños resarcibles a aquellos que son producidos en forma directa y descarta a aquellos que si bien se vinculan o puede derivarse de la inejecución se presentan como una consecuencia indirecta de la misma.

7.112. Por otro lado, la norma exige que se trate al mismo tiempo (copulativamente) de un daño inmediato. Es decir, el Código Civil, ha querido que la relación de causalidad entre el daño y la inejecución sea una inmediata, es decir, no mediata, no indirecta. Con ello quedan fuera los llamados daños colaterales, los daños indirectos, los daños secuelas, y todos aquellos daños que, si bien pueden ser observados como productos lejanos de la inejecución, no califican como daños resarcibles, en tanto no se trata de daños generados en forma directa e inmediata una vez producida la inejecución.

- 7.113. Una vez queda determinada que para alegar que el daño sea resarcible debe ser consecuencia inmediata y directa de la inejecución, y es que, conforme a lo desarrollado hasta aquí, debemos establecer que, el Contratista debe acreditar el menoscabo que habría sufrido a consecuencia directa e inmediata de la resolución contractual por causas atribuibles a la Entidad,
- 7.114. Sobre el particular, de acuerdo a los documentos presentados por el Contratista puede corroborarse que éste no habría adjuntado ningún documento que acredite el quantum por tal concepto, siendo que, para solicitar el pago por daños y perjuicios, tal como se ha dejado establecido en la resolución de la primera cuestión controvertida; es necesario acreditar y cuantificar el monto correspondiente a la indemnización.
- 7.115. De lo expuesto, este Colegiado considera que el Contratista NO ACREDITÓ los daños que habría sufrido a consecuencia de la resolución del Contrato, por lo que no corresponde amparar la presente pretensión, declarándola **INFUNDADA**.

***CUARTA CUESTIÓN CONTROVERTIDA: En caso de ampararse las cuestiones consignadas en los literales A, B y C, determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral declare y ordene revocar y dejar sin efecto el cobro del saldo negativo de – S/. 1803 306.12 incluido IGV. Asimismo, determinar si corresponde o no que se deje sin efecto cualquier cobro y/o acción que haya iniciado o este por iniciar el PSI, con respecto a la carta de fianza de fiel cumplimiento del CONSORCIO.***

- 7.116. En relación a esta cuarta cuestión controvertida, este Colegiado hace parte del desarrollo del presente punto, los razonamientos y considerandos señalados en el primer y segundo puntos controvertidos del presente Laudo. Puntualmente, el petitorio de la demanda se encuentra directamente relacionada con la segunda cuestión controvertida planteada por el Consorcio; pues se estaría refiriendo a la Liquidación efectuada y aprobada por el PSI, y en consecuencia el cobro de saldo que arrojó la misma, en contra del Contratista.
- 7.117. Como hemos podido advertir, la Liquidación efectuada por el PSI y aprobada con Resolución Directoral N° 026-2018-MINAGRI-PSI de fecha 22.02.2018, ya

analizadas, no poseería validez legal; no siendo exigible el pago ordenado en la Liquidación de Obra practicada por el PSI que arrojaba un saldo en contra del Consorcio S/. 1' 803 306.12 (Un millón ochocientos tres mil y trescientos seis con 12/100 soles) incluido IGV.

- 7.118. En consecuencia, corresponde a éste Colegiado, amparar la pretensión del Contratista, y ordenar al PSI dejar sin efecto el cobro por el saldo negativo en contra de Contratista, así como cualquier acción que se haya iniciado y este por iniciarse para la ejecución de las Cartas Fianzas de Fiel Cumplimiento presentadas por el Consorcio; y declarar FUNDADA la cuarta cuestión controvertida.

***QUINTA CUESTIÓN CONTROVERTIDA: En caso de ampararse alguna de las cuestiones consignadas en los literales A, B y C, determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene al PSI el pago de los costos del presente arbitraje, los que se incurrieron en la Resolución Contractual, los honorarios y gastos del Tribunal Arbitral, los gastos administrativos del Centro de Arbitraje de la PUCP, los gastos incurridos por EL CONSORCIO para su defensa en este arbitraje, entre ellos, los honorarios de los abogados, los costos del asesoramiento pericial o de cualquier otra asistencia que pudiera requerir el Tribunal Arbitral, y cualquier otro gasto originado en las actuaciones arbitrales.***

1. El punto controvertido antes citado está relacionado con la asunción de los costos y costas del presente arbitraje. Respecto al cual el Consorcio solicita se condene al PSI asumir en su integridad los gastos arbitrales, costos y honorarios de defensa legal incurridos en el proceso; asimismo, el pago de los gastos incurridos en la Resolución Contractual efectuada por el Contratista, por su lado el PSI señala que se ordene al Consorcio el pago de los costos arbitrales.
2. Al respecto, **en relación a los costos y costas del proceso**, se puede apreciar que en el convenio arbitral no se ha dejado establecido pacto alguno en relación a la asunción del pago de los costos y costas del proceso, por lo que corresponde pronunciarse sobre este tema de manera discrecional y con la debida prudencia a fin de establecer si corresponde la atribución de los gastos arbitrales a una de las partes, y en qué medida, o la aplicación de un prorrateo razonable.

3. En ese sentido es pertinente destacar que de conformidad con lo establecido en el artículo 69° de la Ley de Arbitraje, prescribe que *“las partes tienen la facultad de adoptar, ya sea directamente o por referencia a reglamentos arbitrales, reglas relativas a los costos del arbitraje. **A falta de acuerdo, el Tribunal Arbitral, dispondrá lo conveniente, con sujeción a lo dispuesto en este título.**”*
  
4. Ahora bien, dentro del desarrollo del presente Laudo, se ha establecido que, ambas partes participaron activamente del proceso arbitral, exponiendo sus razones y posiciones, por lo que corresponde que ambas partes asuman en partes iguales los gastos incurridos en el desarrollo del presente arbitraje, en consecuencia, corresponde declarar **INFUNDADA** la presente pretensión.
  
5. Asimismo, de la revisión de autos, se puede verificar que el Consorcio habría asumido el pago total de los honorarios arbitrales, así como de la tasa administrativa del Centro, por lo tanto, se ordena al PSI efectúe la devolución del 50% de dicho monto pagado por el Consorcio, de acuerdo al prorratio del cuadro adjunto.

<b>Costos arbitrales</b>	<b>Honorarios del Tribunal Arbitral</b>	<b>Servicio de Gastos Administrativos</b>
Determinación de Tasa Administrativa del Centro PUCP y Honorarios del Árbitro	38 316.18 (Treinta y ocho mil trescientos dieciséis con 18/100 soles)	9 872.94 (Nueve mil ochocientos setenta y dos con 94/100 soles).
Consorcio Libertadores	S/. 19 158.09 (Diecinueve mil ciento cincuenta y ocho con 09/100 soles)	S/. 4 936.47 (Cuatro mil novecientos treinta y seis con 47/100 soles)

Programa Subsectorial de Irrigaciones-PSI	S/. 19 158.09 (Diecinueve mil ciento cincuenta y ocho con 09/100 soles)	S/. 4 936.47 (Cuatro mil novecientos treinta y seis con 47/100 soles)
-------------------------------------------	----------------------------------------------------------------------------	--------------------------------------------------------------------------

Por lo tanto, corresponde que el PSI reembolse al Consorcio el monto de S/. 24 094.56 (Veinticuatro mil noventa y cuatro con 56/100 soles) por concepto del 50% de los gastos arbitrales.

Por las razones expuestas, este Tribunal Arbitral resuelve:

**PRIMERO: DECLARAR FUNDADA EN PARTE** la primera pretensión principal de la demanda conforme se desprende de la parte considerativa del presente Laudo

**SEGUNDO: DECLARAR FUNDADA** la segunda pretensión principal de la demanda, conforme se desprende de la parte considerativa del presente Laudo

**TERCERO: DECLARAR INFUNDADA** la tercera pretensión principal conforme se desprende de la parte considerativa del presente Laudo

**CUARTO: DECLARAR FUNDADA** la Primera Pretensión Accesorias

**QUINTO: DECLARAR INFUNDADA** la Segunda Pretensión Accesorio y se ordena que cada parte asuma los costos del arbitraje, sin perjuicio que el PSI devuelva el 50 % de los costos del arbitraje al Consorcio, al haber este último cancelado el total de gastos arbitrales, en vía de subrogación.

---

**Juan Carlos Pinto Escobedo**  
**Presidente**

---

**Iván Alexander Casiano Lossio**  
**Árbitro**

---

**Carlos Edgar Molina Palomino**  
**Árbitro**

Arbitraje de Derecho seguido entre

**CONSORCIO RIO MAYO**  
(DEMANDANTE)

Y

**PROYECTO ESPECIAL JAEN SAN IGNACIO BAGUA**  
(DEMANDADO)

---

**LAUDO**

---

**TRIBUNAL ARBITRAL**  
**ZOILA MILAGROS CAMPOS LOO (Presidenta)**  
**CARLOS LUIS BENJAMIN RUSKA MAGUIÑA**  
**JOSÉ ANTONIO TRELLES CASTILLO**



Fecha de emisión: 30 de julio de 2020

*Arbitraje Institucional*  
**Expediente N° S094-2012 / S055-2013-SNA/OSCE**  
**Sistema Nacional de Arbitraje (SNA – OSCE)**

## **RESOLUCIÓN N° 47**

Lima, 30 de julio de 2020

### **VISTOS:**

#### **I. EXISTENCIA DE CONVENIO ARBITRAL**

1. Con fecha 2 de febrero de 2012, el CONSORCIO RIO MAYO (en adelante, CONSORCIO o DEMANDANTE) y el PROYECTO ESPECIAL JAÉN SAN IGNACIO BAGUA (en adelante, ENTIDAD o DEMANDADA) suscribieron el Contrato de Obra N° 001-2012-AG-PEJSIB6401/LP (en adelante, CONTRATO). En la cláusula Vigésima Sexta del CONTRATO consta el convenio arbitral en virtud del cual las partes acordaron resolver sus controversias mediante arbitraje de derecho administrado por el Sistema Nacional de Arbitraje del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (en adelante, SNA-OSCE), de acuerdo a los siguientes términos:

#### **CLAUSULA VIGÉSIMA SEXTA:**

#### **DE LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS**

Cualquier controversia que surja entre las partes, desde la suscripción del contrato, su ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia ó invalidez, serán resueltos de manera definitiva e inapelable mediante arbitraje de derecho, debiendo solicitarse el inicio de este procedimiento dentro de los plazos que estipula la Ley de Contrataciones y su Reglamento, precisando que el arbitraje se desarrollará bajo la organización y administración de los órganos del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje del OSCE (antes CONSUCODE) y de acuerdo con su Reglamento. Es voluntad de las partes que el Presidente del Tribunal Arbitral llegado el momento, sea uno designado por OSCE.

#### **II. NORMATIVIDAD APLICABLE**

2. Conforme a numeral 2 del Acta de Instalación, las normas aplicables son la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo N° 1017 (en adelante, LCE), y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF (en adelante, RLCE). Asimismo, regiría el Texto Único Ordenado del Reglamento del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje del OSCE.

#### **III. DE LA DEMANDA ARBITRAL**

3. Mediante escrito presentado el 31 de julio de 2012, el CONSORCIO formuló su demanda con las siguientes pretensiones y sustentos de hecho y de derecho:
  - Primera Pretensión Principal: Se reconozca la existencia de errores en el Expediente Técnico del CONTRATO que corresponde solucionar a la ENTIDAD como propietaria del mismo, específicamente errores en los metrados contemplados para las actividades de movimiento, excavación y remoción de roca o cualquier otro tipo de material de desecho.
  - Segunda Pretensión Principal: Se determine que la ENTIDAD, mediante Resolución

Directoral N° 136-2012-AG-PEJSIB-6401 notificada mediante Carta N° 194-2012-AGPEJSIB-6401 el 10 de julio de 2012, hace suyo el informe elaborado por el señor David Moncca Simón en cuya página 15 se varía la definición de clasificación de roca.

- Tercera Pretensión Principal: Se determine que la variación de la clasificación de roca dispuesta por la ENTIDAD de modo arbitrario y unilateral mediante Resolución Directoral N° 136-2012-AG-PEJSIB-6401 notificada mediante Carta 194-2012-AGPEJSIB-6401 constituye un cambio de las condiciones con las que el CONSORCIO se presentó al proceso de selección y obtuvo la Buena Pro.
- Cuarta Pretensión Principal: Al ser la ENTIDAD la propietaria del expediente técnico que no se impute, responsabilice o traslade las consecuencias de eventuales o ciertos errores del expediente técnico al CONSORCIO, los que deberán ser asumidos por la ENTIDAD, sin perjuicio de su derecho a repetir contra el Proyectista.
- Quinta Pretensión Principal: Se determine que la variación de la clasificación de roca efectuada por la ENTIDAD, conforme a la página quince del informe del ingeniero David Moncca Simón, no puede afectar los metrados ejecutados por el CONSORCIO con anterioridad a la decisión de la ENTIDAD de hacer suyo el informe y criterio de evaluación de dicho profesional, debiendo reconocerse los costos derivados de la clasificación establecida en las Bases y expediente técnico del proceso de selección y de obra.
- Sexta Pretensión Principal: Determinar que la variación de la clasificación de roca efectuada por la ENTIDAD conforme a la página quince del informe del Ing. David Moncca Simón no puede afectar incluso los metrados que se ejecuten con posterioridad a la decisión de la ENTIDAD de hacer suyo el informe y criterio de evaluación de dicho profesional debiendo tenerse en cuenta que en tanto la ENTIDAD, como el CONSORCIO se encuentran sujetos de modo obligatorio a lo expresamente contemplado en las bases del proceso de selección y de los documentos que integran el contrato, careciendo de efecto las Resoluciones Directorales N° 138-2012-AGPEJSIB 6401 y N° 138-2012-AG-PEJSIB-6401 por cuanto pretenderían valorizar mayores metrados o establecer deductivos, sobre la base de desconocer la metodología aprobada en el Expediente Técnico para la clasificación de roca y material.
- Primera Pretensión Accesorio a la Quinta y/o Sexta Pretensiones Principales: Se reconozca el derecho del CONSORCIO a que sean considerados roca, roca suelta, y material suelto y así, de esta manera se reconozcan los mayores metrados ejecutados o por ejecutarse, abonándose la retribución correspondiente conforme a la clasificación establecida en el ítem A-2 Clasificación de Excavaciones del Expediente Técnico, que constituye parte del CONTRATO y es obligatorio para ambas partes.
- Segunda Pretensión Accesorio a la Quinta y/o Sexta Pretensiones Principales: Se calcule el íntegro del monto ejecutado, a ser reconocido y pagado al CONSORCIO por mayores metrados, conforme a la clasificación establecida en el ítem.A.2 Clasificación de Excavaciones del Expediente Técnico.

- Tercera Pretensión Accesorio a la Quinta y/o Sexta Pretensiones Principales: Se deje sin efecto las Resoluciones Directorales N° 136-2012-AG-PEJSIB-6401 y N° 1382012-PEJSIB-6401, la Carta 194°-2012-AG-PEJSIB-6401 (notificada al CONSORCIO el 10 de julio de 2012), así como los demás documentos administrativos emitidos por la Entidad todos ellos únicamente en el extremo que establecen una forma de clasificación de roca que difiere de lo establecido en el Expediente Técnico y afectan los montos a ser reconocidos al CONSORCIO por trabajos efectuados o por efectuarse dejando a salvo el resto de su contenido.
- Pretensión Subordinada a la Quinta y/o Sexta Pretensiones Principales: En el supuesto caso que se desestime el pago de los montos que corresponda a las excavaciones de roca conforme a los criterios y metodología establecidos en el expediente técnico que forma parte del contrato que los mismos sean reconocidos al CONSORCIO por concepto de enriquecimiento sin causa.
- Séptima Pretensión Principal: Se deje sin efecto la Resolución Directoral 141-2012AG-PEJSIB-6401 del 13 de julio de 2012 y demás documentos administrativos relacionados, por los cuales se declara improcedente la paralización de obra dispuesta por el CONSORCIO por cuanto no se habrían solucionado las discrepancias en torno a la clasificación de roca que habría motivado la primera paralización (que habría sido aceptada por la ENTIDAD).
- Pretensión Subordinada a la Séptima Pretensión Principal: En el hipotético supuesto que no se considere la existencia de discrepancias entre las partes en torno a la clasificación de roca como causal de paralización de obra se tenga en cuenta los demás hechos relevantes, imputados a terceros que motivaron tal decisión del CONSORCIO.
- Octava Pretensión Principal: Se conceda la ampliación de plazo N° 2 por 46 días calendario, al existir defectos y vicios que debieron ser asumidos por la Entidad, dejándose sin efecto la Resolución Directoral N° 140-2012-AG-PEJSIB-6401 del 13 de julio de 2012 y la Carta 210-2012-AG-PEJSIB-6401, que habría desestimado el pedido del CONSORCIO basado en la supuesta inexistencia de discrepancias en torno a la clasificación de roca.
- Pretensión Subordinada a la Octava Pretensión Principal: En caso no se considere pertinente el otorgamiento de la ampliación de plazo N° 02 en todo o en parte, se precise que el mayor tiempo transcurrido habría sido sin culpa del CONSORCIO, en razón de la existencia de hechos que ameritan un grado de incertidumbre o imprecisión sobre el reconocimiento de trabajos considerados roca, roca suelta y material u otros indicados por el CONSORCIO que implicarían una imputabilidad del mayor plazo transcurrido.
- Pretensión Accesorio a la Octava Pretensión Principal y/o a la Pretensión Subordinada a la Octava Pretensión Principal: Se reconozcan los gastos generales por 46 días calendario, generados por las dos pretensiones anteriores.
- Novena Pretensión Principal: Se declare que el mayor plazo que transcurra entre la fecha de interposición de la demanda y la restitución a que se respeten las condiciones

originales del proceso en cuanto a la clasificación de roca, serán sin culpa del CONSORCIO, con expreso reconocimiento de gastos generales.

- Décima Pretensión Principal: Se reconozcan los intereses legales por todos los montos adeudados, computados desde la fecha en la que debió efectuarse el pago, hasta la fecha de pago efectivo.
4. Mediante Resolución Directoral N° 169-2011-AG-PEJSIB-6401 del 2 de agosto de 2011, se aprobó el Expediente Técnico del Proyecto "Irrigación Cerezal- Las Juntas-Perico (Código SNIP 4866)", con un presupuesto de S/. 7'540,000.00 Soles, para ser ejecutado en el Ejercicio 2011, en un período de 210 días calendario, por la modalidad de Ejecución Presupuestaria Indirecta. En dicho expediente, se estableció la forma en la cual debía tratarse la roca y material suelto, tanto para el uso del instrumental necesario, como para proceder a su movimiento y/o remoción.
  5. Con fecha 2 de febrero de 2012, las partes suscribieron el CONTRATO para la ejecución de la Obra "Irrigación Cerezal – Las Juntas - Perico", por el monto de S/. 6'524,617.62 Soles, sin IGV, y un plazo de ejecución de 213 días calendario.
  6. Mediante Carta N° 033-CONSORCIO RIO MAYO de fecha 1 de junio de 2012, el CONSORCIO a través de su representante legal, solicita la aprobación de la ampliación de plazo N° 2 por cuarenta y seis (46) días calendario, en mérito a que la ENTIDAD se retrasó en aprobar la ejecución del Adicional N° 01 afectando el correcto desarrollo de la ejecución de la obra por lo que, amparándose en el artículo 200° inciso 4) del Reglamento, solicita la ampliación de plazo de veinte (20) días correspondiente a la ejecución de la prestación adicional y de veintiséis (26) días por la demora ocasionada por el retraso de la aprobación de la ENTIDAD.
  7. A través de la Resolución Directoral N° 118-2012-AG-PEJSIB-6401 del 7 de junio de 2012 se aprobó en vía de regularización (eficacia anticipada) la paralización temporal N° 1 de la Obra "irrigación Cerezal – Las Juntas- Perico", a partir del 12 de mayo de 2012.
  8. Con fecha 25 de mayo de 2012, mediante Carta N° 029-2012-RO-CRM-JAEN, el CONSORCIO remitió al supervisor de obra el presupuesto adicional N° 2 por mayores metrados y presupuesto deductivo de obra N° 1 por un presupuesto ascendente a la suma de S/ 1'572,827.33.
  9. Mediante Resolución Directoral N° 122-2012-AG-PEJSIB-6401 del 14 de junio de 2012 se aprobó el Adicional de Obra N° 01 de la Obra "irrigación Cerezal – Las Juntas- Perico", por la ejecución de mayores metrados en la Partida 2.01 Limpieza y Desbroce Manual del terreno, por el monto de S/. 10.515.05 y un porcentaje de incidencia de 0.16% en relación al monto del contrato original.
  10. Mediante Resolución Directoral N° 124-2012-AG-PEJSIB-6401 del 19 de junio de 2012 se aprobó en vía de regularización (eficacia anticipada) el reinicio de los trabajos en la Obra "irrigación Cerezal – Las Juntas- Perico", a partir del 04 de junio de 2012.
  11. Con Carta N° 032-CONSORCIO RIO MAYO de fecha 18 de junio de 2012, el CONSORCIO solicitó la aprobación de la Ampliación de plazo N° 01 por veintitrés (23) días calendario,

equivalente al período de paralización de obra entre el 12 de mayo de 2012 y el 03 de junio de 2012, por causal de fuerza mayor.

12. Mediante Resolución Directoral N° 134-2012-AG-PEJSIB-6401 del 3 de julio de 2012 se aprobó la Ampliación de Plazo N° 1 por veintitrés (23) días calendario por paralización de obra por causal de fuerza mayor.
13. Por Resolución Directoral N° 140-2012-AG-PEJSIB-6401 del 13 de julio de 2012 se declaró improcedente la solicitud de Ampliación de Plazo N° 2 por cuarenta y seis (46) días calendario.
14. Ahora bien, respecto a las pretensiones de la primera a la sexta, así como las pretensiones accesorias y subordinadas, el CONSORCIO indicó que con fecha 25 de mayo de 2012 hizo llegar al Supervisor de obra el Presupuesto Adicional N° 2 por mayores metrados no contemplados en el expediente técnico. El Presupuesto Adicional correspondía a las partidas 03.01, 03.05, 03.11, 03.14, y ascendía a S/. 1'572,827.33. Este fue presentado de acuerdo al cálculo realizado por el ingeniero Néstor Romero Ramírez, quien fuera contratado por el CONSORCIO.
15. Con fecha 10 de julio de 2012, el CONSORCIO es notificado con la Carta N° 194-2012AG-PEJSIB-6401, que adjuntaba la Resolución Directoral N° 136-2012-AG-PEJSIB-6401 que aprueba el Presupuesto Adicional de obra N° 2, por S/. 265,854.91. De acuerdo al CONSORCIO, la ENTIDAD reconoció el derecho a mayores metrados, sin embargo, varió las definiciones del expediente técnico a su favor.
16. La mayor discrepancia se encontraría en la partida 03.05 excavación de plataforma en roca suelta y 03.04 excavación de caja de canal en roca suelta, a partir de las cuales la ENTIDAD habría dejado de pagar la suma de S/. 1'092,260.95. Problema que, de acuerdo al CONSORCIO, habría surgido por la contratación del ingeniero David Moncca Simón con Registro CIP N° 22574, quien presentó el Informe "Reclasificación de los materiales de corte a lo largo del trazo del Canal Principal con fines de valorización", el cual la ENTIDAD ha hecho suyo.
17. En ese sentido, el CONSORCIO refirió que el informe ha incurrido en incongruencias vinculadas principalmente al concepto de roca suelta. Además, esta parte precisó que el expediente técnico ya estableció una metodología para determinar la condición del material a ser removido, a fin de determinar si se trata de roca, roca suelta o material suelto.
18. El CONSORCIO agregó que de acuerdo al Instituto Geológico Minero y Metalúrgico INGEMMET, institución oficial y encargada de realizar los Estudios Geológicos a nivel nacional, la Formación Bellavista se trata de una roca y no de un sedimento. Sin perjuicio de ello, recalcó que el expediente técnico ya había establecido una metodología, siendo extemporáneo que la ENTIDAD la varíe durante la ejecución contractual. Con este hecho, para el CONSORCIO se pretende desconocerle las justas expectativas y el propio balance de costos sobre los que elaboró su propuesta y suscribió el CONTRATO.
19. De otro lado, respecto a la séptima, octava y novena pretensiones principales y accesorias, el CONSORCIO solicitó dejar sin efecto la Resolución Directoral N° 141-2012-AG-PEJSIB6401 del 13 de julio de 2012, que declaró improcedente la paralización de obra

dispuesta por el propio CONSORCIO, debido a que no se han solucionado las discrepancias en torno a la clasificación de la roca, hecho que para la ENTIDAD ya habría sido resuelto.

20. Además, en caso de no ampararse el hecho de la existencia de discrepancias sobre la roca, el CONSORCIO solicitó considerar los demás hechos relevantes, imputados a terceros, que motivaron su decisión, debido a que no era posible continuar con los trabajos de ejecución por actos de la ENTIDAD, así como de terceros que colocaban en riesgo la integridad física del personal, el normal desarrollo de los trabajos y/o la propia sostenibilidad de la obra.
21. En la misma línea, el CONSORCIO solicitó conceder la ampliación de plazo N° 2, debido a la existencia de hechos que generaron incertidumbre o imprecisión sobre el reconocimiento de trabajos considerados roca, roca suelta y material u otros indicados por el CONSORCIO. Igualmente, su solicitud incluye el pago de gastos generales.
22. Finalmente, se solicita el pago de intereses legales de los pagos que se devenguen a su favor, al igual que solicitan la condena de costos y costas de la ENTIDAD. A criterio del CONSORCIO, este pedido se sustenta en el hecho que la ENTIDAD ha incurrido en incumplimientos de las obligaciones derivadas del CONTRATO y las Bases.
23. Mediante escrito presentado el 8 de agosto de 2012, el CONSORCIO subsana las observaciones al escrito de demanda, presenta copia de los documentos probatorios en el mencionado y se pronuncia respecto del Informe de reclasificación de los materiales de corte a lo largo del trazo del canal principal de la obra con fines de valorización.

### III.1 DE LA PRIMERA ACUMULACIÓN DE DEMANDA

24. Mediante escrito presentado el 28 de agosto de 2012, el CONSORCIO solicita la acumulación de las siguientes pretensiones, con arreglo a los fundamentos que en un apretado resumen se exponen a continuación:
  - Primera Pretensión Principal: Se amplíe el reconocimiento de la ampliación de plazo de 18 a 64 días, como fue solicitado por el CONSORCIO en la ampliación de plazo N° 3, rectificándose lo resuelto por la ENTIDAD en la Resolución Directoral N° 155-2012AG-EJSIB-6401 y Carta N° 232-2012-AG-PEJSIB-6401.
  - Pretensión accesoria a la Primera Pretensión Principal: Se reconozca a favor del CONSORCIO el íntegro de los gastos generales que se devenguen por el total de días de ampliación de plazo que se otorguen, más los intereses legales correspondientes hasta la fecha efectiva de pago.
  - Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal: En caso se desestime el pedido de ampliación de plazo N° 3, se declare que el lapso de 46 días es sin culpa del CONSORCIO, es decir, no imputable a esta parte.
  - Primera Pretensión accesoria a la Pretensión subordinada a la Primera Pretensión Principal: De ampararse la pretensión anterior, se declare que el plazo de 46 días no generará penalidad alguna por mora en perjuicio del CONSORCIO.

- Segunda Pretensión Principal: De ampararse la pretensión subordinada, se reconozca a favor del CONSORCIO los gastos y costo directo incurridos por esta parte en los 46 días, más los intereses legales correspondientes hasta la fecha efectiva de pago.
25. En adición a los hechos expuestos en su primer escrito de demanda, el CONSORCIO agregó que, con fecha 24 de julio de 2012, hizo llegar su solicitud de ampliación de plazo N° 3, por 64 días calendario. Sostiene esta parte que, la ENTIDAD reconoció la causal que motivó la solicitud, pero sólo otorgó 18 días de ampliación de plazo.
  26. Las causales que motivaron la solicitud de ampliación de plazo N° 3, fueron las siguientes: i) el mayor tiempo que tomaría la construcción del adicional de obra N° 2, aprobado por la ENTIDAD y, ii) la demora de la ENTIDAD en la aprobación del adicional de obra N° 2, de los que solo se reconocieron 18 días, a criterio del CONSORCIO, sin ningún sustento técnico.
  27. Al respecto, el CONSORCIO precisó que para la ejecución del referido adicional se requirió de 27 días adicionales al plazo contractual inicial. Además, que existió demora en su aprobación, toda vez que el adicional de obra fue presentado a la Supervisión el 25 de mayo de 2012, siendo el plazo máximo para su aprobación el 14 de junio. Pese a ello, esta se dio el 10 de julio de 2012, es decir, 26 días después.
  28. De acuerdo a esta parte, el pedido de ampliación de plazo fue formulado conforme a los requisitos formales y materiales del Reglamento, de manera que las causales que lo motivaron se anotaron en el asiento de cuaderno de obra N° 129 y fueron solicitados al Supervisor mediante asiento N° 156 y a través de la Carta N° 044-CONSORCIORIO MAYO.
  29. En ese sentido, corresponde otorgar también los mayores gastos generales. Igualmente, el CONSORCIO solicitó descartar cualquier aplicación de penalidad por mora en su contra.
  30. Respecto al reconocimiento de intereses legales, señala que los pagos que realice la ENTIDAD como consecuencia del proceso deben ser con el cómputo de los respectivos intereses legales, contados desde la fecha que se generó el monto a reconocer a favor del CONSORCIO. A su vez, reiteran la condena de costos y costos contra la ENTIDAD.

### **III.2 DE LA SEGUNDA ACUMULACIÓN DE DEMANDA**

31. Con fecha 10 de octubre de 2012 el CONSORCIO presentó una segunda solicitud de acumulación de pretensiones, con arreglo a los fundamentos expuestos que en resumen se detallan a continuación:
  - Primera Pretensión Principal: Se deje sin efecto la Resolución N° 179-2012-AGPEJSIB-6401 y la Carta N° 277-2012-AG-PEJSIB-6401, las mismas que fijan como monto del presupuesto adicional de obra N° 3 la suma de S/ 480,814.96 (Cuatrocientos ochenta mil ochocientos catorce y 96/100 nuevos soles) y un porcentaje de incidencias con relación al monto del contrato principal de 4.99%.

- Segunda Pretensión Principal: Se declare como pago por el presupuesto adicional N° 03 el monto de S/ 590,586.30 (Quinientos noventa mil quinientos ochenta y seis y 30/100 nuevos soles) y un porcentaje de incidencias con relación al monto del contrato principal de 9.05% ello debido a los mayores metrados de las partidas contractuales, desde la progresiva 9 + 000 a la progresiva 18 + 800, por el replanteo de obra debido a la supuesta deficiencia del Expediente Técnico, quedando pendiente el tramo 9 + 500 a la 10 +160.
  - Pretensión Subordinada a la Primera y/o Segunda Pretensiones Principales: En el supuesto que se desestime la primera o segunda pretensiones anteriores, ordenar que la Entidad pague la suma de S/ 590,586.30 (Quinientos noventa mil quinientos ochenta y seis y 30/100 nuevos soles) por concepto de enriquecimiento sin causa.
  - Tercera Pretensión Principal: Se declare que la ENTIDAD no puede variar de manera unilateral los precios previamente establecidos, así como variar las especificaciones técnicas pactadas por las partes, siendo que incluso los cambios que se establezcan vía adicional como es el caso del adicional N° 3 deben respetar tales parámetros, especificaciones y definiciones previamente pactadas.
  - Cuarta Pretensión Principal: Se reconozcan los intereses legales por todos los montos adeudados, contados desde la fecha en la que debió efectuarse el pago, hasta la fecha de pago efectivo.
- 32.** A los hechos expuestos en sus anteriores escritos, el CONSORCIO agregó que mediante asiento de cuaderno de obra N° 168 del 22 de julio de 2012 comunicó a la supervisión la conclusión del replanteo de la progresiva 0+000 hasta la progresiva 18+800, con excepción del tramo 9+500 a la progresiva 10+180 (por falta definir el trazo por parte de la ENTIDAD); asimismo, se comunicó que estaba elaborando los planos correspondientes.
- 33.** Con fecha 25 de julio de 2012, a través de la Carta N° 042-CRM-JAEN, el CONSORCIO entregó los planos de replanteo y planillas de metrados de explanación de la progresiva 9+000 AL 18+800 a la supervisión para que realice el trámite correspondiente ante la ENTIDAD.
- 34.** Mediante Carta N° 00054-CRM-JAEN, el CONSORCIO remitió al supervisor de la obra el informe del adicional de obra N° 03 por la suma de S/ 590,586.30 (Quinientos noventa mil quinientos ochenta y seis y 30/100 soles), equivalente al 9.05% del monto del CONTRATO. Por su parte, con el Informe N° 015-2012-SO/ARP-RL, el supervisor señaló como monto total del presupuesto adicional N° 03 la suma de S/1'094,951.21 (Un millón noventa y cuatro mil novecientos cincuenta y uno y 21/100 soles) con un porcentaje de incidencia de 13.51% según lo manifestado por la ENTIDAD.
- 35.** Pese a lo anterior, a través del Informe N° 219-2012-AG-PEJSIB-6407, el ingeniero Nicolás González Díaz, especialista en irrigaciones de la ENTIDAD manifestó que el presupuesto total para la ejecución del adicional de obra N° 3 debe ser de S/. 480, 814.96 Soles, uno de sus argumentos obedece a la reclasificación del material de corte.

36. Posteriormente, con fecha 20 de septiembre de 2012, el CONSORCIO afirmó que fue notificado con la Resolución Directoral N° 179-2012-AG-PEJSBIB-6401, que aprobó como monto por mayores metrados la suma de S/. 480, 814.96 Soles.
37. Conforme a ello y como parte del sustento de sus pretensiones acumuladas, el CONSORCIO expresó que en efecto presentó el adicional de obra N° 3, cuya definición de roca siguió las especificaciones del expediente técnico y no aquella que había sido modificada por la ENTIDAD. El adicional de obra correspondía a las partidas 03.01 excavación de plataforma en material suelto, 03.02 excavación de plataformas en roca suelta, 03.03 excavación de plataforma en roca fija, 03.04 excavación de caja de canal en roca suelta, 3.06 excavación de caja de canal en roca fija, 3.14 eliminación lateral de material excedente, 3.15 eliminación de material excedente hasta 1km, lo que generó la necesidad de un presupuesto ascendente a S/. 590, 586.30 Soles.
38. Sin embargo, con una diferencia de S/. 109, 771.34 Soles en su contra, es que con fecha 20 de septiembre de 2012, el CONSORCIO recibió la carta N° 277-2012-AG-PEJSIB, que notificó la Resolución Directoral N° 179-2012-AG-PEJSBIB-6401 que aprobó el referido adicional por una cantidad menor, la cual está detallada en las tablas que forman parte del escrito de acumulación de demanda.
39. El problema, a criterio del CONSORCIO se originó con la contratación del ingeniero David Moncca Simón. Al respecto, esta parte reiteró los argumentos vertidos en su escrito de demanda de fecha 31 de julio de 2012, en relación a las incongruencias que presentaría el informe emitido por el ingeniero Moncca, así como los cambios en la metodología que habría sido realizada por la ENTIDAD.
40. En relación a la pretensión subordinada a sus pretensiones, el CONSORCIO precisó que el enriquecimiento sin causa opera conforme al artículo 1954 del Código Civil y que ha sido reconocido por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE en la Opinión N° 042-2010/DTN, por lo que en el supuesto que se declaren infundadas sus pretensiones principales, solicita se le otorgue el monto solicitado para la ejecución del adicional de obra N° 3 por enriquecimiento sin causa.

#### **IV. DE LA CONTESTACIÓN DE DEMANDA**

41. Mediante escrito presentado el 26 de octubre de 2012, la ENTIDAD contesta al primer escrito de demanda del CONSORCIO, cuyas pretensiones están vinculadas a los alegados errores o defectos que habría incurrido el expediente técnico, la paralización de obra y la ampliación de plazo N° 2.
42. Como un primer argumento, la ENTIDAD sostuvo que, a lo largo de la ejecución del CONTRATO, el CONSORCIO actuó en contra del principio de buena fe. En relación a la aprobación del presupuesto adicional N° 2 confirmó que mediante carta N° 029-2012-ROCRM Jaén del 25 de mayo de 2012, el residente entregó a la supervisión el presupuesto adicional N° 2 por mayores metrados y el presupuesto deductivo de obra N° 1 expresando que como resultado del cálculo realizado en base al replanteo de obra correspondiente, el cual difería con el contenido del expediente técnico, se verificaba la existencia de mayores

metrados en las partidas de movimiento de tierras desde la progresiva 0+000 al 9+000, incluido el canal de aproximación de acuerdo a los planos y secciones transversales de replanteo.

43. Ante la gran diferencia encontrada con la reclasificación que hizo el CONSORCIO de mayores metrados y por el monto presupuestado, la ENTIDAD aseguró que estimó pertinente contratar un ingeniero especialista en geología y geotecnia con la finalidad de determinar la clasificación del material en función de las características geomorfológicas de material y de las especificaciones técnicas establecidas en el expediente técnico, por lo que se contrató al ingeniero David Moncca Simón.
44. Dentro de las principales conclusiones del informe emitido se encontraron que. (i) el material a excavar no es roca, sino material conglomerado o consolidado y a lo mucho podría encontrarse roca suelta que representaría el 10% de la totalidad del material a excavar y, (ii) la calificación del material a excavar y la calificación que se le da en el expediente técnico de la obra es la misma.
45. A partir de esto, la ENTIDAD indicó que no había tal diferencia entre la roca suelta y material suelto, de manera que las valorizaciones de los metrados a excavar no debían diferenciarse ampliamente, por lo que para dicha parte no sería amparable el argumento del CONSORCIO, al no existir variación en la clasificación del material.
46. A ello agregó la ENTIDAD, que mediante Informe N° 010-2012.SO7ARP el supervisor de obra, sobre la base del documento del ingeniero David Moncca, sostuvo que el presupuesto de adicional de obra N° 2 del CONSORCIO presentaba incongruencias en la clasificación de materiales de excavación.
47. Por lo anterior, la ENTIDAD consideró que tal variación en la clasificación de material a excavar no existía y que el informe del ingeniero David Moncca no difería de las especificaciones técnicas, por lo que tampoco existía cambio en los términos del CONTRATO.
48. Además, sobre la supuesta afectación a los metrados ejecutados con anterioridad, la ENTIDAD expresó que no cabe afectación, debido a que ya existe una valorización, que además ya ha sido cancelada.
49. En relación a la ampliación de plazo N° 2, que fuera declarada improcedente, en opinión de la ENTIDAD, el CONSORCIO incumplió con lo establecido en el artículo 201 del REGLAMENTO, al no haber anotaciones en el cuaderno de obra que den cuenta del inicio y fin de la causal que originó esta solicitud, es decir, por demora en la aprobación y por la ejecución del adicional de obra N° 1.
50. Respecto a pretensión del CONSORCIO referida a dejar sin efecto la Resolución Directoral N° 141-2012-AG-PEJSIB-6401 del 13 de julio de 2012 que declaró improcedente la paralización de obra dispuesta por este, la ENTIDAD rechaza las causales en las que se sustentó el DEMANDANTE e indica que este tuvo otros frentes para realizar trabajos como en el sistema de captación, revestimiento del canal de aproximación y canal de conducción, construcción de obras de arte, entre otras.

#### **IV.1 DE LA CONTESTACIÓN A LA PRIMERA ACUMULACIÓN DE DEMANDA**

51. Como se aprecia del Segundo Otrosí Digo del escrito de contestación de demanda presentado por la ENTIDAD, el 26 de octubre de 2012, dicha parte se pronuncia respecto a la primera acumulación de demanda del CONSORCIO, a través de la cual dicha parte solicitó reconocer la ampliación de plazo N° 3 por 64 días, 38 por la ejecución del adicional de obra N° 2 y 26 por la demora en la aprobación de dicho adicional.
52. Al respecto, la ENTIDAD afirmó que a través de la carta N° 070-2012 CIR&ORTEGA CLASS/ARP-RL del 29 de julio de 2012, el Supervisor de obra opinó que la solicitud del CONSORCIO procedía por 18 días correspondiente a la ejecución del adicional de obra N° 2 y que resultaba inadmisibles por la demora en la aprobación, debido a que esa situación se dio por los errores que contenía el expediente técnico del referido adicional presentado por el CONSORCIO, hecho que derivó en reformulación del expediente.
53. En el mismo sentido, la ENTIDAD indicó que el director de obras opinó que el plazo de 18 días era suficiente para la ejecución del adicional. En ese sentido, la ENTIDAD consideró que la Resolución Directoral se emitió conforme a la naturaleza del CONTRATO.

#### **IV.2 DE LA CONTESTACIÓN A LA SEGUNDA ACUMULACIÓN DE DEMANDA**

54. A través del escrito presentado el 25 de junio del año 2013, la ENTIDAD contesta la segunda demanda acumulada, referida a dejar sin efecto la resolución que aprueba el monto del adicional de obra N° 3. Sobre este particular, la ENTIDAD manifestó que los adicionales de obra N° 2 y 3, así como los deductivos N° 1 y 2 son complementarios, dado que en conjunto obedecen a la necesidad de recalcular los volúmenes de explanaciones producto de la aprobación del replanteo del trazo del canal principal y del canal de aproximación en su totalidad; pero que se tuvo que partir en dos, debido a que, el CONSORCIO demoró excesivamente la ejecución y documentación del replanteo de obra.
55. Además, la ENTIDAD refiere que el CONSORCIO somete a controversia el adicional de obra N° 3, pretensión que deviene en improcedente de acuerdo al artículo 41 de la LEY que indica que la decisión de la Entidad o de la Contraloría General de la República de aprobación o no de ejecución de prestaciones adicionales no puede ser sometida a arbitraje.
56. De otro lado, manifestó la ENTIDAD que teniendo en cuenta que el expediente técnico de un adicional de obra debe tener el mismo procedimiento y contenido del expediente técnico de una obra nueva, y ante las discrepancias con el CONSORCIO respecto de los valores de clasificación del material de corte establecido en el expediente técnico y en las valorizaciones tramitadas, resultó necesario e indispensable contar con un estudio geológico-geotécnico, para poder determinar de una manera macro la clasificación más aproximada a la real, e incorporar en el cálculo de los adicionales de obra N° 2 y 3 respectivamente, caso contrario, se hubiese tenido que cuantificar los valores establecidos en el expediente técnico.
57. Respecto de esta pretensión, la ENTIDAD precisó lo siguiente:

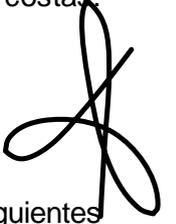
- La LEY establece la posibilidad de que las entidades puedan ordenar prestaciones adicionales, sin que se especifique como necesaria la aceptación o no del contratista para su aprobación, configurándose una obligación mediante acto unilateral de la Entidad, por lo que el CONSORCIO no puede alegar que se debió aprobar el adicional de obra N° 3 bajo nuevas condiciones o que se hubiera requerido su conformidad para ello.
  - El numeral 2 del Informe preparado por el ingeniero David Moncca Simón señala que el objetivo del servicio es la reclasificación de los materiales de corte a lo largo del trazo del canal principal con fines de valorización, para dirimir las discrepancias suscitadas. En ese sentido, este informe no reemplaza o modifica lo aprobado en el expediente técnico.
  - Si el CONSORCIO considera que los porcentajes de la clasificación adoptados por la ENTIDAD en el metrado, para cuantificar las valorizaciones mensuales practicadas, no corresponden a sus expectativas, debería someter a controversia las discrepancias respecto de la formulación, aprobación o valorización de los metrados, conforme lo establece el artículo 199 del REGLAMENTO.
  - En conclusión, de existir alguna controversia al respecto, estará referida a las controversias respecto del monto de las valorizaciones del adicional de obra.
- 58.** En relación al cálculo de volúmenes realizados por el CONSORCIO referente al adicional N° 3, la ENTIDAD mostró un gráfico donde se encontraría el sustento de los volúmenes considerados para el referido adicional. Además, indicó que los metrados de demás partidas de explanaciones producto del replanteo de la obra entre las progresivas 9+000 y 18+800 resultaron menores a los previstos para el mismo tramo en el expediente técnico aprobado, por lo que fueron incluidas en el Presupuesto Deductivo N° 2 vinculante con el adicional de obra N° 3, aprobado mediante Resolución Directoral N° 178-2012-AG-PEJSIB6401 del 19 de setiembre de 2012.
- 59.** Sobre el argumento del CONSORCIO referido a que se le estaría dejando de pagar la suma de S/. 109,771.34, la ENTIDAD considera que no tiene asidero, toda vez que los adicionales aprobados y ejecutados se pagan mediante valorizaciones adicionales en base a metrados previamente consensuados, y en caso de explanaciones, considerando una clasificación del tipo de material según lo ejecutado.
- 60.** Respecto al cuestionamiento realizado al informe del señor David Moncca, la ENTIDAD precisó:
- Si bien la formación Bellavista, de acuerdo a los planos de INGEMET, se encuentran en la zona materia del estudio, no quiere decir que efectivamente todo el corte de terreno de las explanaciones para el canal se realice sobre los materiales que lo conforman.
  - El Informe estableció que desde la bocatoma del proyecto hasta el km. 6+500 del emplazamiento del canal se hallaría la Formación Tamboraque o Tamborapay era evidente la presencia de depósitos cuaternarios, como fue establecido en estudios geológicos realizados para el proyecto.
  - El CONSORCIO no puede teóricamente determinar, sin sondajes significativos, que tipo de formación o depósito se está interviniendo. El informe del ingeniero Moncca en ese sentido, resulta ser el más objetivo de todos los estudios previos realizados, debido a que la inspección de campo fue detallado y realizado sobre cada una de las progresivas.

61. La ENTIDAD cuestiona el pago de S/. 590,586.30 Soles por concepto del adicional de obra N° 3, debido a que considera como condición previa que se hayan ejecutado los metrados establecidos, ejecución que será pagada mediante valorizaciones de los trabajos efectivamente ejecutados. A ello, agregó esta parte, que de las planillas de metrados que sustentaron el adicional del CONSORCIO, la diferencia radica entre las progresivas 13+332 – 13+630, donde se consideró 60% de material suelto, 30% de roca suelta y 10% de roca fija, lo que eleva el monto del adicional de obra.
62. A su vez, la ENTIDAD rechaza la pretensión subordinada al pago del adicional de obra, por concepto de enriquecimiento sin causa. A criterio de la ENTIDAD no puede solicitarse el pago sino se ha demostrado fehacientemente de que se hayan realizado los trabajos y que estos le resultaron onerosos por condiciones no previstas en el CONTRATO.
63. Más aún, la ENTIDAD consideró que la controversia surge por la excesiva expectativa de las utilidades por parte del CONSORCIO, sobre la ejecución de partidas de movimiento de tierras previstas en el proyecto.
64. Reitera la ENTIDAD que, no existe modificación a las especificaciones técnicas y que el informe del ingeniero David Moncca surgió como necesidad ante la discrepancia del CONSORCIO con la valorización de la clasificación del material de corte de las explanaciones para las valorizaciones N° 2 y 3 realizadas por la Supervisión y principalmente por el informe “Clasificación de Materiales y Estabilidad de Taludes en Obra: Irrigación Cerezal-Las Juntas-Perico” presentado por el CONSORCIO, donde constan pretensiones que pusieron en riesgo la continuidad de la ejecución de obra.
65. De manera previa a la aprobación del adicional de obra N° 2, la ENTIDAD indicó que con fecha 28 de junio de 2012, a solicitud del CONSORCIO, se realizó una reunión de trabajo entre funcionarios de ésta y personal directivo, en la ciudad de Chiclayo. Uno de los principales temas de agenda fue que ambos geólogos, el ingeniero Romero y el ingeniero Moncca expondrían y debatirían sus posiciones, sin embargo, solamente se presentó el ingeniero Moncca, lo que frustró el debate.
66. Finalmente, la ENTIDAD declaró que al no haber pago pendiente no procede el pago de intereses reclamados por el CONSORCIO. Igualmente, señaló que ha venido actuando de buena fe, siendo al CONSORCIO a quien le corresponde asumir el pago de costos y costas.

## **V. DEL EXPEDIENTE CONSOLIDADO S55-2013**

### **V.1 DE LA DEMANDA DEL CONSORCIO**

67. El CONSORCIO a través del escrito presentado el 3 de abril de 2013, formuló las siguientes pretensiones de su nueva demanda en el Expediente S55-2013 que se consolidó a los presentes actuados:
  - Primera Pretensión Principal: Se tenga por aprobada y consentida la Liquidación de Obra presentada por el CONSORCIO con fecha 11 de enero de 2013, mediante Carta N° 01-CONSORCIO RIO MAYO, la misma que contempla un saldo a favor, ascendente



a la suma de S/. 2, 957,304.81 (Dos millones novecientos cincuenta y siete trescientos cuatro con 81/100 Nuevos Soles).

- Primera Pretensión Accesorio a la Primera Pretensión Principal: Se ordene el pago del saldo a favor establecido en la Liquidación Final de la Obra presentada con fecha 11 de enero de 2013, mediante Carta N° 01-CONSORCIO RIO MAYO, la misma que contempla un saldo a favor nuestro, ascendente a la suma de S/. 2, 957,304.81 (Dos millones novecientos cincuenta y siete trescientos cuatro con 81/100 Nuevos Soles), con expreso reconocimiento de los intereses legales devengados desde la fecha de presentación de la solicitud arbitral hasta la fecha efectiva de pago.
- Segunda Pretensión Accesorio a la Primera Pretensión Principal: Se ordene a la ENTIDAD que cumpla con formalizar y emitir la respectiva Resolución de Liquidación de Ejecución de Obra, en la que quede expresamente señalado que la aprobación de la Liquidación de Ejecución de Obra presentada por el CONSORCIO, así como el saldo a favor del CONSORCIO, S/. 2, 957,304.81 (Dos millones novecientos cincuenta y siete trescientos cuatro con 81/100 Nuevos Soles).
- Primera Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal: En el negado supuesto que no se reconozca – en todo o en parte – la primera pretensión principal, se reconozca el monto omitido por concepto de enriquecimiento sin causa de la ENTIDAD en perjuicio del CONSORCIO, al tratarse de prestaciones efectivamente ejecutadas por, siendo que toda pretendida reducción de la liquidación por S/. 749,708.20 (setecientos cuarenta y nueve mil con setenta y ocho con 20/100) corresponde a un indebido enriquecimiento de la ENTIDAD.
- Tercera Pretensión Principal: La ENTIDAD devuelva las garantías que sustentaron el presente contrato, así como reconozca los costos financieros por el mantenimiento y renovación de las mismas, contado desde la fecha en la que se desestimó la liquidación, hasta la fecha efectiva de devolución, incluidos los intereses legales que se devenguen hasta la fecha efectiva de pago.

El CONSORCIO no está obligado a soportar el mayor costo de las cartas fianzas, por la negativa de la ENTIDAD de reconocer el saldo a favor establecido en la liquidación de obra.

- Quinta Pretensión Principal: Se reconozca y se ordene el pago a favor del CONSORCIO, por la demora innecesaria a la solución de las presentes controversias como el perjuicio causado por los gastos de pagos a las empresas asesoras para el proceso arbitral; gastos por los pagos de personal administrativo y técnico, al haberse excedido los plazos contractuales tal y como lo estipula los artículos 1969° y 1985° del código civil, así como las utilidades dejadas de percibir.
- Sexta Pretensión Principal: Se efectúe expresa condena de costas y costos del proceso a la parte demandada.

**68.** Con fecha 11 de enero de 2013, el CONSORCIO remitió la Liquidación de Obra; mientras que a través de la Carta N°16-2013-AG-PEJSIB-6401, la ENTIDAD les comunico una nueva liquidación de obra señalando que, de manera previa a la liquidación, debían

resolverse las controversias a través del laudo. El CONSORCIO dejó constancia que la ENTIDAD en ningún momento les notificó acto resolutorio debidamente fundamentado, tal como lo requiere el artículo 42 de la LEY.

69. Así, como primer argumento de la ENTIDAD, esta parte expresó mediante Carta Notarial N° 016-2013-AG-PEJSIB-6401 de fecha 11 de marzo de 2013 que previamente a la liquidación del CONTRATO, debían resolverse las controversias pendientes. El CONSORCIO aclaró que al momento de presentar estas pretensiones hay arbitrajes paralelos, hecho que no impide que realice un reclamo por los demás temas derivados de la ejecución de la obra, solicitando la acumulación de sus pretensiones.
70. Sin perjuicio de ello, sobre los conceptos de la liquidación, el CONSORCIO aseguró que la ENTIDAD no pretende reconocer los mayores metrados ejecutados, pero sí imponer deductivos, que resultan extemporáneos. Además, la realidad según el CONSORCIO demuestra que existen mayores metrados, hecho que no ha sido desconocido por la ENTIDAD.
71. Respecto a los montos, el CONSORCIO reiteró los argumentos que sustentan su pedido de ampliación de plazo N° 3 vinculados al adicional de obra N° 2. Recordó que su derecho había sido reconocido pero un plazo menor al solicitado.
72. Respecto a las cartas fianza entregadas, el CONSORCIO afirmó que la ENTIDAD mantenía en su poder la(s) Fianza(s) de Fiel Cumplimiento N° 010316487000, 503535176, 2012/00095-00 y 4410032279 emitidas por el Scotiabank, Banco Financiero, Banco de Comercio y Banco Interamericano de Finanzas respectivamente, cuyo monto a la fecha de la demanda ascendía a S/. 100,0000, S/. 69,809.81, S/. 156,421.07 y S/. 326,230.90 Soles, con una comisión ascendente al 3% y 4.5% de tasa efectiva anual bancarizada; y que sumado a los más de 270 días que vienen renovándose hacen un gasto adicional total de S/. 22,020.58 Soles.
73. Asimismo, hizo hincapié en el monto correspondiente a la Fianza por Adelanto de Materiales N° 0011-0380-9800144161-31 y 503675740 emitidas por el BBVA y el Banco Financiero, cuyo monto era de S/. 652,461.76 Soles, con una comisión ascendente al 3% y 4.5% de tasa efectiva anual bancarizada, que sumado a los más de 90 días de renovación hacían un gasto adicional total de S/. 23,596.25 Soles, cobro por renovación mensual y renovación mensual consecutivamente.
74. Debido a que la ENTIDAD custodiaba las referidas cartas fianzas de manera ilegal, en opinión del CONSORCIO, es que manifestó incurre en mayores gastos para la renovación y mantenimiento de las mismas, correspondiendo una indemnización por todos los gastos que demandan la renovación de dichas fianzas, cuya tasa anual es del 3% del monto afianzado, suma que debe pagarse de forma trimestral y que corresponde ser trasladada a la ENTIDAD por la negativa de reconocer el saldo a favor establecido en la liquidación de obra.
75. De otro lado, en relación al procedimiento que debe seguirse para la liquidación de obra, el CONSORCIO sostuvo que en cuanto a la forma del acto mediante el cual se expresó el pronunciamiento de la ENTIDAD, este ha sido un documento suscrito por un funcionario en el que no se hace referencia a resolución o acuerdo de carácter institucional que le de

origen, por lo que no cumple con lo señalado en el tercer párrafo del artículo 42 de LEY en el entendido que la exigencia legal acotada apunta a que dicho pronunciamiento emane de autoridad o estamento con facultades suficientes, hecho que ocasionaría la nulidad del acto administrativo.

76. Por último, el CONSORCIO indicó que la falta de pago de las valorizaciones derivadas del CONTRATO, así como de los adicionales de obra configurarían un enriquecimiento sin causa, de acuerdo al artículo 1954 del Código Civil. Igualmente, esta parte solicitó el pago de intereses por los conceptos que deben pagarse a su favor, así como la condena de costos y costas para la ENTIDAD.

## **V.2 DE LA CONTESTACIÓN DE DEMANDA DE LA ENTIDAD**

77. Con relación al reconocimiento de la liquidación final del CONTRATO y pretensiones accesorias, la ENTIDAD señaló que devienen en improcedente, conforme al último párrafo del artículo 211º del REGLAMENTO que indica: *“No se procederá a la liquidación mientras existan controversias pendientes de resolver”*.
78. En este caso, la ENTIDAD indicó que existe una demanda arbitral instaurada por el CONSORCIO de fecha 31 de julio de 2012, referida a resolver 18 pretensiones, siendo las más relevantes por ejemplo la segunda pretensión que cuestiona la Resolución Directoral N° 136-2012-AG-PEJSIB-6401 relacionada a la aprobación del presupuesto del adicional de obra N° 02, la quinta pretensión que está referida al reconocimiento de costos por variación de clasificación de rocas, así como la primera pretensión accesoria a la quinta y/o sexta pretensión principal, relacionada al reconocimiento de mayores metrados ejecutados o por ejecutarse y el abono a favor del CONSORCIO de la retribución correspondiente, entre otras.
79. Por tal razón, existen pretensiones pendientes de resolver por el Tribunal Arbitral, de manera que en aplicación de lo que establece el último párrafo del artículo 211º del REGLAMENTO las pretensiones deben ser desestimadas.

## **VI. DEL DESARROLLO DEL PRESENTE ARBITRAJE**

80. Con fecha 31 de julio de 2012, el CONSORCIO presentó su escrito de demanda arbitral, la misma que fue subsanada con fecha 8 de agosto de 2012.
81. Con fecha 28 de agosto de 2012, el CONSORCIO interpone demanda arbitral y solicita la acumulación del proceso.
82. Con fecha 10 de octubre de 2012, el CONSORCIO presentó una segunda acumulación del proceso.
83. Con fecha 26 de octubre de 2012, la ENTIDAD absolvió el traslado de las pretensiones formuladas mediante escritos de fecha 31 de julio y 28 de agosto de 2012.
84. Con escrito presentado el 8 de mayo de 2013, el CONSORCIO solicitó una medida cautelar de no innovar, para que se ordene a la ENTIDAD no ejecutar el saldo de obra derivado del

CONTRATO. Mediante Resolución N° 2-Cuaderno Cautelar se declaró infundada esta solicitud.

85. Mediante escrito del 25 de junio de 2013, la ENTIDAD absolvió el traslado de las pretensiones formuladas mediante escrito de demanda recaído en el expediente consolidado.
86. Con fecha 18 de marzo de 2013 se realizó la Audiencia de Instalación con la presencia de cada una de las partes, así como del Tribunal Arbitral conformado por los señores Zoila Milagros Campos Loo (Presidenta), Carlos Luis Ruska Maguiña y Luis Alfredo León Segura.
87. Con fecha 26 de junio de 2013 se realizó una primera Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos. En ese acto, se dejó constancia que las partes habían acordado acumular el proceso iniciado con aquel signado con el número de expediente S055-2013, seguido entre las mismas partes y administrado también por el Sistema Nacional de Arbitraje del OSCE, lo que fue aceptado por el Tribunal Arbitral. Sobre el particular, mediante Resolución N° 7 del 7 de febrero de 2014, los árbitros precisaron que este acuerdo de las partes constituía una consolidación de arbitrajes.
88. Ante la consolidación de los procesos, con fecha 27 de febrero de 2014, se realizó la Audiencia de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios probatorios estableciéndose como puntos controvertidos finales del proceso los siguientes:

**A) Puntos controvertidos de la demanda presentada por el Contratista con fecha 31 de julio de 2012.**

1. Determinar si corresponde declarar la existencia de errores en el Expediente Técnico del presente contrato y si corresponde solucionarlos a la Entidad, como propietaria del mismo, específicamente errores en los metrados contemplados para las actividades de movimiento, excavación y remoción de roca o cualquier otro tipo de material de desecho.
2. Determinar si la Entidad, mediante Resolución Directoral N° 136-2012-AGPEJSIB-6401 (notificada a la Contratista con fecha 10 de julio de 2012, mediante Carta 194-2012-AG-PEJSIB-6401), ha hecho suyo el informe elaborado por David Mocca Simón en cuya pagina 15, se varia la definición de clasificación de roca.
3. Determinar si la variación de la clasificación de roca dispuesta por la Entidad mediante Resolución Directoral N° 136-2012-AG-PEJSIB-6401 (notificada Carta 194-2012-AG-PEJSIB-6401, constituirá un cambio de las condiciones con las cuales el Contratista se presentó al presente proceso de selección y obtuvo la Buena Pro.
4. Determinar si corresponde imputar la responsabilidad al Contratista por los eventuales o ciertos errores del expediente técnico o si corresponde ordenar que los mismos sean asumidos por la Entidad, sin perjuicio de su derecho de repetir contra el proyectista.

5. Determinar si la supuesta variación de la clasificación de roca efectuada por la Entidad conforme a la página quince del informe del Ing. David Moncca Simón, no puede afectar los metrados ejecutados por el Contratista con anterioridad a la decisión de la Entidad de hacer suyo el informe y criterio de evaluación de dicho profesional. Asimismo, determinar si debe reconocerse al Contratista los costos que se deriven de la clasificación establecida en las Bases y expediente técnico del proceso de selección y de la obra.
6. Determinar si la supuesta variación de la clasificación de roca efectuada por la Entidad conforme a la página quince (15) del informe del Ing. David Moncca Simón pudo afectar incluso los metrados que se ejecuten con posterioridad a la decisión de la Entidad de hacer suyo el informe y criterio de evaluación de dicho profesional debiendo tenerse en cuenta que en tanto la Entidad, como el Contratista se encuentran sujetos de modo obligatorio a lo expresamente contemplado en las bases del proceso de selección y de los documentos que integran el contrato. Asimismo, determinar si carecen de efecto las Resoluciones Directorales N° 1382012-AG-PEJSIB 6401 y N° 138-2012-AG-PEJSIB-6401 por cuanto pretenderían valorizar mayores metrados o establecer deductivos, sobre la base de supuestamente desconocer la metodología aprobada en el Expediente Técnico para la clasificación de roca y material.

**Punto controvertido accesorio a los puntos controvertidos 5 y 6**

7. Determinar si corresponde reconocer el derecho del Contratista a que sean considerados roca, roca suelta, y material suelto y si, en consecuencia, corresponde que se le reconozcan los mayores metrados ejecutados o por ejecutarse, abonándose al Contratista la retribución correspondiente conforme a la clasificación establecida en el ítem A-2 Clasificación de Excavaciones del Expediente Técnico, que constituye parte del contrato y es obligatorio para ambas partes.

**Punto controvertido accesorio a los puntos controvertidos 5 y 6**

8. Determinar si corresponde calcular el íntegro del monto ejecutado y si este deberá ser reconocido y pagado al Contratista por mayores metrados, conforme a la clasificación establecida en el ítem.A.2 Clasificación de Excavaciones del Expediente Técnico.

**Punto controvertido accesorio a los puntos controvertidos 5 y 6**

9. Determinar si corresponde dejar sin efecto las Resoluciones Directorales N° 136-2012-AG-PEJSIB-6401 y N° 138-2012-PEJSIB-6401, la Carta 194°-2012-AGPEJSIB-6401 (notificada al Contratista el 11 de julio de 2012), así como los demás documentos administrativos emitidos por la Entidad todos ellos únicamente en el extremo que establecen una forma de clasificación de roca que difiere de lo establecido en el Expediente Técnico y afectan los montos a ser reconocidos al Contratista por trabajos efectuados o por efectuarse dejando a salvo el resto de su contenido.

**Punto controvertido accesorio a los puntos controvertidos 5 y 6**

10. Determinar si corresponde que, en el hipotético supuesto que se desestime el pago al Contratista de los montos que corresponda a las excavaciones de roca conforme a los criterios y metodología establecidos en el expediente técnico que forma parte del contrato que los mismos no sean reconocidos al Contratista por concepto de enriquecimiento sin causa.
11. Determinar si corresponde dejar sin efecto la Resolución Directoral 141-2012-AGPEJSIB-6401 del 13 de julio de 2012 y demás documentos administrativos relacionados por los cuales se declara improcedente la paralización de obra dispuesta por el Contratista por cuanto no se habrían solucionado las discrepancias en torno a la clasificación de roca que habría motivado la primera paralización (que habría sido aceptada por la Entidad)

**Punto controvertido subordinado al punto controvertido 7**

12. Determinar si corresponde que, en el hipotético supuesto que no se considere la existencia de discrepancias entre las partes en torno a la clasificación de roca como causal de paralización de obra se tenga en cuenta los demás hechos relevantes, imputados a terceros que motivaron tal decisión del Contratista.
13. Determinar si corresponde conceder al Contratista la ampliación de plazo N° 02 por 46 días calendarios por cuanto existirían defectos y vicios que supuestamente debieron ser asumidos por la Entidad. Asimismo, determinar si corresponde dejar sin efecto la Resolución Directoral N° 140-2012-AG-PEJSIB-6401 del 13 de julio de 2012 y la Carta 210-2012-AG-PEJSIB-6401, que habría desestimado el pedido del Contratista basado en la supuesta inexistencia de discrepancias en torno a la clasificación de roca.
14. Determinar si corresponde declarar que, en el hipotético supuesto que no se considere pertinente el otorgamiento de la ampliación de plazo N° 02 en todo o en parte, el mayor tiempo transcurrido habría sido sin culpa del Contratista, en razón de la existencia de hechos que ameritan un grado de incertidumbre o imprecisión sobre el reconocimiento de trabajos considerados roca, roca suelta y material u otros indicados por el Contratista que implicarían una imputabilidad del mayor plazo transcurrido.

**Punto controvertido accesorio a los puntos controvertidos 13 y 14**

15. Determinar si corresponde reconocer al Contratista los gastos generales por 46 días calendarios generados por las dos pretensiones anteriores.
16. Determinar si corresponde declarar que el mayor plazo que transcurra entre la fecha de interposición de la demanda y la restitución a que se respeten las condiciones originales del proceso en cuanto a la clasificación de roca, será sin culpa del Contratista, con expreso reconocimiento de gastos generales.

17. Determinar si corresponde reconocer al Contratista los intereses legales por todos los montos adeudados, computados desde la fecha en la que se debió efectuarse el pago, hasta la fecha de su pago efectivo.
18. Determinar a quién y en qué proporción corresponde el pago de los costos del proceso arbitral.

**B) Puntos controvertidos de la acumulación de pretensiones presentada por el Contratista con fecha 28 de agosto de 2012.**

1. Determinar si corresponde reconocer al Contratista su ampliación de plazo de 18 a los 64 días calendarios, que hubiera solicitado mediante solicitud de ampliación de plazo N° 03 y si, en consecuencia, corresponde rectificar lo resuelto por la Entidad en la Resolución Directoral N° 155-2012-AG-PEJSIB-6401 y Carta N° 232-2012-AG-PEJSIB-6401.

**Punto controvertido accesorio al punto controvertido 1**

2. Determinar si corresponde reconocer al Contratista el íntegro de los gastos de generales que se devenguen por el total de días de ampliación de plazo que se le otorgue, más los intereses legales que correspondan hasta la fecha efectiva de pago.

**Punto controvertido subordinado al punto controvertido 1**

3. Determinar si, en el supuesto que se desestime el pedido del Contratista de ampliación de plazo N° 03 de 18 a 64 días, corresponde declarar que dicho lapso de 46 días es sin culpa del Contratista, es decir no sería un retraso imputable al Contratista.

**Punto controvertido accesorio al punto controvertido 3**

4. Determinar si, como consecuencia del punto controvertido anterior corresponde declarar que el citado lapso de 46 días no generará penalidad alguna por mora en perjuicio del Contratista.

**Punto controvertido accesorio al punto controvertido 3**

5. Determinar si, como consecuencia del tercer punto controvertido, corresponde reconocer al Contratista todos los gastos y el costo directo en que hubiera incurrido en los citados 46 días, más los intereses legales que correspondan hasta la fecha efectiva de pago.

**C) Puntos controvertidos de la acumulación de pretensiones presentada por el Contratista con fecha 10 de octubre de 2012.**

1. Determinar si corresponde dejar sin efecto la Resolución N° 179-2012-AGPEJSIB-6401 y la Carta N° 277-2012-AG-PEJSIB-6401, las mismas que fijan como monto del presupuesto adicional de obra N° 3 la suma de S/ 480,814.96 (Cuatrocientos

ochenta mil ochocientos catorce y 96/100 nuevos soles) y un porcentaje de incidencias con relación al monto del contrato principal de 4.99%.

2. Determinar si corresponde declarar como pago por el presupuesto adicional N° 03 el monto de S/ 590,586.30 (Quinientos noventa mil quinientos ochenta y seis y 30/100 nuevos soles) y un porcentaje de incidencias con relación al monto del contrato principal de 9.05% ello debido a los mayores metrados de las partidas contractuales, desde la progresiva 9 + 000 a la progresiva 18 + 800, por el replanteo de obra debido a la supuesta deficiencia del Expediente Técnico, quedando pendiente el tramo 9 + 500 a la 10 +160.

**Punto controvertido subordinado a los puntos controvertidos 1 y 2**

3. Determinar si, en el supuesto que se desestime la primera o segunda pretensiones anteriores, corresponde ordenar que la Entidad pague al Contratista la suma de S/ 590,586.30 (Quinientos noventa mil quinientos ochenta y seis y 30/100 nuevos soles) por concepto de enriquecimiento sin causa.
4. Determinar si la Entidad puede variar o no de manera unilateral los precios previamente establecidos, así como variar las especificaciones técnicas pactadas por las partes.
5. Determinar si corresponde ordenar que la Entidad pague al Contratista los intereses legales por todos los montos adeudados, computados desde la fecha en la que se debió efectuarse el pago, hasta la fecha de pago efectivo.

**D) Puntos controvertidos de la demanda presentada por el Contratista con fecha 3 de abril de 2013 (la misma que generó el Expediente N° S055-2013-SNAVOSCE.**

1. Determinar si corresponde tener por aprobada y consentida la Liquidación de Obra presentada por el Contratista con fecha 11 de enero de 2013, mediante Carta N° 01-CONSORCIO RIO MAYO, la misma que contempla un saldo a favor del Contratista ascendente a la suma de S/ 2'957,403.81 (Dos millones novecientos cincuenta y siete mil cuatrocientos tres y 81/100 soles).

**Punto controvertido accesorio al punto controvertido 1**

2. Determinar si corresponde ordenar el pago inmediato a la Entidad del saldo a favor establecido en la liquidación final de la obra presentada por el Contratista con fecha 11 de enero de 2013, mediante Carta N° 01-CONSORCIO RIO MAYO, la misma que contempla un saldo a favor del Contratista ascendente a la suma de S/ 2'957,403.81 (Dos millones novecientos cincuenta y siete mil cuatrocientos tres y 81/100 soles) con expreso reconocimiento de los intereses legales devengados desde la fecha de presentación de la solicitud arbitral hasta la fecha efectiva de pago.

3. Determinar si corresponde ordenar que la Entidad cumpla con formalizar y emitir la respectiva Resolución de la Liquidación de Obra, siendo que en dicha Resolución debe quedar expresamente señalada la aprobación de la liquidación de ejecución de obra presentada por el Contratista, así como el saldo a favor del Contratista establecido en la misma, saldo que asciende a la suma de S/ 2'957,403.81 (Dos millones novecientos cincuenta y siete mil cuatrocientos tres y 81/100 soles).

**Punto controvertido subordinado al punto controvertido 1**

4. Determinar si, en caso no se reconozca al Contratista – en todo caso o en parte – la pretensión contenida en el primer punto controvertido, corresponde reconocer al Contratista el monto omitido por concepto de enriquecimiento sin causa de la Entidad en perjuicio del Contratista, pues se trataría de prestaciones efectivamente ejecutadas por el Contratista en favor de la Entidad, siendo que toda pretendida reducción de la liquidación del Contratista por S/ 749,708.20 (Setecientos Cuarenta y Nueve Mil Setecientos Ocho y 20/100 soles) correspondería a un indebido enriquecimiento de la Entidad en perjuicio del Contratista.
  5. Determinar si corresponde ordenar que la Entidad devuelva al Contratista las garantías que sustentaron el presente Contrato, así como le reconozca los costos financieros por el mantenimiento y renovación de las mismas contado desde la fecha en que se desestimó la liquidación del Contratista, hasta la fecha efectiva de la devolución, incluidos los intereses legales que se devenguen hasta la fecha efectiva de pago.
  6. Determinar si corresponde se reconozca y se ordene el pago a favor del Contratista, por la demora innecesaria a la solución de las presentes controversias como el perjuicio causado por los gastos de pagos a las empresas asesoras para el proceso arbitral, gastos por los pagos de personal administrativo y técnico al haberse excedido los plazos contractuales tal y como estipulan los artículos 1969° y 1985° del Código Civil, así como las utilidades dejadas de percibir.
  7. Determinar si corresponde efectuar expresa condena de los costos y costas del proceso arbitral a la Entidad.
- 89.** Mediante Resolución N° 8 del 10 de abril de 2014 se tuvo presente el escrito de renuncia presentado por el árbitro Luis Alfredo León y se dispuso la suspensión de las actuaciones arbitrales hasta la reconfirmación del Tribunal Arbitral. Con Resolución N° 9 del 22 de mayo de 2014 se tuvo por designado al árbitro José Antonio Trelles Castillo y se levantó la suspensión.
- 90.** Con fecha 6 de noviembre de 2014, se realizó la Audiencia de Ilustración sobre los puntos en controversia abordados en la Audiencia de Puntos Controvertidos de fecha 27 de febrero de 2014 del literal A1, A2, A3, A4, A5, A6, A7, A8, A9, A10, A11 y A12 respecto a los siguientes aspectos: a) errores en el expediente técnico; b) variación de la clasificación de roca suelta a material suelto; c) mayores metrados y d) enriquecimiento sin causa.

91. Con fecha 20 de noviembre de 2014, se realizó la Audiencia de Ilustración sobre los puntos en controversia abordados en la Audiencia de Puntos Controvertidos de fecha 27 de febrero de 2014 del literal C1, C2, C3, C4, C5, D1, D2, D3, D4, D5 y D6 respecto a los siguientes aspectos: a) presupuesto adicional N° 03; b) enriquecimiento sin causa; c) variación de precios; d) liquidación de obra.
92. Mediante Resolución N° 33 del 12 de julio de 2017 se dejó constancia de la entrega del informe pericial elaborado por el ingeniero Hebert Sotelo Aedo. Luego que las partes cumplieran con cancelar los honorarios profesionales del referido profesional se corrió traslado a ambas del informe pericial mediante Resolución N° 35 del 5 de octubre de 2017.
93. Con fecha 14 de febrero de 2018, se realizó la Audiencia de Sustentación de Pericia.
94. Con fecha 21 de enero de 2020, se realizó la Audiencia de Informes Orales.
95. Con fecha 13 de febrero de 2020, mediante Resolución N° 45 se fijó plazo para laudar por veinte (20) días hábiles, el mismo que fue prorrogado por quince (15) días adicionales a discreción de los árbitros, el mismo que vencerá el 31 de julio de 2020, sobre la base de lo dispuesto en la Resolución N°46.

## **VII. CONSIDERACIONES PARA EL ANALISIS DEL PRESENTE PROCESO ARBITRAL**

96. El Tribunal Arbitral, al momento de evaluar y resolver el presente caso, tiene en cuenta la prelación normativa dispuesta en la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por el Decreto Legislativo N° 1017 (en adelante la LEY) y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF (en adelante el REGLAMENTO) y las Directivas que apruebe OSCE para tal efecto, supletoriamente regirán las normas procesales contenidas en el Decreto Legislativo N°1071, Ley de Arbitraje.
97. Los medios probatorios deben tener por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes y producir certeza en el juzgador respecto a los puntos controvertidos, de acuerdo a los principios generales de necesidad de la prueba, originalidad de la prueba, pertinencia y utilidad de la prueba, entre otros; por su parte, el artículo 43° del Decreto Legislativo N° 1071 que regula el Arbitraje, otorga a los árbitros, de manera exclusiva, la facultad plena de determinar el valor de las pruebas.
98. El ordenamiento jurídico peruano, en lo que se refiere a los contratos, establece que estos son de obligatorio cumplimiento para las partes, tal como lo recoge el segundo párrafo del artículo 142° del REGLAMENTO.
99. Es preciso dejar claramente establecido que éste como todos los casos que se sustentan en un contrato debe ser resuelto con sujeción al principio de la autonomía de las partes que, en forma fundamental, inspira el derecho contractual, principio que ha sido recogido en el artículo 62° de nuestra Constitución Política, además de la Ley, dentro de los alcances que establece el artículo 1° de la LCE y al amparo de los Principios que rigen las contrataciones consagrados en el artículo 4° de la citada ley, aplicable al presente caso.
100. Asimismo, debe tenerse en cuenta lo dispuesto por los artículos 1352°, 1354° y 1356° del Código Civil que consagran el principio de la consensualidad, de libertad contractual y

el carácter obligatorio de las disposiciones contractuales, respectivamente. Al respecto, el artículo 1361° del Código Civil declara como principio rector que *“los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos”* y el artículo 1362° del mismo cuerpo normativo prescribe que *“los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes”*.

101. Por su parte, el artículo 1352° del Código acotado, establece que *“los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes, excepto aquellos casos que, además, deben observar la forma señalada por ley bajo sanción de nulidad”*; en igual sentido, el artículo 1373° del citado cuerpo normativo dispone que *“el contrato queda perfeccionado en el momento y lugar en que la aceptación es conocida por el oferente”*.
102. Todas estas disposiciones consagran el principio jurídico rector de la contratación (*“pacta sunt servanda”*), base del derecho obligacional y contractual que compromete a las partes a cumplir de buena fe las obligaciones pactadas de un contrato.
103. Los principios de fuerza obligatoria del contrato, buena fe y común intención de las partes sostienen que los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos, presumiéndose legalmente que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes. En tal sentido, quien niega dicha coincidencia debe probarla.
104. Conforme se ha indicado anteriormente, en materia de probanza todo aquel que alega un hecho debe de probarlo, sin perjuicio de que el Tribunal Arbitral pueda solicitar y actuar pruebas adicionales si considera que lo requiere. A tales efectos, este Tribunal Arbitral a lo largo del arbitraje ha analizado la posición de las partes, sus alegaciones y las pruebas que han aportado al presente proceso.
105. Siendo ello así, corresponde al Tribunal Arbitral, establecer la secuencia lógica del presente laudo mediante la exposición ordenada de su criterio respecto a cada una de las pretensiones postuladas, atendiendo no solo a la argumentación propuesta por las partes sino también analizando las pruebas ofrecidas y actuadas respecto a cada una de dichas pretensiones.
106. Debe tenerse en cuenta que el Tribunal Arbitral evalúa las pruebas aportadas al proceso para determinar, en base a su valoración conjunta, las consecuencias que para las partes se deriven de haber probado o no sus respectivas alegaciones de acuerdo a derecho.
107. A los efectos de valorar las pruebas aportadas al presente proceso arbitral, que es uno de derecho, debe tenerse en cuenta, como ya se ha expresado, que la carga de la prueba corresponde a quien alega determinado hecho.
108. De la revisión de los escritos presentados por las partes, las pruebas aportadas y las posteriores actuaciones en el marco del presente proceso arbitral, se aprecia la existencia de un vínculo contractual válido y eficaz entre las partes sustentado en el convenio marco.

## VIII. DE LOS PUNTOS EN CONTROVERSIA ENTRE LAS PARTES

109. En atención a las posiciones de las partes sobre los fundamentos de hecho y derecho de la controversia recogidos en sus escritos en el presente proceso arbitral, el Tribunal Arbitral, determinó en la Audiencia de Determinación de Puntos Controvertidos, Admisión de los Medios Probatorios que al momento de analizar los puntos controvertidos estos no se resolverán necesariamente en el orden que están enunciados.
110. 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, así como el dispuesto de oficio, 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 tomada en cuenta para su decisión o no haya sido valorada, por lo que el Tribunal Arbitral deja establecido que en aquellos supuestos en los que este laudo hace referencia a algún medio probatorio o hecho en particular, lo hace atendiendo a su estrecha vinculación, trascendencia, utilidad y pertinencia que a criterio del Tribunal Arbitral tuviere respecto de la controversia materia de análisis.
111. Asimismo, cabe precisar que los medios probatorios deben tener por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el Tribunal Arbitral respecto a los puntos controvertidos y fundamentar las decisiones, conforme a los principios generales de la prueba: necesidad, originalidad, pertinencia y utilidad. Como ha sido señalado en el precedente, los medios probatorios deben ser valorados por el Tribunal Arbitral de manera conjunta, utilizando su apreciación razonada y, si no se prueban los hechos que fundamentan sus pretensiones, éstas deberán ser declaradas infundadas.
112. El Tribunal Arbitral, al momento de evaluar y resolver el presente caso, tiene en cuenta la prelación normativa dispuesta en el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral. Como se dejó constancia anteriormente en este mismo laudo, se aplicará la LCE y el RLCE y, supletoriamente
113. Finalmente, se debe tener en cuenta que, de conformidad con lo establecido en el artículo 43° del Decreto Legislativo que norma el Arbitraje, el Tribunal Arbitral tiene la facultad de determinar, de manera exclusiva, la admisibilidad, pertinencia, actuación y valor de las pruebas.

## **IX. ANALISIS DE LOS PUNTOS EN CONTROVERSIA**

114. Atendiendo a lo señalado, corresponde ahora analizar estrictamente los puntos en controversia.

### **IX.1 PUNTOS CONTROVERTIDOS DE LA DEMANDA PRESENTADA CON FECHA 31 DE JULIO DE 2012z**

115. El sustento de los primeros seis puntos controvertidos ha sido expuesto por el CONSORCIO de manera conjunta, como se resume a continuación:

- El 25 de mayo de 2012 presentó el Presupuesto de adicional de obra N° 2 por mayores metrados entre las progresivas 0+00 al 9+00 no contemplados en el expediente técnico.
- El cálculo del presupuesto presentado por el CONSORCIO se desarrolló conforme al Informe de clasificación de materiales y estabilidad elaborado por el ingeniero Néstor Romero, quien fue contratado por el CONSORCIO.
- Al aprobarse el adicional de obra N° 2 existió una gran diferencia del monto, en contra del CONSORCIO. Este problema surgió por la contratación del ingeniero David Moncca Simón por parte de la ENTIDAD, quien emite un informe sin sustento, en el que varía la clasificación de la roca.
- Ese hecho varía unilateralmente la metodología para valorizar y cuantificar el monto, así como las condiciones que determinaron la elaboración de la estructura de costos.

**116.** La ENTIDAD negó cada uno de estos argumentos, precisando, en resumen, lo siguiente:

- Debido a la discrepancia sobre la reclasificación de la roca contrató al ingeniero David Moncca Simón, de cuyo informe se concluyó que: (i) el material a excavar no es roca, sino material conglomerado o consolidado y a lo mucho podría encontrarse roca suelta que representaría el 10% de la totalidad del material a excavar y, (ii) la calificación del material a excavar y la calificación que se le da en el expediente técnico de la obra es la misma.
- Se indicó entonces que no había tal diferencia entre roca suelta y material suelto, por lo que las valorizaciones de los metrados no debían tener amplia diferencia.
- Además, el supervisor de obra detectó incongruencias en el presupuesto de adicional de obra N° 2.
- La variación en la clasificación de material no era la alegada y el informe del ingeniero Moncca no difería de los términos del CONTRATO.

**117.** De las exposiciones de las partes a lo largo del proceso y los documentos que obran en el expediente, se colige que, en efecto, con fecha 1 de febrero de 2012 las partes suscribieron el CONTRATO para la ejecución de la obra "Irrigación Cerezal – Las Juntas – Perico" ubicada en el distrito de Chirinos, provincia de San Ignacio, departamento de Cajamarca.

**118.** Mediante Resolución Directoral N° 122-2012-AG-PEJSIB-6401 del 14 de junio de 2012 se aprobó el adicional de obra N° 1, por la ejecución de mayores metrados en la Partida 2.01 Limpieza y Desbroce Manual de Terreno, por el monto de S/. 10,515.05 (Diez mil quinientos quince y 05/100 Soles), con un porcentaje de incidencia de 0.16% en relación al monto del CONTRATO original.

**119.** Posteriormente, se detectó la existencia de mayores metrados en las partidas de movimiento de tierras que se originaron como consecuencia de una reclasificación del material encontrado, que diera lugar al adicional de obra N° 2.

**120.** Se aprecia de autos que, el CONSORCIO realizó una reclasificación del material encontrado sustentado en el Informe Técnico de Clasificación de Materiales y Estabilidad de Talud suscrito por el ingeniero Néstor Romero Ramírez, cuyas conclusiones llevaron a esta parte a elaborar su informe sobre el presupuesto adicional de obra N° 2 por un monto

de S/. 1,572 827.33 (Un millón quinientos setenta y dos mil ochocientos veintisiete y 33/100 soles). Dentro de sus conclusiones puede resaltarse que: “En lo que concierne a la clasificación de materiales en el Expediente Técnico, lo que en resumen determina que el 65% del tramo está conformado por roca suelta y el 35% complementario por materiales sueltos, en tanto nuestra reclasificación obtiene 80% de roca suelta y 20% de material suelto (...)”. Cabe precisar que, a criterio del CONSORCIO, estos mayores metrados eran consecuencia de la existencia de omisiones, errores o deficiencias en el expediente técnico.

121. En atención a ello, la ENTIDAD contrató al ingeniero David Moncca Simón para que emita un informe. Mediante carta del 22 de junio de 2012, el referido profesional remitió el Informe de Reclasificación de los materiales a lo largo del trazo del canal principal con fines de valorización de la obra. Este informe fue remitido al CONSORCIO con la Carta N° 1792012-AG-PEJSIB-6401 el 4 de julio de 2012. Dentro de sus conclusiones se estableció que: “(...) el denominado conglomerado consolidado no es ROCA, por tanto, su tratamiento en el movimiento masivo o especial de material deber ser considerado como MATERIAL SUELTO, sin embargo, atendiendo a la dificultad de excavación (...) se puede considerar del volumen excavado en este tipo de material un 10% como ROCA SUELTA”.
122. Conforme a ello, la ENTIDAD mediante Resolución Directoral N° 136-2012-AG-PEJSIB6401 de fecha 10 de julio de 2012 aprobó el Presupuesto Adicional de obra N° 2 por mayores metrados de la obra, en la ejecución de Partidas 3.01 Excavación de plataforma en material suelto, 03.05 Excavación de plataforma en roca suelta y 03.04 Excavación de caja de canal en roca suelta, por el monto de S/ 265,854.91 (Doscientos sesenta y cinco mil ochocientos cincuenta y cuatro y 91/100 soles) y un porcentaje de incidencia acumulada de 0.27% en relación al monto del CONTRATO original, es decir, un monto por debajo del presentado por el CONSORCIO.
123. Vinculado a ello, mediante Resolución Directoral N° 138-2012-AG-PEJSIB-6401 del 11 de julio de 2012, la ENTIDAD aprobó el Presupuesto Deductivo de obra N° 1 por menores metrados en la ejecución de las partidas 03.04 Excavación de caja de canal en material suelto, 03.11 Relleno compactado para plataforma, 03.15 eliminación de material excedente hasta 01km de distancia y 03.16 Eliminación de material excedente mayor a 01km de distancia, por el monto de S/ 258,588.08 (Doscientos cincuenta y ocho mil quinientos ochenta y ocho y 08/100 soles).
124. Es, entonces, sobre las diferencias halladas en el monto del presupuesto adicional de obra N° 2 debido a la reclasificación del material, que surgen las controversias que pasan a analizarse.

**Primera Pretensión Principal: Determinar si corresponde declarar la existencia de errores en el Expediente Técnico del presente contrato y si correspondería solucionarlos a la Entidad, como propietaria del mismo, específicamente errores en los metrados contemplados para las actividades de movimiento, excavación y remoción de roca o cualquier otro tipo de material de desecho.**

107. El CONSORCIO atribuye los mayores metrados encontrados en partidas vinculadas al movimiento de tierras y excavación a errores en el expediente técnico. A fin de determinar la procedencia de esta pretensión, se debe partir de considerar que el sistema de contratación al que obedece el CONTRATO es el de precios unitarios. Los sistemas de

contratación que contempla las normas de contrataciones del Estado han sido recogidos en el artículo 40 de la LEY, el cual sobre el sistema de precios unitarios establece lo siguiente:

**“Artículo 40.- Sistemas de Contratación**

*De acuerdo a lo establecido en el Artículo 26º, inciso e) de la Ley, las bases incluirán la definición del sistema de contratación.*

*(...)*

*2. Sistema de precios unitarios, tarifas o porcentajes, aplicable **cuando la naturaleza de la prestación no permita conocer con exactitud o precisión las cantidades o magnitudes requeridas.***

*En este sistema, el postor formulará su propuesta ofertando precios unitarios, tarifas o porcentajes en función de las partidas o cantidades referenciales contenidas en las Bases y que se valorizan en relación a su ejecución real y por un determinado plazo de ejecución.” (El resaltado es de los árbitros)*

125. En esa línea, puede indicarse que el sistema de contratación a precios unitarios es empleado cuando no puede determinarse con precisión los metrados que serán necesarios para ejecutar las partidas necesarias para la obra, por lo que estos metrados son establecidos solo de manera referencial. Al momento de elaborar su propuesta, el contratista oferta los precios unitarios en función a las características del proyecto que se encuentran comprendidas en los documentos del proceso de selección. Ya una vez que se encuentre ejecutando la obra, los metrados se valorizan conforme al avance real de aquellos necesarios para la obra, de acuerdo al precio fijado de cada partida.

126. En base a la doctrina, el sistema de precios unitarios puede ser entendido, de acuerdo al texto siguiente:

*“La característica significativa de un contrato de precio unitario es que, aunque las cantidades pueden variar (lo que significa que la compensación total pagada al contratista variará), el precio por unidad se fija en el momento en que se celebra el contrato y se pretende que permanezca sin cambios a lo largo de la ejecución de la obra.”<sup>1</sup>*

127. Resulta oportuno citar a Del Arco Torres y Pons Gonzales<sup>2</sup>, quienes señalan que “En este caso, **el precio total se supedita al montante de lo hecho**, a razón de un tanto por cada una, señalado de antemano. **Es decir, las partes convienen en fijar un precio a cada unidad de obra quedando el precio inalterable, aunque puede variar el número de unidades**”; precisando que en este tipo de contratos se determina “(...) el precio por unidad, **pero dejando sin concretar el número de unidades a ejecutar**; al término de las obras se paga según las cantidades ejecutadas.”

128. Podetti<sup>3</sup> indica que “Se trata de un sistema flexible en el precio y en la obra, **por cuanto ambos solo van a quedar definitivamente determinados al momento de la conclusión**

<sup>1</sup> FREIN, Joseph. Handbook of Construction Management and Organization. Segunda Edición, Van Nostrand Reinhold Company, Nueva York, 1980, p. 51.

<sup>2</sup> DEL ARCO TORRES, Miguel Ángel y PONS GONZÁLES, Manuel. *Derecho de la Construcción. Aspectos administrativos y civiles*, Granada: Editorial Comares S.L., séptima edición, 2006, página 135.

<sup>3</sup> PODETTI, Humberto, *Contrato de construcción*, Buenos Aires: Editorial Astrea, primera edición, 2004, páginas 254-255.

**de las obras**, circunstancia en la que recién podrán conocerse con exactitud la cantidad de unidades ejecutadas por el constructor y, del mismo modo, el precio definitivo a ser pagado por el comitente”.

129. Vargas Cantor<sup>4</sup> sostiene que “El valor total de los contratos de obra bajo el sistema de precios unitarios corresponde al que resulta de multiplicar la cantidad de obra inicialmente contratada, **y recibida a entera satisfacción**, por los precios unitarios fijados en la propuesta adjudicada”

130. Como determina la **Opinión N° 069-18/DTN** del OSCE “De esta manera, la anterior normativa de contrataciones del Estado establecía un sistema de contratación aplicable a aquellas contrataciones en las que el cálculo exacto de las cantidades o magnitudes de las prestaciones que debía ejecutar el contratista **resultaba inviable**, debido a las características particulares de tales prestaciones.

En tal sentido, se empleaba el sistema “de precios unitarios” cuando en un contrato de obra, los trabajos que debían ser ejecutados por el contratista estaban definidos; **más no sus metrados**<sup>5</sup> -es decir, el cálculo o la cuantificación por partidas de la cantidad de obra a ejecutar-, los cuales se encontraban consignados en el Expediente Técnico de Obra **de forma referencial.**”

131. Por su parte, la **Opinión N° 027-2017/DTN**, precisa que “**Cuando los trabajos realizados por el contratista** necesarios para cumplir el objeto de un contrato a precios unitarios, **superaban los metrados referencialmente consignados en el expediente técnico**, o en el supuesto que la cantidad de metrados que aparecía consignada en el presupuesto de obra, en la planilla de metrados de una determinada actividad o en otro de los documentos que formaba parte del Expediente Técnico, fuera menor o distinta a la realmente ejecutada, **la Entidad debía efectuar el pago según lo efectivamente ejecutado por el contratista, a través de la valorización correspondiente**, verificándose –previamente- la disponibilidad presupuestal respectiva”.

132. Adicionalmente, tomando en consideración los antecedentes del proceso arbitral, cabe citar la **Opinión N° 029-18/DTN**, relativa a la aprobación de presupuestos adicionales en obras bajo el sistema de precios unitarios, al precisar “De esta manera, tomando en cuenta que en las obras contratadas bajo el sistema “de precios unitarios”, la información contenida en los documentos del proceso de selección de dichas contrataciones tenían un carácter referencial, **no era posible cuantificar con exactitud los trabajos que debían ser realizados por el contratista; por lo que los metrados necesarios para una obra de esta naturaleza, así como el monto que debía ser pagado por la Entidad**, solo podían conocerse –en su totalidad- cuando el contratista ejecutaba la obra, considerando **los precios unitarios ofertados en función de las partidas y condiciones consignadas en el Expediente Técnico de Obra.**”

<sup>4</sup> VARGAS CANTOR, Edgar Fernando. *Las Obras Públicas, una visión pragmática del proceso general de contratación*, Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, primera edición, 2010, página 210.

<sup>5</sup> Conforme a la definición de “Metrado” contemplada en el numeral 31 del Anexo de Definiciones del anterior Reglamento.

*Al respecto, cabe precisar que, de acuerdo a la definición contemplada en el Anexo Único del anterior Reglamento, “Anexo de Definiciones”, las partidas<sup>6</sup> son las partes o actividades que conforman el “presupuesto de una obra”, el mismo que -conjuntamente con otros documentos de carácter técnico- integra el “Expediente Técnico de Obra”.*

*Por lo expuesto, puede colegirse que en los contratos de obra ejecutados bajo el sistema “de precios unitarios”, la Entidad debía efectuar el pago al contratista conforme a los metrados efectivamente ejecutados y de acuerdo a los precios unitarios ofertados por éste, en atención a las partidas y condiciones establecidas en el Expediente Técnico de la Obra.*

*Efectuadas las precisiones anteriores, corresponde señalar que el “Expediente Técnico de Obra”, en el marco de la anterior normativa de contrataciones del Estado<sup>7</sup>, estaba definido como “El conjunto de documentos que comprende memoria descriptiva, especificaciones técnicas<sup>7</sup>, planos de ejecución de obra, metrados, presupuesto de obra, fecha de determinación del presupuesto de obra, Valor Referencial, análisis de precios, calendario de avance de obra valorizado<sup>8</sup>, fórmulas polinómicas y, si el caso lo requiere, estado de suelos, estudio geológico, de impacto ambiental u otros complementarios”.*

*Como se observa, el Expediente Técnico de Obra estaba integrado por un conjunto de documentos de ingeniería y arquitectura que definían, principalmente, las características, alcance y la forma de ejecución de una obra, así como las condiciones del terreno en la que esta se iba a ejecutar. De ello se infiere que dicho expediente tenía por finalidad brindar información a los postores sobre el requerimiento de la Entidad, consistente en la ejecución de la obra y las condiciones del terreno, a efectos de que éstos pudieran realizar adecuadamente sus ofertas y, de llegar a ser contratistas, ejecutar la obra cumpliendo las obligaciones técnicas establecidas por la Entidad y la normativa vigente en materia de ejecución de obras.*

*En tal sentido, para cumplir con dicha finalidad, era necesario que los documentos que integraban el Expediente Técnico de la Obra fuera interpretados en conjunto<sup>9</sup> y que dichos documentos proporcionasen información suficiente, coherente y técnicamente correcta que permitiera formular adecuadamente las propuestas y ejecutar el contrato de obra en las condiciones requeridas por la Entidad y la normativa de la materia; ello considerando que la oferta ganadora, conjuntamente con los documentos derivados del proceso de selección, conformaba el contrato, cuyo cumplimiento era obligatorio para las partes<sup>10</sup>.*

<sup>6</sup> De conformidad con la definición de “Partida” contemplada en el numeral 37 del Anexo de Definiciones del anterior Reglamento, ésta corresponde a “Cada una de las partes o actividades que conforman el presupuesto de una obra”. <sup>7</sup> Conforme a lo señalado en el numeral 24 del Anexo Único del anterior Reglamento “Anexo de Definiciones”.

<sup>7</sup> De acuerdo con el numeral 21 del Anexo Único del anterior Reglamento “Anexo de Definiciones” las Especificaciones Técnicas eran “Descripciones elaboradas por la Entidad de las características fundamentales de los bienes, suministros u obras a contratar.”

<sup>8</sup> De conformidad con el numeral 5 del Anexo Único del anterior Reglamento “Anexo de Definiciones” el calendario de avance de obra valorizado era “El documento en el que consta la programación valorizada de la ejecución de obra, por periodos determinados en las Bases o en el contrato”.

<sup>9</sup> Según el criterio contenido en el numeral 2.1.1 de la Opinión N° 045-2017/DTN.

<sup>10</sup> Conforme a lo establecido en el artículo 142 del anterior Reglamento.

Adicionalmente, cabe indicar que la anterior normativa de contrataciones del Estado<sup>11</sup> disponía que, excepcionalmente y previa sustentación del área usuaria de la contratación, la Entidad podía ordenar y pagar al contratista la ejecución de **prestaciones adicionales de obra**, siempre que éstas fueran indispensables para alcanzar la finalidad del contrato.

Sobre dicha figura, resulta pertinente señalar que de acuerdo a las definiciones contempladas en el Anexo Único del anterior Reglamento, “Anexo de Definiciones”, una **“Prestación adicional de obra”** era “Aquella no considerada en el expediente técnico, ni en el contrato original, cuya realización resulta indispensable y/o necesaria para dar cumplimiento a la meta prevista de la obra principal y que da lugar a un presupuesto adicional”<sup>12</sup> (el subrayado es agregado); debiendo precisarse que la misma recaía en la ejecución de una “obra”, la cual podía consistir en la “Construcción, reconstrucción, remodelación, mejoramiento, demolición, renovación, ampliación y habilitación de bienes inmuebles, tales como edificaciones, estructuras, excavaciones, perforaciones, carreteras, puentes, entre otros, que requieren dirección técnica, expediente técnico, mano de obra, materiales y/o equipos”<sup>13</sup>.

En tal sentido, en atención a lo dispuesto por la anterior normativa de contrataciones del Estado, una prestación adicional de obra implicaba la ejecución de una prestación de obra no prevista en el Expediente Técnico de Obra, ni en el contrato, cuya realización era indispensable y/o necesaria para alcanzar la finalidad de la contratación; no siendo aplicable dicha figura para subsanar o modificar algún “componente” o “material” derivado de los precios unitarios ofertados por un contratista.”

133. Ahora bien, la pretensión del CONSORCIO se refiere a supuestos errores **“en los metrados contemplados para las actividades de movimiento, excavación y remoción de roca o cualquier otro tipo de material de desecho”**, para ello puede evidenciarse el numeral 5.8. de la Resolución Directoral N° 136-2012-AG-PEJSIB-6401 de fecha 10.07.12 que determina “la causal que origina el adicional de obra N° 02 por mayores metrados es la existencia de **omisiones en el expediente técnico en las partidas 03.01 excavación de plataforma en material suelto, 03.02. excavación de plataforma en roca suelta (...)**”. A mayor abundamiento, el numeral 3.1. de la referida Resolución determina “el presupuesto adicional parcial N° 02, es para **subsanar deficiencias del expediente técnico, en el cual se ha verificado la existencia de mayores metrados y clasificación de las partidas contractuales (...)**.”

134. Asimismo, Resolución Directoral N° 179-2012-AG-PEJSIB-6401 que aprueba el presupuesto adicional N° 03, determina la ejecución de mayores metrados producto de omisiones en el expediente técnico.

135. En el literal f) del numeral 3) “Estado situacional de la Obra” del Acta de resolución del contrato por causal de fuerza mayor de fecha 31.10.12 se determina que el contratista

<sup>11</sup> En atención a lo dispuesto en los artículos 41 de la anterior Ley, y en los artículos 207 y 208 del anterior Reglamento, que regulaban la aprobación de prestaciones adicionales de obra.

<sup>12</sup> De acuerdo con la definición de “prestación adicional de obra” contemplada en el numeral 40 del Anexo Único del anterior Reglamento, “Anexo de Definiciones”.

<sup>13</sup> Conforme a la definición de “Obra” contemplada en el numeral 33 del Anexo Único del anterior Reglamento, “Anexo de Definiciones”.

“señala que existen problemas pendientes de resolver (...), como la aprobación de adicionales de obra (mayor volumen de excavaciones, mayor metrado de concreto de revestimiento de canal, colocación de tubería tapada, etc.). debido a imprevisiones del expediente técnico, que posiblemente conlleven a requerir mayores recursos, con la correspondiente intervención de la contraloría y posible verificación de la viabilidad.

136. Por tanto, ambas partes durante la ejecución contractual y con la formalización de la resolución del contrato, han reconocido de manera expresa la existencia de errores en el expediente técnico.
137. Siendo que, existe un reconocimiento expreso por ambas partes de los errores en el expediente que originaron diversos actos contractuales incluida la resolución del contrato por causal de fuerza mayor, el Tribunal Arbitral por unanimidad decide declarar **FUNDADA** la presente pretensión.

Segunda Pretensión Principal: **Determinar si la Entidad, mediante Resolución Directoral N° 136-2012-AG-PEJSIB-6401 (notificada a la Contratista con fecha 10 de julio de 2012, mediante Carta 194-2012-AG-PEJSIB-6401), ha hecho suyo el informe elaborado por David Mocca Simón en cuya pagina 15, se varia la definición de clasificación de roca.**

138. En palabras del CONSORCIO, el problema habría surgido con el Informe elaborado por el ingeniero David Mocca Simón que estaría variando la definición de clasificación de roca y que luego es recogido por la ENTIDAD a través de la Resolución Directoral N° 136-2012AG-PEJSIB-6401 que aprobó el Presupuesto de Adicional de obra N° 2. Para fines de esta pretensión entonces de manera previa a determinar si la ENTIDAD ha hecho suyo el informe debe determinarse si éste varía la definición de clasificación de roca.
139. Esta definición fue previamente establecida en las Especificaciones Técnicas, exactamente en el apartado A.2 (folio 9/3), de acuerdo a los términos siguientes:

<p><b>A.2 <u>CLASIFICACIÓN DE LAS EXCAVACIONES</u></b></p> <p>Los materiales excavados serán clasificados, para efectos de pago, como roca, roca suelta y material suelto (aluvial).</p> <p><b><u>Roca</u></b> Los bloques sólidos de material excavado con volumen superior a un metro cúbico, con textura y dureza tal que impidan ser quebrados o desgarrados con herramientas manuales serán clasificados como roca, empleándose en tal caso, explosivos para su remoción.</p> <p><b><u>Roca suelta</u></b> Se considerará roca suelta aquel material no definido como roca, pero que por su consistencia, requiere el uso esporádico de explosivos <u>y/o la utilización de equipos desgarradores.</u></p> <p><b><u>Material suelto</u></b> Todos los materiales de cualquier naturaleza que no reúnan los requisitos de roca o roca suelta, serán clasificados como material suelto, incluyendo todos los cantos rodados o fragmentos de roca suelta.</p>
-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

140. Adicionalmente, en el desarrollo del concepto, en el apartado 3.02 relativo a la excavación de plataforma en roca suelta, se precisó que debía ser entendida como para fines del presente CONTRATO:

**3.02 EXCAVACIÓN DE PLATAFORMA EN ROCA SUELTA.-**

A) DESCRIPCIÓN

(...)

*En la presente obra, de conformidad con el estudio geológico del proyecto, se entenderá por roca suelta a todo material conglomerado o conglomerádico, que puede ser removido directamente con equipo pesado de movimiento de tierra, y uso ocasional de equipos desgarradores. No se requiere la utilización de material explosivo.*

141. Por tanto, este Tribunal **en mayoría** considera que entre las definiciones inmersas en el Expediente Técnico existe una contradicción, respecto de manera puntal al uso - eventual  
 - de explosivos

<b>A.2 ROCA SUELTA</b>	<b>3.02 EXCAVACIÓN DE PLATAFORMA EN ROCA SUELTA.-</b>
Se considerará roca suelta aquel material no definido como roca, pero que, por su consistencia, <b><u>REQUIERE EL USO ESPORÁDICO DE EXPLOSIVOS</u></b> y/o la utilización de equipos desgarradores.	<i>En la presente obra, de conformidad con el estudio geológico del proyecto, se entenderá por roca suelta a todo material conglomerado o conglomerádico, que puede ser removido directamente con equipo pesado de movimiento de tierra, y uso ocasional de equipos desgarradores. <b><u>NO SE REQUIERE LA UTILIZACIÓN DE MATERIAL EXPLOSIVO.</u></b></i>

Como se puede evidenciar de lo antes descrito, las Especificaciones Técnicas de la Obra encuentran una serie y relevante incompatibilidad en la descripción de la obligación contractual relativa a la “roca suelta” lo que en un extremo potencia el surgimiento de la controversia entre las partes.

142. Ahora bien, el numeral 3.02 de las Especificaciones Técnicas desarrolla el concepto de roca suelta, estableciendo la inclusión del “**material conglomerado o conglomerádico**” que no requería la utilización de material explosivo.
143. A partir de esta relevante incompatibilidad en la definición de la obligación contractual, la Entidad requiere la elaboración del Informe emitido por el ingeniero David Moncca, el mismo que realiza una “reclasificación de los materiales de corte a lo largo del trazo del canal principal con fines de valorización” respecto a los trabajos derivados de la excavación en roca, roca suelta y material suelto.
144. Del análisis realizado por el Ing. Moncca se inicia por determina que para la definición de rocas –blandas – sueltas se debe utilizar la clasificación usada en el Perú en

excavaciones canales, caminos y carreteras, así de conformidad con dicha definición encontraríamos algunas incompatibilidades adicionales, al precisar:

A.2 ROCA SUELTA	3.02 EXCAVACION DE PLATAFORMA EN ROCA SUELTA.-	ROCAS BLANDAS SUELTAS
Se considerará roca suelta aquel material no definido como roca, pero que, por su consistencia, <b>REQUIERE EL USO ESPORÁDICO DE EXPLOSIVOS</b> y/o la utilización de equipos desgarradores.	<i>En la presente obra, de conformidad con el estudio geológico del proyecto, se entenderá por roca suelta a todo material conglomerado o conglomerádico, que puede ser removido directamente con equipo pesado de movimiento de tierra, y uso ocasional de equipos desgarradores. <b>NO SE REQUIERE LA UTILIZACIÓN DE MATERIAL EXPLOSIVO.</b></i>	<b>CLASIFICACIÓN USADA EN EL PERÚ SEGÚN EL ING, MONCCA</b>  Barretones, <b>USO DE PÓLVORA</b> , nitrato, uso de equipo tractor con ripper

145. Tal como fuera indicado por el CONSORCIO, en la página 15 del Informe, el ingeniero David Moncca realiza una definición de roca suelta que es entendida como:

*“ROCA SUELTA se conceptúa como una masa de roca (litificada caso caliza, conglomerado cementado, caliche, granito, andesita entre otros) cuyos grados de fracturamiento es alto, con bloques de roca mayor de 1m3, **para cuya remoción se requiere del uso de explosivos o en forma mixta, explosivos de pequeña magnitud y escarificador del tractor.***  
*También se considera como roca suelta, macizos alterados o de masas transportadas o acumuladas por acción natural, **que para su fragmentación requieran el uso de explosivos**”.*

146. En este caso, el ingeniero David Moncca entiende por roca suelta un conglomerado, caliche u otros que para su remoción **requiere necesariamente del uso de explosivos**, exigencia que, si bien existe en las Especificaciones Técnicas, el requerimiento es que su uso sea esporádico, así como el uso esporádico de equipos desgarradores. Para el referido profesional, la descripción realizada en el apartado 3.02 de las Especificaciones Técnicas que menciona la falta de uso de explosivos estaría contradiciendo la definición brindada por él:

La indicación del no uso de explosivo contradice el concepto de roca suelta, pues la esencia de la clasificación del terreno como Roca suelta es su uso, tal como establece el ítem A.2 de la especificación, el cual indica claramente un uso esporádico.

147. Establecido este marco contractual de evidente incompatibilidad en la definición de la conceptualización de la roca suelta, mediante Resolución Directoral Nº 136-2012-AGPEJSIB-6401 la Entidad pretende realizar una corrección – unilateral - de las deficiencias en el Expediente Técnico, al precisar en el numeral 5 “en base al Informe del supervisor de la obra y del especialista en irrigaciones y considerando que normativamente es responsabilidad absoluta de la Entidad la aprobación de una prestación adicional, ha considerado necesario elaborar, concordar, ajustar los metrados considerados y

complementar el expediente técnico presentado, en base al Informe de “Reclasificación de los materiales de corte a lo largo del trazo del canal principal con fines de valorización” elaborado por el consultor (...) Ing. Moncca Simón”.

148. Por tanto, de la propia Resolución Directoral N° 136-2012-AG-PEJSIB-6401, se acredita que la Entidad ha hecho suyo el informe elaborado por David Mocca Simón en cuya pagina 15, se varia la definición de clasificación de roca, por lo que el Tribunal Arbitral **en mayoría** declara que dicha pretensión debe ser declara **FUNDADA**.

Tercera Pretensión Principal: **Determinar si la variación de la clasificación de roca dispuesta por la Entidad mediante Resolución Directoral N° 136-2012-AG-PEJSIB6401 (notificada Carta 194-2012-AG-PEJSIB-6401, constituirá un cambio de las condiciones con las cuales el Contratista se presentó al presente proceso de selección y obtuvo la Buena Pro.**

149. Habiéndose determinado que existió una variación de la clasificación de roca mediante Resolución Directoral N° 136-2012-AG-PEJSIB-6401 debe resolverse si ello constituye un cambio de las condiciones con las que el CONSORCIO se presentó al proceso de selección y obtuvo la Buena Pro.
150. Las Bases Integradas de un proceso de selección son concebidas como aquel documento que contiene las características técnicas de las obras, las garantías, la definición de la modalidad de contratación, el valor referencial, entre otros aspectos, en base a los cuales los participantes del proceso elaboran sus propuestas. Es durante el proceso de selección que incluso los participantes pueden formular observaciones o consultas a las Bases Integradas a fin de poder aclarar algún extremo de las mismas que les permita justamente presentar una oferta acorde a las características requeridas por la Entidad.
151. La definición de roca suelta – tanto en el literal A.2. como en el numeral 3.02 del Expediente Técnico- forma parte integrante del Contrato de las Bases Integradas y del consecuente CONTRATO y, por tanto, uno de los documentos sobre los que el CONSORCIO elaboró su propuesta, sobre la base que estas constituyen las reglas definitivas sobre las que se va celebrar el CONTRATO. Así, lo reconoce el artículo 59 del RLCE cuando menciona:

**“Artículo 59.- Integración de Bases**

*Una vez absueltas todas las consultas y/u observaciones, o si las mismas no se han presentado, las Bases quedarán integradas como reglas definitivas y no podrán ser cuestionadas en ninguna otra vía ni modificadas por autoridad administrativa alguna, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad.”*

152. Como lo ha determinado el OSCE en la **Opinión N° 039-19/DTN** una vez que la Buena Pro quedaba consentida o administrativamente firme<sup>14</sup>, tanto la Entidad como el postor ganador, se obligaban a suscribir el contrato, el mismo que debía celebrarse por escrito y ajustarse a la proforma incluida en las Bases con las modificaciones aprobadas por la

<sup>14</sup> De acuerdo a lo establecido en el primer párrafo del artículo 137 del anterior Reglamento.

Entidad durante el proceso de selección, según lo establecido en el artículo 35 de la anterior Ley.

Abundando sobre dicho punto, el artículo 142 del anterior Reglamento estableció que “El contrato está conformado **por el documento que lo contiene, las Bases Integradas y la oferta ganadora, así como los documentos derivados del proceso de selección que establezcan obligaciones para las partes y que hayan sido expresamente señalados en el contrato**”.

Como se advierte, **el contrato se encontraba conformado por un conjunto de documentos, entre ellos, las Bases Integradas del proceso de selección**, las mismas que recogían las condiciones contractuales previstas en la proforma, con aquellas precisiones o modificaciones que hubieran podido surgir como consecuencia de las consultas u observaciones formuladas por los participantes.

De igual manera, debe tenerse en cuenta que, de acuerdo con el artículo 59 del anterior Reglamento, **las Bases integradas constituían las reglas definitivas del proceso y no podían ser cuestionadas en ninguna otra vía ni modificadas por autoridad administrativa alguna, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad.**

En ese sentido, considerando que las Bases integradas constituían las reglas definitivas del proceso de selección de una determinada contratación y que era sobre la información contenida en ellas que los postores elaboraban sus ofertas, tanto las disposiciones, o cláusulas del contrato debían redactarse y elaborarse de conformidad con la información señalada en las Bases integradas, la oferta ganadora y demás documentos que hubiesen establecido obligaciones para las partes. De lo contrario, se trasgredían los Principios previstos en la anterior Ley, como los son la Imparcialidad<sup>15</sup> y el Trato Justo e Igualitario<sup>16</sup>, pues se estaría contratando en condiciones diferentes a las consideradas por los otros postores al momento de elaborar sus ofertas.

Por consiguiente, **las partes no podían modificar las condiciones previstas en las Bases integradas ni en los demás documentos que establezcan obligaciones** (como, por ejemplo, la oferta ganadora) con ocasión de la suscripción del contrato, ya que se alterarían los sustentos técnicos, económicos y legales bajo los cuales fue adjudicada la buena pro, vulnerando los principios que regían la contratación pública.

<sup>15</sup> El literal d) del artículo 4 de la anterior Ley señalaba, respecto del **Principio de Imparcialidad**, que “ Los acuerdos y resoluciones de los funcionarios y órganos responsables de las contrataciones de la Entidad, se adoptarán en estricta aplicación de la presente norma y su Reglamento; así como en atención a criterios técnicos que permitan objetividad en el tratamiento a los postores y contratistas.” (El subrayado es agregado).

<sup>16</sup> El numeral k) del artículo 4 de la anterior Ley señalaba, respecto del **Principio de Trato Justo e Igualitario**, que “ Todo postor de bienes, servicios o ejecución de obras debe tener participación y acceso para contratar con las Entidades en condiciones semejantes, estando prohibida la existencia de privilegios, ventajas o prerrogativas.” (El subrayado es agregado).

En tal sentido, **solo resultaban exigibles aquellas obligaciones que se ajustaran a lo señalado en los documentos que conformaban el contrato, dentro de los cuales se encontraban las Bases Integradas**<sup>17</sup>.

153. Como se ha señalado de manera precedente y de conformidad con la Opinión precitada, ni la Entidad ni el Contratista pueden modificar de manera unilateral las condiciones contractuales. Es el caso que el Informe del ingeniero David Moncca adiciona o abrevia la definición de la clasificación de la roca suelta incluida en el literal A.2. y el numeral 3.02 de las Especificaciones Técnicas del Expediente Técnico y, al ser incorporado en la clasificación de las obligaciones contractuales derivadas del Presupuesto del adicional de obra N° 02, constituye un cambio de las condiciones con las cuales el Contratista se presentó al presente proceso de selección y obtuvo la Buena Pro
154. En consecuencia, este Tribunal Arbitral **en mayoría** declara **FUNDADA** la pretensión, determinando que sí ha existido una variación de la clasificación de roca dispuesta por la ENTIDAD mediante Resolución Directoral N° 136-2012-AG-PEJSIB-6401 (notificada Carta 194-2012-AG-PEJSIB-6401) a partir del Informe del ingeniero David Moncca.

Cuarta Pretensión Principal: **Determinar si corresponde imputar la responsabilidad al Contratista por los eventuales o ciertos errores del expediente técnico o si corresponde ordenar que los mismos sean asumidos por la Entidad, sin perjuicio de su derecho de repetir contra el proyectista.**

155. El argumento presentado por el CONSORCIO en este extremo hace referencia a los errores del expediente que se evidenciaron durante la ejecución del CONTRATO, los mismos que han sido reconocidos por las partes con la aprobación y ejecución de los presupuestos adicionales y la sustentación de la resolución del contrato.
156. Así, en el numeral 18 de la demanda arbitral precisa *“el hecho es sencillo: el expediente técnico contenía un elemento clara y reconocidamente explícito sobre la forma de clasificación de roca y material suelto. Si es que existiese error es imputable únicamente o bien al autor del expediente o bien a su propietario, que no es otro que la misma Entidad, no pudiéndole trasladar la responsabilidad de este vicio a su contraparte, es decir nuestro Consorcio”*.
157. De conformidad con lo señalado en la **Opinión N° 029-18/DTN** *“Como se observa, el Expediente Técnico de Obra estaba integrado por un conjunto de documentos de ingeniería y arquitectura que definían, principalmente, las características, alcance y la forma de ejecución de una obra, así como las condiciones del terreno en la que esta se iba a ejecutar. De ello se infiere que **dicho expediente tenía por finalidad brindar información a los postores sobre el requerimiento de la Entidad, consistente en la ejecución de la obra y las condiciones del terreno, a efectos de que éstos pudieran realizar adecuadamente sus ofertas y, de llegar a ser contratistas, ejecutar la obra cumpliendo las obligaciones técnicas establecidas por la Entidad y la normativa vigente en materia de ejecución de obras.***

<sup>17</sup> De conformidad con lo señalado en la Opinión N° 010-2019/DTN.

*En tal sentido, para cumplir con dicha finalidad, era necesario que los documentos que integraban el Expediente Técnico de la Obra fueran interpretados **en conjunto**<sup>18</sup> **y que dichos documentos proporcionasen información suficiente, coherente y técnicamente correcta que permitiera formular adecuadamente las propuestas** y ejecutar el contrato de obra en las condiciones requeridas por la Entidad y la normativa de la materia; **ello considerando que la oferta ganadora, conjuntamente con los documentos derivados del proceso de selección, conformaba el contrato, cuyo cumplimiento era obligatorio para las partes**<sup>19</sup>.”*

- 158.** En atención al marco contractual de la contratación pública, se concluye que la pretensión de El CONSORCIO resulta admisible, puesto que, en términos generales, el Contratista no es responsable de los posibles errores u omisiones en el expediente técnico, siendo estos de responsabilidad de la Entidad como propietaria del mismo y de la consecuente obra a ser ejecutada. Por tanto, este Tribunal Arbitral **por unanimidad DECLARA** que no corresponde imputar responsabilidad al Contratista por los eventuales o ciertos errores del expediente técnico, debiendo en todo caso ser asumidos por la Entidad, con el derecho de repetir contra el proyectista.

Quinta Pretensión Principal: **Determinar si la supuesta variación de la clasificación de roca efectuada por la Entidad conforme a la página quince del informe del Ing. David Moncca Simón, no puede afectar los metrados ejecutados por el Contratista con anterioridad a la decisión de la Entidad de hacer suyo el informe y criterio de evaluación de dicho profesional. Asimismo, determinar si debe reconocerse al Contratista los costos que se deriven de la clasificación establecida en las Bases y expediente técnico del proceso de selección y de la obra.**

- 159.** La definición de la clasificación de roca realizada en el informe del ingeniero David Moncca ha sido incorporada en la decisión de la Entidad para la aprobación del presupuesto adicional N° 02, esta definición en la clasificación tiene incidencia directa en los mayores metrados ejecutados por el CONSORCIO, en la medida que ellas se valorizan y cuantifican bajo el sistema de precios unitarios. En ningún extremo de la defensa de la demandada o, en la actuación arbitral se ha señalado que dicha clasificación resulte aplicable a otras prestaciones del Contrato. A partir de ello, la pretensión del CONSORCIO está referida a solicitar del Tribunal Arbitral un pronunciamiento declarativo.

- 160.** Ahora bien, a través de la Resolución Directoral N° 136-2012-AG-PEJSIB-6401, la ENTIDAD hizo suyo el informe del ingeniero David Moncca y aprobó el presupuesto del adicional de obra N° 2. Esta decisión fue notificada mediante Carta 194-2012-AG-PEJSIB6401, siendo a partir de este momento y en ese contexto, que se ha aplicado la definición de la clasificación. En esa línea argumentativa, los metrados ejecutados por el Contratista que no están vinculados a los presupuestos adicionales no pueden verse afectados por la variación de la clasificación de roca efectuada por la Entidad.

- 161.** En atención al principio de seguridad jurídica y pacta sunt servanda, el Tribunal Arbitral declarar **por unanimidad FUNDADA** la pretensión.

---

<sup>18</sup> Según el criterio contenido en el numeral 2.1.1 de la Opinión N° 045-2017/DTN.

<sup>19</sup> Conforme a lo establecido en el artículo 142 del anterior Reglamento.

**Sexta Pretensión Principal: Determinar si la supuesta variación de la clasificación de roca efectuada por la Entidad conforme a la página quince (15) del informe del Ing. David Moncca Simón pudo afectar incluso los metrados que se ejecuten con posterioridad a la decisión de la Entidad de hacer suyo el informe y criterio de evaluación de dicho profesional debiendo tenerse en cuenta que en tanto la Entidad, como el Contratista se encuentran sujetos de modo obligatorio a lo expresamente contemplado en las bases del proceso de selección y de los documentos que integran el contrato. Asimismo, determinar si carecen de efecto las Resoluciones Directorales N° 136-2012-AG-PEJSIB 6401 y N° 138-2012-AG-PEJSIB-6401 por cuanto pretenderían valorizar mayores metrados o establecer deductivos, sobre la base de supuestamente desconocer la metodología aprobada en el Expediente Técnico para la clasificación de roca y material<sup>20</sup>.**

162. En este punto controvertido, el CONSORCIO solicita un pronunciamiento en relación a los metrados ejecutados con posterioridad a la decisión de la ENTIDAD, en la que se varió la definición de la clasificación del material. El CONSORCIO consideró que ambas partes están sujetas a las bases del proceso de selección, por lo que en base a ello pidió también evaluar si correspondía dejar sin efecto las resoluciones que aprobaron el presupuesto de adicional de obra N° 2 y el deductivo de obra N° 1. Como ha sido expuesto, la posición de la ENTIDAD se mantuvo en que no ocurrió tal variación. Al respecto, el Tribunal Arbitral se ha pronunciado determinando que la reclasificación de roca incorporada en el presupuesto adicional N° 02 ha supuesto una variación de las condiciones contractuales, por lo que en este extremo debe analizarse sí, incluso con la notificación de la reclasificación se puede entender por válida y exigible la misma a la contraparte o, por el contrario, si corresponde mantener las condiciones originales del Contrato.
163. Como se ha determinado en el proceso arbitral, en este caso nos encontramos ante un presupuesto adicional de obra por mayores metrados, habiendo la ENTIDAD procedido, en ese contexto, a modificar el concepto de roca suelta establecido inicialmente en las especificaciones técnicas de la obra.
164. Respecto a las decisiones incorporadas en las Resoluciones Directorales N° 136-2012-AGPEJSIB 6401 y N° 138-2012-AG-PEJSIB-6401, se evidencia que, siendo actos contractuales, estos pueden ser materia de controversia entre las partes y, por ende, materia arbitral. Es más, el Tribunal Arbitral considera importante dejar claramente establecido en este laudo que, **las mencionadas resoluciones no están referidas a la aprobación de una prestación adicional de obra, sino únicamente a la aprobación de un presupuesto por mayores y en su caso menores metrados, derivado de un Contrato celebrado bajo el sistema de contratación denominado "a precios unitarios", en el cual los metrados son solo referenciales.** Si a través de las resoluciones ante dichas la ENTIDAD hubiere autorizado la ejecución de nuevas prestaciones -no contempladas en el expediente técnico- este tribunal sería incompetente para conocer dicho extremo; sin embargo, como se ha señalado anteriormente ese no es el caso. El cuestionamiento del CONSORCIO está referido a la variación de la clasificación de los componentes obligaciones del contrato, es decir, a la modificación del Expediente Técnico de la obra que se produce a partir de la aprobación de las citadas resoluciones.

<sup>20</sup> En dicha audiencia se deja constancia respecto al sexto punto controvertido que no cumplió con precisar lo requerido en la Audiencia de Determinación de Puntos Controvertidos de fecha 26 de junio de 2013.

165. Bajo el principio de conservación del negocio y acto jurídico – incluso del acto administrativo – debe entenderse que prevalece la validez y exigibilidad del mismo, salvo que no sea posible su permanencia en el ordenamiento jurídico.
166. Es el caso que las Resoluciones Directorales antes referidas, estas no son cuestionadas respecto a su legalidad o pertinencia, sino simplemente respecto al extremo que aprueba o valida una reclasificación de las obligaciones contractuales, modificando unilateralmente su contenido y por tanto la condición prestacional de su contraparte.
167. Este Tribunal Arbitral **en mayoría** evidencia que, las incompatibilidades del Expediente Técnico no pueden ser corregidas o reconducidas unilateralmente por alguna de las partes, así sea el Contratante de la relación jurídica o quien priorice el interés público respecto al privado, pues para ello, este Tribunal considera que existen por lo menos dos remedios contractuales, el primero referido a la modificación contractual y, el segundo de recurrir a la vía arbitral para la correcta interpretación de las prestaciones obligacionales, pero nada de ello fue realizado por la Entidad, sino la inclusión de una modificación del Contrato dentro de una resolución de aprobación de mayores metrados y deductivos.
168. En tal sentido, el Tribunal Arbitral **en mayoría** considera **FUNDADA** la pretensión, toda vez que, la decisión de la Entidad constituye una modificación unilateral del Contrato incorporada en las Resoluciones Directorales N° 136-2012-AG-PEJSIB 6401 y N° 1382012-AG-PEJSIB-6401, por lo que carecen de efecto respecto a la reclasificación de roca, manteniendo su validez y eficacia en todos los demás extremos que las integran.

Primera Pretensión Accesorias a la Quinta y/o Sexta Pretensiones Principales: **Determinar si corresponde reconocer el derecho del Contratista a que sean considerados roca, roca suelta, y material suelto y si, en consecuencia, corresponde que se le reconozcan los mayores metrados ejecutados o por ejecutarse, abonándose al Contratista la retribución correspondiente conforme a la clasificación establecida en el ítem A-2 Clasificación de Excavaciones del Expediente Técnico, que constituye parte del contrato y es obligatorio para ambas partes.**

169. Esta pretensión busca el reconocimiento de mayores metrados ejecutados o por ejecutarse, abonándose al Contratista la retribución correspondiente conforme a la clasificación establecida en el ítem A-2 Clasificación de Excavaciones del Expediente Técnico.
170. Al respecto, este Tribunal **en mayoría** ha determinado que corresponde excluir de la relación contractual el extremo de la reclasificación realizada por el Ing, Moncca Simón debido a que constituye una decisión unilateral de la Entidad que modifica las condiciones contractuales de la obra.
171. Siendo así, este Tribunal **en mayoría** declara **FUNDADA EN PARTE** la pretensión, debiendo el CONSORCIO recibir la retribución correspondiente conforme al ítem A.2 y 3.02. de las Especificaciones Técnicas del Expediente.

Segunda Pretensión Accesorias a la Quinta y/o Sexta Pretensiones Principales: **Determinar si corresponde calcular el íntegro del monto ejecutado y si este deberá ser**

**reconocido y pagado al Contratista por mayores metrados, conforme a la clasificación establecida en el ítem.A2 Clasificación de Excavaciones del Expediente Técnico.**

172. Siendo que el Tribunal Arbitral en mayoría se ha pronunciado respecto al reconocimiento y pago de los mayores metrados al CONSORCIO, declarada que **CARECE DE EFECTO** pronunciarse respecto a la presente pretensión accesorio.

Tercera Pretensión Accesorio a la Quinta y/o Sexta Pretensiones Principales: **Determinar si corresponde dejar sin efecto las Resoluciones Directorales N° 136-2012-AGPEJSIB-6401 y N° 138-2012-PEJSIB-6401, la Carta 194°-2012-AG-PEJSIB-6401 (notificada al Contratista el 11 de julio de 2012), así como los demás documentos administrativos emitidos por la Entidad todos ellos únicamente en el extremo que establecen una forma de clasificación de roca que difiere de lo establecido en el Expediente Técnico y afectan los montos a ser reconocidos al Contratista por trabajos efectuados o por efectuarse dejando a salvo el resto de su contenido.**

173. Siendo que el Tribunal Arbitral en mayoría se ha pronunciado respecto al reconocimiento y pago de los mayores metrados al CONSORCIO, declarada que **CARECE DE EFECTO** pronunciarse respecto a la presente pretensión.

Pretensión Subordinada a la Quinta y/o Sexta Pretensiones Principales: **Determinar si corresponde que, en el hipotético supuesto que se desestime el pago al Contratista de los montos que corresponda a las excavaciones de roca conforme a los criterios y metodología establecidos en el expediente técnico que forma parte del contrato que los mismos no sean reconocidos al Contratista por concepto de enriquecimiento sin causa.**

174. El enriquecimiento sin causa está contemplado en los artículos 1954° y 1955° del Código Civil, constituyendo una de las fuentes de las obligaciones. Así, en el artículo 1954° se hace referencia a esta figura estableciendo que aquel que se enriquece indebidamente a expensas de otro se encuentra obligado a indemnizarlo. El artículo 1955° a su vez, determina el carácter subsidiario del enriquecimiento sin causa disponiendo que esta acción no será procedente cuando la persona que sufre el perjuicio puede interponer otra acción con la finalidad de obtener una indemnización.

175. Ha de destacarse que conforme al tratamiento otorgado en el Código Civil esta figura es de naturaleza extracontractual, por lo que debe evaluarse si una acción de este tipo puede ser resuelta por los árbitros. Al respecto, el artículo 52 de la LCE en referencia a las controversias en el ámbito de las contrataciones del Estado establece:

*“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, (...)”* (el resaltado es de los árbitros)

176. Es, entonces, solo sobre estos temas que de manera obligatoria las partes acuden a arbitraje, siendo todas ellas de naturaleza contractual. Las mismas partes acordaron esto cuando en la Vigésimo Sexta cláusula del CONTRATO refieren que: *“cualquier controversia*

*que surja entre las partes, desde la suscripción del contrato, su ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez, serán resueltos de manera definitiva e inapelable mediante arbitraje de derecho (...)"*

177. En ese sentido, para este Tribunal Arbitral por **UNANIMIDAD** la pretensión de enriquecimiento sin causa excede de los términos contemplados en la LCE y en el convenio arbitral, al tratarse de una controversia de origen extracontractual, por lo que corresponde declarar **IMPROCEDENTE** la pretensión.

Séptima Pretensión Principal: **Determinar si corresponde dejar sin efecto la Resolución Directoral 141-2012-AG-PEJSIB-6401 del 13 de julio de 2012 y demás documentos administrativos relacionados por los cuales se declara improcedente la paralización de obra dispuesta por el Contratista por cuanto no se habrían solucionado las discrepancias en torno a la clasificación de roca que habría motivado la primera paralización (que habría sido aceptada por la Entidad)**

178. Mediante Resolución Directoral Nº 141-2012-AG-PEJSIB-6401 del 13 de julio de 2012, la ENTIDAD declaró unilateral y arbitrario, por tanto, improcedente la paralización temporal de obra dispuesta por el CONSORCIO a partir del 26 de junio de 2012. El CONSORCIO cuestionó esta decisión considerando que su decisión se amparó en la existencia de discrepancias derivadas de la clasificación de roca.

179. Del expediente arbitral, específicamente del cuaderno de obra y la declaración de las partes en audiencia, se evidencia que durante el periodo de solicitud de paralización de la obra existieron otros frentes que resultaban de posible ejecución y, cuya disponibilidad de área debilita el argumento presentado por el CONSORCIO, por lo que en este extremo no existen pruebas suficientes que llevan al Tribunal Arbitral a crear convicción de que, en los hechos, se produjeron situaciones que afectaron en magnitud suficiente la ejecución de los trabajos por parte del CONSORCIO.

180. Pese a que el Acta de resolución de Contrato de mutuo acuerdo haga referencia a ciertos supuestos de afectación en la disponibilidad del terreno, dicha situación no se evidencia en el plazo señalado por el CONSORCIO, por lo que este Tribunal Arbitral **por unanimidad** declara **INFUNDADA** la pretensión.

Pretensión Subordinada a la Séptima Pretensión Principal:

**Determinar si corresponde que, en el hipotético supuesto que no se considere la existencia de discrepancias entre las partes en torno a la clasificación de roca como causal de paralización de obra se tenga en cuenta los demás hechos relevantes, imputados a terceros que motivaron tal decisión del Contratista.**

181. El CONSORCIO califica como hechos relevantes que llevaron a la paralización de la obra, entre otros, los siguientes: (i) falta de aprobación de planos de trazo y replanteo por parte de la Supervisión, (ii) se encontraba pendiente la reclasificación de material, (iii) no había disponibilidad de terreno en determinados sectores, incluso se manifestó la existencia de una denuncia formulada contra su residente de obra por la señora Francisca Torres ante la Segunda Fiscalía Provincial Penal de San Ignacio. En atención a ello, tal como se observa del asiento Nº 145 del 26 de junio de 2012, el CONSORCIO decidió paralizar la obra.

**182.** El CONSORCIO alega que no se habrían superado las circunstancias que dieron lugar a la primera paralización, sin embargo y tal como fuera reconocido por la ENTIDAD en la Resolución Directoral N° 141-2012-AG-PEJSIB-6401, en mérito al Informe N° 172-2012-AG-PEJSIB-6407 del 10 de julio de 2012: “*tal como se muestra en el cuaderno de obra el Contratista reinició los trabajos en obra normalmente en razón a ello es que ha solicitado la ampliación de plazo correspondiente (...)*”. Con ello se desmentía el hecho alegado por el CONSORCIO que no fueron superados los inconvenientes que dieron lugar a la primera paralización.

**183.** A ello se agrega que esta parte no ha demostrado como los hechos referidos como causales para esta segunda paralización de la obra efectivamente le impedían seguir con la ejecución de la obra conforme al cronograma pactado. Esto es que existía la imposibilidad de poder continuar con otros frentes de trabajo. Al no haberse acreditado entonces no sólo la existencia de las circunstancias que llevaron a la decisión de paralizar la obra ni el impacto que habrían originado en la ejecución de la obra, este Tribunal Arbitral **por unanimidad** declara **INFUNDADA** la pretensión.

**Octava Pretensión Principal: Determinar si corresponde conceder al Contratista la ampliación de plazo N° 02 por 46 días calendarios por cuanto existirían defectos y vicios que supuestamente debieron ser asumidos por la Entidad. Asimismo, determinar si corresponde dejar sin efecto la Resolución Directoral N° 140-2012-AGPEJSIB-6401 del 13 de julio de 2012 y la Carta 210-2012-AG-PEJSIB-6401, que habría desestimado el pedido del Contratista basado en la supuesta inexistencia de discrepancias en torno a la clasificación de roca.**

**184.** En atención a los hechos que dieron lugar al adicional de obra N° 1, que el CONSORCIO ha calificado como defectos y vicios incurridos por la ENTIDAD, es que solicita se reconozca su solicitud de ampliación de plazo N° 2, por 46 días calendario y, en consecuencia, se deje sin efecto la Resolución Directoral N° 140-2012-AG-PEJSIB-6401 del 13 de julio de 2012. El CONSORCIO argumentó la procedencia de su pretensión, en razón que había un grado de incertidumbre o imprecisión sobre el reconocimiento de trabajos considerados como roca, roca suelta y material que implicaron un mayor plazo al pactado.

**185.** Por su parte, al absolver esta pretensión, la ENTIDAD indicó que la ampliación de plazo N° 2 solicitada por el CONSORCIO no cumplía con los requisitos de procedibilidad establecidos en el artículo 201 del RLCE, debido a que no existiría ninguna anotación en el cuaderno de obra que refiera a la existencia de causal de ampliación de plazo, de manera que el CONSORCIO solo presentó el asiento de cuaderno de obra N° 147 del 28 de junio de 2012.

**186.** Al respecto, en la Décima Octava cláusula del CONTRATO, las partes establecieron que “*las causas, formalidades, plazos, procedimientos y requisitos para la tramitación de las ampliaciones de plazo se sujetarán a lo dispuesto en los Art. 200 al 202 del Reglamento de las Ley de Contrataciones del Estado*”, por lo que corresponde remitirse a los artículos expresados. Cabe recordar que la LCE y el RLCE han establecido la posibilidad de ampliar el plazo para la ejecución del contrato por atrasos que no son imputables al contratista.

Para ello, se han previsto las causales de procedencia, así como el procedimiento que debe contemplarse para esta solicitud.

187. En referencia a las causales que pueden dar lugar a una ampliación de plazo, el artículo 200 del REGLAMENTO establece las siguientes:

**“Artículo 200. Causales de ampliación de plazo**

*De conformidad con el artículo 41 de la Ley, el contratista podrá solicitar la ampliación de plazo pactado por las siguientes causales, **siempre que modifiquen la ruta crítica** del programa de ejecución de obra vigente:*

1. **Atrasos y/o paralizaciones por causas no atribuibles al contratista.**
2. *Atrasos y/o paralizaciones en el cumplimiento de sus prestaciones por causas atribuibles a la Entidad.*
3. *Caso fortuito o fuerza mayor debidamente comprobado.*
4. *Cuando se aprueba la prestación adicional de obra. En este caso, el contratista ampliará el plazo de las garantías que hubiere otorgado.”* (El resaltado es de los árbitros)

188. Sin embargo, aunado al hecho de la existencia de alguna de las causales antes mencionadas, el Contratista también debe cumplir con el procedimiento establecido para ello, es decir, el pedido de ampliación de plazo debe reunir los requisitos de forma y fondo que han sido detallados en el artículo 201 del REGLAMENTO, que se cita a continuación:

**“Artículo 201. Procedimiento de ampliación de plazo**

*Para que proceda una ampliación de plazo de conformidad con lo establecido en el artículo precedente, **desde el inicio y durante la ocurrencia de la causal, el contratista, por intermedio de su residente, deberá anotar en el cuaderno de obra las circunstancias que a su criterio ameriten ampliación de plazo.** Dentro de los quince (15) días siguientes de concluido el hecho invocado, el contratista o su representante legal solicitará, cuantificará y sustentará su solicitud de ampliación de plazo ante el inspector o supervisor, según corresponda, **siempre que la demora afecte la ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente y el plazo adicional resulte necesario para la culminación de la obra.** En caso que el hecho invocado pudiera superar el plazo vigente de ejecución contractual, la solicitud se efectuará antes del vencimiento del mismo [...].”* (El resaltado es de los árbitros)

189. De acuerdo al texto citado, al momento de determinar la procedencia de una solicitud de ampliación de plazo debe verificarse los siguientes requisitos: (i) la anotación de inicio y continuidad de la causal de ampliación de plazo en el cuaderno de obra, (ii) la presentación de la cuantificación y sustento de la ampliación de plazo ante el inspector o supervisor de obra, dentro de los quince (15) días siguientes de finalizado el hecho invocado y, (iv) la afectación de la ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente. Conforme a este procedimiento, resulta conveniente verificar inicialmente el cumplimiento de los requisitos de forma y posteriormente, el requisito de fondo.

190. Habiendo precisado ello, cabe considerar que mediante Carta N° 033-CONSORCIO RIO MAYO, el CONSORCIO solicitó la ampliación de plazo N° 2 por 46 días calendario: (i)

20 días por ejecución de la prestación del adicional y (ii) 26 días por demora en la aprobación del mismo. En relación al primer hecho, el CONSORCIO expresó que la ejecución del adicional parcial de obra N° 1 generaba un mayor tiempo de trabajo del que se había establecido en el expediente técnico. En relación al segundo hecho, el CONSORCIO expresó que presentó su informe sobre el adicional con fecha 3 de mayo de 2012 de manera que la ENTIDAD tenía hasta el 23 de mayo de 2012 para pronunciarse, no obstante, la Resolución aprobatoria le fue notificada el 18 de junio de 2012, de manera extemporánea.

191. Por su parte, a través de la Resolución Directoral N° 140-2012-AG-PEJSIB-6401 de fecha 13 de julio de 2012, la ENTIDAD declaró improcedente el pedido de ampliación de plazo. La ENTIDAD resolvió respecto a la ampliación por ejecución del adicional que no había una afectación al plazo y, sobre la demora en el adicional, cuestionó que el CONSORCIO no haya cumplido con los requisitos de forma al no haber anotación de ello en el cuaderno de obra. Además, indicó que habría sido el CONSORCIO quien incurrió en demoras para la presentación del presupuesto del adicional.
192. Ahora bien, respecto a los requisitos de forma y tal como se ha precisado anteriormente, un primer paso consiste en la anotación de la causal en el cuaderno de obra. Para tal fin, el RLCE establece que dicha anotación debe realizarse desde el inicio y durante la ocurrencia de la causal de ampliación de plazo. A mayor precisión, mediante Opinión N° 106-2012/DTN emitida por la Dirección Técnica Normativa del OSCE, en referencia a esta obligación del contratista, se ha precisado que:

*“Dicha obligación implica que el contratista debe anotar en el cuaderno de obra, cuando menos, el inicio y el final del hecho o circunstancia que determina la configuración de la causal de ampliación de plazo, dado que estos son los hitos imprescindibles para determinar la duración de la causal y, por ende, para cuantificar el tiempo por el cual debe ser ampliado el plazo contractual, así como los gastos generales variables correspondientes al contratista, de ser el caso.*

*No obstante, en el periodo entre dichos hitos, el contratista también puede realizar otras anotaciones que, a su criterio, sean relevantes para sustentar y/o cuantificar, de mejor manera, su solicitud de ampliación de plazo, tal como lo precisa el artículo 195 del Reglamento.”* (El resaltado es de los árbitros)

193. Conforme a lo anterior, el contratista debe anotar al menos el inicio y fin de la causal de ampliación de plazo. Situación que además amerita de importancia, pues es precisamente a través del cuaderno de obra donde la Entidad, a través de la supervisión, toma conocimiento de cada uno de los hechos relevantes que ocurren durante la ejecución de la obra. En el caso concreto, las circunstancias que dieron lugar a la ampliación de plazo N° 2 corresponden a la ejecución del adicional de obra N° 1 y la demora en la aprobación del mismo, de manera que el CONSORCIO debió anotar la ocurrencia de cada uno de estos hechos.
194. Sobre el particular, luego de la revisión del cuaderno de obra, se contempla que el CONSORCIO realizó las siguientes anotaciones:

*“Asiento N° 20  
DEL CONTRATISTA  
(...)”*

*3.- (...) en consecuencia existe mayores metrados que generara adicional de obra, el mismo que será ajustado con los Metrados del Replanteo cuando se concluya. (...)”*

*Asiento N° 77  
DEL CONTRATISTA*

*(...) se viene cuantificando la partida 2.01 Limpieza y desbroce, para determinar el Metrado Real y en consecuencia para determinar el Mayor Metrado que genera el Adicional de obra que será presentado oportunamente (...)”*

*Asiento N° 88  
DEL CONTRATISTA*

*1.-Mediante Carta N° 021-2012-RO-CRM-JAEN, en la fecha se alcanza a la Supervisión de obra el Expediente Técnico del Adicional parcial N° 01 de Mayor Metrado partida 02.01 Limpieza y Desbroce manual de terreno de la progr. 0+000 a la prog. 18+000 incluido tramo de canal de aproximación quedando pendiente por definición el tramo 18+000 al 18+800. El monto del Adicional parcial de obra N° 1 es de S/. 20,307.23 que representa el 0.31% del Monto del Contrato principal y en consecuencia se presenta en concordancia a la cláusula Décima Séptima del Contrato de obra N° 001-2012-AG-PEJSIB-6401/LR debidamente sustentado para su revisión y aprobación correspondiente.  
2.-(...)”*

*Asiento N° 147  
DEL CONTRATISTA*

*Habiendo recibido la Resolución Directoral N° 122-2012-AG-PEJSIB-6401, en fecha 18/06/12 mediante la cual se aprueba el Adicional de obra N° 01, (...), se solicita la ampliación de plazo N° 2 por 46 días calendarios (...)”*

**195.** En relación al primer hecho que suscitaría la ampliación de plazo N° 2 (ejecución del adicional de obra), se observa que en los asientos N° 20 y 77 del cuaderno de obra, el CONSORCIO informa la necesidad de generar el adicional de obra N° 1. Posteriormente, con el asiento N° 88, el CONSORCIO comunica la presentación del expediente técnico correspondiente al referido adicional. No obstante, en ninguno de los asientos anteriormente citados, esta parte realizó alguna referencia a la necesidad de un mayor plazo para la ejecución del adicional de obra, tampoco puede identificarse con claridad cuál sería el inicio de esta causal. Recién en fecha 28 de junio de 2012, varios días después de recibida la comunicación que aprobó el adicional de obra (18/06/2012) es que a través del asiento N° 147 el CONSORCIO da cuenta de dicha notificación y, además, informa que está solicitando la ampliación de plazo.

**196.** Por otro lado, en relación al segundo hecho que daría lugar a la ampliación de plazo N° 2, no se han encontrado anotaciones en la que el CONSORCIO ponga en evidencia el retraso en el que habría incurrido la ENTIDAD para aprobar el expediente de adicional de obra N° 1. Cabe indicar que conforme a lo que indica el RLCE, el CONSORCIO debió

anotar desde el primer día que la ENTIDAD estaría incurriendo en demora de la aprobación hasta que fuera notificada con esta decisión para dar cuenta de la necesidad de su solicitud, pero ello no ocurrió.

197. Por tanto, queda claro que de las anotaciones no puede evidenciarse un inicio y fin respecto de los hechos que se alegan como sustento de la ampliación de plazo N° 2, por lo que no se cumple con el primer requisito de forma establecido en el artículo 201 del RLCE. En efecto, no puede visualizarse que se haya comunicado oportunamente de la existencia de circunstancias que ameriten un pedido de mayor plazo, requisito necesario para el cumplimiento del procedimiento establecido.
198. Por las razones expuestas, este Tribunal Arbitral **por unanimidad** declara **INFUNDADA** esta pretensión, por lo que no corresponde concederle la ampliación de plazo N° 2. En el mismo sentido, tampoco corresponde dejar sin efecto la Resolución Directoral N° 1402012-AG-PEJSIB-6401 del 13 de julio de 2012 y la Carta 210-2012-AG-PEJSIB-6401.

Pretensión Subordinada a la Octava Pretensión Principal: **Determinar si corresponde declarar que, en el hipotético supuesto que no se considere pertinente el otorgamiento de la ampliación de plazo N° 02 en todo o en parte, el mayor tiempo transcurrido habría sido sin culpa del Contratista, en razón de la existencia de hechos que ameritan un grado de incertidumbre o imprecisión sobre el reconocimiento de trabajos considerados roca, roca suelta y material u otros indicados por el Contratista que implicarían una imputabilidad del mayor plazo transcurrido.**

199. El contratista tiene la obligación de ejecutar la obra dentro del plazo establecido en el CONTRATO. Más aún, tal como ha sido desarrollado, el contratista puede solicitar una ampliación de plazo bajo las causales que establece el REGLAMENTO. En el presente caso, como se ha visto, el CONSORCIO no cumplió con el procedimiento para la solicitud de ampliación de plazo N° 2, de manera tal que la ENTIDAD declaró la improcedencia de esta solicitud.
200. Como consecuencia, no puede exonerarse de culpa al CONSORCIO por la existencia de un mayor plazo, pues esta parte no fue diligente en cumplir con los requisitos que le permitieran acceder a una ampliación de plazo, tal como ha sido regulado en el REGLAMENTO. De esta manera, este Tribunal Arbitral **por unanimidad** declara **INFUNDADA** esta pretensión.

Pretensión Accesorio a la Octava Pretensión Principal y/o a la Pretensión Subordinada a la Octava Pretensión Principal: **Determinar si corresponde reconocer al Contratista los gastos generales por 46 días calendarios generados por las dos pretensiones anteriores.**

201. Al no haberse reconocido la ampliación de plazo a favor del CONSORCIO, este Tribunal Arbitral **por unanimidad** declara **INFUNDADA** esta pretensión.

Novena Pretensión Principal: **Determinar si corresponde declarar que el mayor plazo que transcurra entre la fecha de interposición de la demanda y la restitución a que**

**se respeten las condiciones originales del proceso en cuanto a la clasificación de roca, será sin culpa del Contratista, con expreso reconocimiento de gastos generales.**

202. Como se ha acreditado en el expediente arbitral, con fecha 31 de octubre de 2012 las partes acordaron la resolución del contrato, precisando en dicho documento que las demoras en la ejecución se han debido a causas no imputables a las partes (causal de fuerza mayor) y determinando que la misma se realizada **SIN RESPONSABILIDAD DE LAS PARTES**, por lo que, habiendo el CONSORCIO consentido la resolución del contrato por causas que no son imputables a las partes y sin responsabilidad para ellas, tres (03) meses después de la interposición de la demanda arbitral, este Tribunal Arbitral **por unanimidad** declara **INFUNDADA** esta pretensión.

Décima Pretensión Principal: **Determinar si corresponde reconocer al Contratista los intereses legales por todos los montos adeudados, computados desde la fecha en la que se debido efectuarse el pago, hasta la fecha de su pago efectivo.**

203. Conforme lo indicado en el artículo 197 del Reglamento, el contratista tiene derecho al reconocimiento de los intereses legales de conformidad con los artículos 1244, el 1235 y 1236 del Código Civil.
204. Sin embargo, entre las pretensiones formuladas en el presente arbitraje no existe deuda líquida que haya sido formulada o admitida, por lo que este Tribunal Arbitral **por unanimidad** declara que **CARECE DE OBJETO** pronunciarse respecto a esta pretensión.

## **IX.2 PUNTOS CONTROVERTIDOS DE LA DEMANDA PRESENTADA CON FECHA 28 DE AGOSTO DE 2012**

205. En relación a la solicitud de ampliación de plazo N° 2 que ha sido materia de resolución, el Tribunal Arbitral contempla que las pretensiones acumuladas por el CONSORCIO a través de su escrito de fecha 28 de agosto de 2012 versan sobre materias de naturaleza similar como son las ampliaciones de plazo, de manera que procede a su análisis.

Primera Pretensión Principal: **Determinar si corresponde reconocer al Contratista su ampliación de plazo de 18 a los 64 días calendarios, que hubiera solicitado mediante solicitud de ampliación de plazo N° 03 y si, en consecuencia, corresponde rectificar lo resuelto por la Entidad en la Resolución Directoral N° 155-2012-AG-PEJSIB-6401 y Carta N° 232-2012-AGPEJSIB-6401.**

206. El CONSORCIO recordó que el 10 de julio de 2012 se aprobó el adicional de obra N° 2, para cuya ejecución se requería un mayor plazo. Plazo al que además debía agregarse la demora de la ENTIDAD en brindar su aprobación. En este caso, el CONSORCIO ha precisado que la ENTIDAD ha reconocido las causales que motivaron su solicitud de ampliación de plazo N° 3, pero sólo 18 días de los 64 que fueran solicitados.
207. Al contestar esta pretensión, la ENTIDAD señaló que con Carta N° 072-2012 CIR&ORTEGA CLASS/ARP-RL del 29 de julio de 2012, el Supervisor de obra opinó que la solicitud procedía por 18 días correspondiente a la ejecución del adicional de obra N° 2 y que era inadmisibles por la demora en la aprobación, debido a que ello se debió a los errores

que contenía el expediente técnico. Igualmente, que el director de obras señaló que 18 días resultaban suficientes para la ejecución del adicional. En tal sentido, decidió aprobar la ampliación de plazo N° 3.

- 208.** De los medios de prueba presentados, se observa que mediante Carta N° 044CONSORCIO RIO MAYO, el CONSORCIO presentó su solicitud de ampliación de plazo N° 3 justificándola en dos hechos: (i) la ejecución del adicional de obra N° 2 y ii) el tiempo de demora en la aprobación del mismo. Sobre esto último, se afirmó que el CONSORCIO presentó su informe sobre presupuesto del adicional de obra N° 2 el 25 de mayo de 2012, debiendo la ENTIDAD pronunciarse hasta el 14 de junio de 2012, lo que ocurrió el 10 de julio del mismo año. El CONSORCIO solicitó 27 días calendario por ejecución del adicional y 26 días por la demora en el pronunciamiento de la ENTIDAD.
- 209.** Mediante Resolución Directoral N° 155-2012-AG-PEJSIB-6401 del 7 de agosto de 2012, la ENTIDAD aprobó la ampliación de plazo N° 3 por dieciocho (18) días calendarios, basados en las recomendaciones emitidas en informes de la supervisión y director de obras que consideraron este plazo como el de real afectación a la ruta crítica en mérito a la ejecución del adicional de obra N° 2. Además, la resolución desestima el pedido de ampliación de plazo por concepto de demora en la aprobación del adicional.
- 210.** En atención a estos hechos y medios de prueba ofrecidos se procederá a resolver si debe reconocerse la solicitud de ampliación de plazo N° 3 presentada por el CONSORCIO por 64 días calendario. A diferencia de la ampliación de plazo N° 2, en este caso, la ENTIDAD decidió aprobar en parte el pedido de ampliación de plazo y otorgó 18 días, reconociendo que estos eran por concepto de ejecución del adicional de obra N° 2.
- 211.** El CONSORCIO cuestiona la decisión indicando que debe otorgarse mayor plazo no solo por dicho concepto sino por la demora en la aprobación del presupuesto del adicional N° 2. Al respecto, debe recordarse que una solicitud de ampliación de plazo no solo debe contemplar los requisitos de forma sino de fondo, y con esto, el contratista debe demostrar que existe una afectación a la ruta crítica, de tal manera que requiera de ese plazo que solicita para culminar la obra. En este caso, sin embargo, de los medios de prueba ofrecido por el CONSORCIO no es posible concluir que exista una afectación mayor a aquella que ha sido reconocida por la ENTIDAD por las causales en las que fue fundamentada este pedido.
- 212.** No debe dejarse de lado que quien alega un hecho debe probarlo y en el caso concreto, de los documentos que obran en el expediente no puede justificarse que se requiera un plazo mayor para la ejecución del adicional de obra N° 2 y por concepto de demora en la aprobación del presupuesto del mismo.
- 213.** Por tanto, este Tribunal Arbitral **por unanimidad** declara **INFUNDADA** esta pretensión, por lo que no corresponde reconocer la solicitud de ampliación de plazo N° 3 del CONSORCIO y, en consecuencia, tampoco rectificar lo resuelto por la Entidad en la Resolución Directoral N° 155-2012-AG-PEJSIB-6401 y Carta N° 232-2012-AG-PEJSIB-6401

Pretensión accesoria a la Primera Pretensión Principal: **Determinar si corresponde reconocer al Contratista el íntegro de los gastos de generales que se devenguen por**

**el total de días de ampliación de plazo que se le otorgue, más los intereses legales que correspondan hasta la fecha efectiva de pago.**

214. Toda vez que la solicitud de ampliación de plazo por los días restantes que fueran pedidos por el CONSORCIO ha sido denegada, este Tribunal Arbitral **por unanimidad** declara **INFUNDADA** esta pretensión.

Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal **Determinar si, en el supuesto que se desestime el pedido del Contratista de ampliación de plazo N° 03 de 18 a 64 días, corresponde declarar que dicho lapso de 46 días es sin culpa del Contratista, es decir no sería un retraso imputable al Contratista.**

215. Como se ha señalado, una de las obligaciones del contratista es la ejecución de la obra dentro del plazo establecido en el CONTRATO. Durante la ejecución no cabe duda que pueden surgir hechos o circunstancias que interfieran dentro del plazo y resulten ajenas a su voluntad. En ese caso, se ha previsto la solicitud de ampliación de plazo y el procedimiento que debe seguirse para ello.

216. De encontrarse algún hecho que justamente perjudique el normal avance de la obra corresponderá al contratista realizar tal solicitud, conforme a la LCE y el RLCE. Si el Contratista no cumple con este, no puede eximirse de la responsabilidad que involucra el cumplimiento del plazo contractual.

217. En este caso, no han sido otorgados los 46 días de ampliación de plazo que fueran solicitados por el CONSORCIO debido a la falta de cumplimiento de los requisitos establecidos para una solicitud de esta naturaleza. Al no haber cumplido con ello, no puede exonerarse de culpa al CONSORCIO.

218. En consecuencia, este Tribunal Arbitral **por unanimidad** declara **INFUNDADA** esta pretensión.

Primera Pretensión accesoria a la Pretensión subordinada a la Primera Pretensión Principal: **Determinar si, como consecuencia del punto controvertido anterior corresponde declarar que el citado lapso de 46 días no generará penalidad alguna por mora en perjuicio del Contratista.**

219. En la misma línea de lo anterior, no puede exonerarse al CONSORCIO de las consecuencias o responsabilidades en la aplicación de penalidades, por lo que este Tribunal Arbitral **por unanimidad** declara **INFUNDADA** esta pretensión.

Segunda Pretensión Principal: **Determinar si, como consecuencia del tercer punto controvertido, corresponde reconocer al Contratista todos los gastos y el costo directo en que hubiera incurrido en los citados 46 días, más los intereses legales que correspondan hasta la fecha efectiva de pago.**

220. Al no reconocerse a favor del CONSORCIO el plazo de 46 días, no puede determinarse la procedencia de pago por concepto de gastos y costos directos que hubieran podido originarse, por lo que este Tribunal Arbitral **por unanimidad** declara **INFUNDADA** esta pretensión.

### **IX.3 PUNTOS CONTROVERTIDOS DE LA ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES PRESENTADA CON FECHA 10 DE OCTUBRE DE 2012.**

Primera Pretensión Principal: **Determinar si corresponde dejar sin efecto la Resolución N° 179-2012-AG-PEJSIB6401 y la Carta N° 277-2012-AG-PEJSIB-6401, las mismas que fijan como monto del presupuesto adicional de obra N° 3 la suma de S/ 480,814.96 (Cuatrocientos ochenta mil ochocientos catorce y 96/100 soles) y un porcentaje de incidencias con relación al monto del contrato principal de 4.99%.**

221. El CONSORCIO solicita dejar sin efecto la Resolución N° 179-2012-AG-PEJSIB-6401 de fecha 19 de septiembre de 2012 que aprobó el Presupuesto Adicional de obra N° 3 por un monto de S/. 480,814.96 (Cuatrocientos ochenta mil ochocientos catorce y 96/100 Soles), monto por debajo de aquel fuera considerado en el informe presentado por el DEMANDANTE. Los argumentos del CONSORCIO recaen nuevamente en la reclasificación realizada en el informe del ingeniero David Moncca, que ha sido considerado por la ENTIDAD al momento de adoptar esta decisión.

222. Como se ha determinado, la ENTIDAD procedió a realizar una variación de la definición de las prestaciones obligacionales, en atención a los términos expuestos en el informe del ingeniero David Moncca. Esta variación constituye en estricto la decisión unilateral de la ENTIDAD y no surte efectos jurídicos a su contraparte en la medida que esta no la acepta.

223. Por tanto, la Resolución N° 179-2012-AG-PEJSIB-6401 resulta ineficaz únicamente en el extremo que se refiere a la reclasificación de la roca, manteniendo toda su validez y vigencia en los demás elementos que la contienen, por lo que el Tribunal Arbitral **en mayoría** declara **FUNDADA EN PARTE** la pretensión, correspondiendo excluir de la relación contractual el extremo de la reclasificación realizada por el Ing, Moncca Simón debido a que constituye una decisión unilateral de la Entidad que modifica las condiciones contractuales de la obra.

Segunda Pretensión Principal: **Determinar si corresponde declarar como pago por el presupuesto adicional N° 03 el monto de S/ 590,586.30 (Quinientos noventa mil quinientos ochenta y seis y 30/100 soles) y un porcentaje de incidencias con relación al monto del contrato principal de 9.05% ello debido a los mayores metrados de las partidas contractuales, desde la progresiva 9 + 000 a la progresiva 18 + 800, por el replanteo de obra debido a la supuesta deficiencia del Expediente Técnico, quedando pendiente el tramo 9 + 500 a la 10 +160.**

224. El pago reclamado por el CONSORCIO deriva de los mayores metrados del adicional de obra N° 3. Sobre este particular, el Tribunal Arbitral en mayoría considera que, habiéndose resuelto el Contrato por acuerdo de las partes, es en la oportunidad de la liquidación en la que se deberá hacer el ajuste respecto de los montos que resulten, de acuerdo con los metrados realmente ejecutados, por lo que este Tribunal Arbitral en mayoría, declara IMPROCEDENTE la pretensión del CONSORCIO.

Pretensión Subordinada a la Primera y/o Segunda Pretensiones Principales: **Determinar si, en el supuesto que se desestime la primera o segunda pretensiones anteriores, corresponde ordenar que la Entidad pague al Contratista la suma de S/ 590,586.30**

**(Quinientos noventa mil quinientos ochenta y seis y 30/100 soles) por concepto de enriquecimiento sin causa.**

**225.** En relación al enriquecimiento sin causa, el Tribunal Arbitral ha dejado en claro que se trata de una fuente de obligaciones distinta a la contractual, por lo que, conforme a la LCE y el CONTRATO, el Tribunal Arbitral **por unanimidad** declara IMPROCEDENTE la pretensión, por no ser arbitrable.

Tercera Pretensión Principal: **Determinar si la Entidad puede variar o no de manera unilateral los precios previamente establecidos, así como variar las especificaciones técnicas pactadas por las partes.**

**226.** Un principio fundamental de los contratos es el principio de pacta sunt servanda, por el cual los contratos son ley entre las partes. En el ámbito de las contrataciones públicas este principio no es ajeno a las relaciones contractuales que surgen entre una Entidad y el contratista. Así, es obligatorio que, durante la ejecución del Contrato, la Entidad deba mantener las condiciones establecidas durante el proceso de selección.

**227.** En esa medida, el cumplimiento recíproco y oportuno de las prestaciones pactadas por las partes es la situación esperada en el ámbito de la contratación pública, pues caso contrario en el supuesto que una de las partes no cumpla con ejecutar las obligaciones a su cargo pese a haberse solicitado, ésta quedara facultada para resolver total o parcialmente el contrato.

**228.** En ese orden de ideas, de manera declarativa corresponde determinar que la ENTIDAD sí puede variar de manera unilateral los precios, cuando exista la necesidad de adecuarse a nuevas exigencias, por ejemplo, el incremento de la remuneración mínima vital. En ese sentido, el precio puede incrementarse.

**229.** Lo que puede pretender el CONSORCIO es que se determine que la Entidad no puede reducir unilateralmente los precios, lo cual resulta correcto, aunque del análisis del caso concreto, se evidencie que no ha existido un cambio o variación de los precios de las prestaciones contractuales.

**230.** De otro lado, este Tribunal Arbitral considera que, en atención a la naturaleza jurídica del Contrato, al interés público que se debe priorizar en la ejecución de una obra, bien o servicio, una Entidad Pública puede variar las especificaciones técnicas establecidas en un Contrato, para lo cual requerirá del acuerdo de su contraparte.

Por tanto, el Tribunal Arbitral **por unanimidad** declara **INFUNDADA** esta pretensión.

Cuarta Pretensión Principal: **Determinar si corresponde ordenar que la Entidad pague al Contratista los intereses legales por todos los montos adeudados, computados desde la fecha en la que se debió efectuarse el pago, hasta la fecha de pago efectivo.**

**231.** Conforme lo indicado en el artículo 197 del Reglamento, el contratista tiene derecho al reconocimiento de los intereses legales de conformidad con los artículos 1244, el 1235 y 1236 del Código Civil.

232. Sin embargo, entre las pretensiones formuladas en el presente arbitraje no existe deuda líquida que haya sido formulada o admitida, por lo que este Tribunal Arbitral **por unanimidad** declara que **CARECE DE OBJETO** pronunciarse respecto a esta pretensión.

#### **IX.4 PUNTOS CONTROVERTIDOS DE LA DEMANDA PRESENTADA CON FECHA 3 DE ABRIL DE 2013 (EXPEDIENTE 55-2013-SNA/OSCE)**

Primera Pretensión Principal: **Determinar si corresponde tener por aprobada y consentida la Liquidación de Obra presentada por el Contratista con fecha 11 de enero de 2013, mediante Carta N° 01-CONSORCIO RIO MAYO, la misma que contempla un saldo a favor del Contratista ascendente a la suma de S/ 2'957,403.81 (Dos millones novecientos cincuenta y siete mil cuatrocientos tres y 81/100 soles).**

233. El CONSORCIO solicita el reconocimiento de la Liquidación de obra presentada por el dentro de la que incluye conceptos por los mayores metrados que reclama, así como los gastos que derivan de sus pedidos de ampliaciones de plazo. El CONSORCIO además afirmó que, si bien la ENTIDAD respondió a la comunicación en la que presenta su liquidación, dicho acto no ha sido emitido dentro de lo dispuesto en la norma de contrataciones del Estado. Por su parte, la ENTIDAD indicó que al existir controversias pendientes no podía realizarse la liquidación final de obra.
234. Respecto a la liquidación de obra, corresponde remitirnos al artículo 211 del RLCE que ha previsto el procedimiento para ello, dejando en claro la oportunidad de su presentación, así como el supuesto bajo el cual no procede su presentación, tal como se precisa a continuación:

***“Artículo 211.- Liquidación del Contrato de obra***

*El contratista presentará la liquidación debidamente sustentada con la documentación y cálculos detallados, dentro de un plazo de sesenta (60) días o el equivalente a un décimo (1/10) del plazo vigente de ejecución de la obra, el que resulte mayor, contado desde el día siguiente de la recepción de la obra. Dentro del plazo máximo de sesenta (60) días de recibida, la Entidad deberá pronunciarse, ya sea observando la liquidación presentada por el contratista o, de considerarlo pertinente, elaborando otra, y notificará al contratista para que éste se pronuncie dentro de los quince (15) días siguientes.*

*(...)*

***No se procederá a la liquidación mientras existan controversias pendientes de resolver”.*** (El resaltado es de los árbitros)

235. El último párrafo del citado artículo establece que no procede la liquidación de obra cuando existan controversias que no han sido resueltas. Ello refleja el sentido y alcance de una liquidación de obra que consiste principalmente en determinar el costo de la obra, para lo cual se requiere conocer con exactitud el monto de cada uno de los conceptos contemplados en esta.
236. Sobre el particular, el Organismo Técnico Especializado ha señalado<sup>21</sup> que si bien el último párrafo del artículo 211 del Reglamento señalaba que no se podía proceder a la

---

<sup>21</sup> Opinión N° 020-2016/DTN.

liquidación mientras hubiera controversias pendientes de resolver, **dicha disposición solo era aplicable cuando existían controversias sobre los conceptos que debían integrar la liquidación de obra y no sobre aspectos ajenos a ésta.**

237. Ahora bien, de conformidad con la Opinión N° 022-19/DTN referida a la legislación aplicable al Contrato, se determina que “la liquidación del contrato de obra debe contener todas las valorizaciones, los reajustes, los mayores gastos generales, la utilidad y los impuestos que afectan la prestación, conceptos que siempre forman parte del costo total de la obra. Adicionalmente, también puede incorporarse otros conceptos autorizados por la normativa de contrataciones del Estado como las penalidades aplicables al contratista, los adelantos otorgados y sus amortizaciones, entre otros conceptos que se incluyen al cumplirse determinados supuestos y que determinan el saldo económico a favor de una de las partes.

En esa medida, **la liquidación de obra solo puede incluir conceptos que forman parte del costo de la obra y otros que han sido autorizados expresamente por la normativa de contrataciones del Estado.**”

Concluye la referida Opinión: “En consecuencia, en el marco de la anterior Ley y su Reglamento la Entidad no podía paralizar el procedimiento de liquidación de obra ante la existencia de controversias que fueran ajenas a los conceptos que la normativa de contrataciones del Estado contemplaba como componentes de la liquidación de obra.” En sentido contrario a lo establecido por el OSCE, cuando las controversias se refieran a los conceptos establecidos en la normativa, no corresponde el trámite de Liquidación de Obra.

238. Realizado el análisis y evaluación de las pretensiones de la demanda arbitral, se evidencia la existencia de controversias relativas a las valorizaciones, los mayores gastos generales, ampliaciones de plazo y consecuente aplicación de penalidad por mora, controversias todas que, forman parte integrante de los elementos esenciales de la Liquidación de Obra, por lo que este Tribunal Arbitral resuelve **por unanimidad** declarar **IMPROCEDENTE** la pretensión.

Primera Pretensión Accesorio a la Primera Pretensión Principal: **Determinar si corresponde ordenar el pago inmediato a la Entidad del saldo a favor establecido en la liquidación final de la obra presentada por el Contratista con fecha 11 de enero de 2013, mediante Carta N° 01-CONSORCIO RIO MAYO, la misma que contempla un saldo a favor del Contratista ascendente a la suma de S/ 2'957,403.81 (Dos millones novecientos cincuenta y siete mil cuatrocientos tres y 81/100 soles) con expreso reconocimiento de los intereses legales devengados desde la fecha de presentación de la solicitud arbitral hasta la fecha efectiva de pago.**

239. Al haberse declarado improcedente el anterior punto controvertido, esta pretensión sigue la misma suerte, por lo que este Tribunal resuelve **por unanimidad** declarar **IMPROCEDENTE** la pretensión, no pudiendo reconocer un pago a favor del CONSORCIO por concepto de la liquidación final de obra.

Segunda Pretensión Accesorio a la Primera Pretensión Principal: **Determinar si corresponde ordenar que la Entidad cumpla con formalizar y emitir la respectiva Resolución de la Liquidación de Obra, siendo que en dicha Resolución debe quedar**

**expresamente señalada la aprobación de la liquidación de ejecución de obra presentada por el Contratista, así como el saldo a favor del Contratista establecido en la misma, saldo que asciende a la suma de S/ 2'957,403.81 (Dos millones novecientos cincuenta y siete mil cuatrocientos tres y 81/100 soles).**

- 240.** Debido a que no corresponde la presentación de la liquidación de obra por la existencia de controversias pendientes, tampoco puede ordenarse a la ENTIDAD que emita una resolución al respecto, por lo que este Tribunal resuelve **por unanimidad** declarar **IMPROCEDENTE** la pretensión.

Primera Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal: **Determinar si, en caso no se reconozca al Contratista – en todo caso o en parte – la pretensión contenida en el primer punto controvertido, corresponde reconocer al Contratista el monto omitido por concepto de enriquecimiento sin causa de la Entidad en perjuicio del Contratista, pues se trataría de prestaciones efectivamente ejecutadas por el Contratista en favor de la Entidad, siendo que toda pretendida reducción de la liquidación del Contratista por S/ 749,708.20 (Setecientos Cuarenta y Nueve Mil Setecientos Ocho y 20/100 soles) correspondería a un indebido enriquecimiento de la Entidad en perjuicio del Contratista.**

- 241.** Este Tribunal Arbitral ha declarado que tal como lo dispone la LCE resulta incompetente para emitir pronunciamiento sobre pretensiones de enriquecimiento sin causa, en razón de que esta constituye una fuente de obligaciones distinta al CONTRATO y, del contenido literal del Convenio Arbitral plasmado en la Cláusula Vigésimo Sexta del CONTRATO, solo permite resolver controversias derivadas de la relación contractual existente entre las partes, por lo que, en base al análisis desarrollado anteriormente, este Tribunal resuelve **por unanimidad** declarar **IMPROCEDENTE** la pretensión.

Tercera Pretensión Principal: **Determinar si corresponde ordenar que la Entidad devuelva al Contratista las garantías que sustentaron el presente Contrato, así como le reconozca los costos financieros por el mantenimiento y renovación de las mismas contado desde la fecha en que se desestimó la liquidación del Contratista, hasta la fecha efectiva de la devolución, incluidos los intereses legales que se devenguen hasta la fecha efectiva de pago.**

- 242.** Debe precisarse que la Ley, el Reglamento y las demás normas emitidas por el OSCE, conforman la normativa de contrataciones del Estado, la cual tiene por finalidad regular la contratación de bienes, servicios y obras por parte de las Entidades con cargo a fondos públicos, y que, por tanto, constituye la regulación aplicable a la presentación de garantías por parte de los proveedores que contraten con el Estado.

- 243.** En ese orden de ideas, el artículo 39 de la Ley aplicable al Contrato establecía que las garantías que debían otorgar los postores y/o contratistas —de corresponder—, eran las de fiel cumplimiento del contrato, por los adelantos y por el monto diferencial de la propuesta. Dichas garantías debían ser: incondicionales, solidarias, irrevocables y de realización automática en el país, al solo requerimiento de la Entidad, bajo responsabilidad de las empresas que las emitían<sup>22</sup>.

---

<sup>22</sup> Cabe señalar que, el segundo párrafo del artículo 39 de la anterior Ley establecía que las empresas que emitían las garantías debían encontrarse bajo la supervisión de la Superintendencia de Banca y Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de

244. Las garantías que pueden ser exigidas para la suscripción del contrato son aquellas establecidas en el artículo 39 de la Ley, dentro de las cuales se encuentra la garantía de fiel cumplimiento del contrato, por la suma equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato original<sup>23</sup>.
245. El artículo 141 del Reglamento establece que, previamente a la suscripción del contrato, el postor ganador de la Buena Pro debe presentar a la Entidad, además de los documentos exigidos en las Bases, las garantías exigidas por la Ley, salvo casos de excepción.
246. Como señala la Opinión N° 150-18/DTN, referida a esta regulación “sobre la garantía de fiel cumplimiento, debe anotarse que esta tenía una doble función: (i) *compulsiva*, porque buscaba compeler u obligar al contratista a cumplir con todas sus obligaciones contractuales, bajo apercibimiento de ejecutar las garantías presentadas por éste; y (ii) *resarcitoria*, dado que pretendía (la garantía de fiel cumplimiento), a través de su ejecución, indemnizar a la Entidad por los eventuales daños y perjuicios que hubiera sufrido debido al incumplimiento de las obligaciones del contratista<sup>24</sup>.

Al respecto, el artículo 158 del anterior Reglamento establecía que: “Como requisito indispensable para suscribir el contrato, el postor ganador debe entregar a la Entidad la garantía de fiel cumplimiento del mismo. Esta deberá ser emitida por una suma equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato original y tener una **vigencia (...) hasta el consentimiento de la liquidación final, en el caso de ejecución y consultoría de obras.** // De manera excepcional, respecto de aquellos contratos que tengan una vigencia superior a un (1) año, previamente a la suscripción del contrato, las Entidades podrán aceptar que el ganador de la Buena Pro presente la garantía de fiel cumplimiento y de ser el caso, la garantía por el monto diferencial de la propuesta, con una vigencia de un (1) año, con el **compromiso de renovar su vigencia hasta** la conformidad de la recepción de la prestación o **exista el consentimiento de la liquidación del contrato.**”

Como se aprecia, la garantía de fiel cumplimiento era un requisito indispensable para la suscripción del contrato; así, el postor ganador debía entregarla a la Entidad por una suma equivalente al 10% del monto del contrato original y con una vigencia que abarcara todo el período comprendido para la ejecución de la obra, hasta el consentimiento de la liquidación final. En aquellos contratos cuya vigencia era superior a 1 año (contratos de obra), la Entidad podía aceptar que dicha garantía pudiera tener una vigencia de un (1) año, no obstante, ésta debía renovarse —de igual forma— hasta que la liquidación final del contrato estuviera consentida.

---

Pensiones y debían estar autorizadas para emitir dichas garantías; o estar consideradas en la última lista de bancos extranjeros de primera categoría que periódicamente publica el Banco Central de Reserva del Perú.

<sup>23</sup> El artículo 158 del Reglamento establece que, “Como requisito indispensable para suscribir el contrato, el postor ganador debe entregar a la Entidad la garantía de fiel cumplimiento del mismo. Esta deberá ser emitida por una suma equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato original y tener vigencia hasta la conformidad de la recepción de la prestación a cargo del contratista, en el caso de bienes y servicios (...)”.

<sup>24</sup> En concordancia con los criterios vertidos en las Opiniones N° 036-2015, N° 005-2015/DTN, N° 108-2014/DTN, entre otras.

Por otra parte, sobre **la garantía por los adelantos**, debe señalarse que ésta tenía la finalidad de salvaguardar la amortización total del adelanto que hubiere otorgado la Entidad, conforme a como se establecía en la anterior normativa de contrataciones del Estado<sup>25</sup>.

Al respecto, el artículo 187 del anterior Reglamento señalaba que en el caso que en las Bases se hubiera establecido el otorgamiento del adelanto directo, el contratista, dentro de los ocho (8) días siguientes a la suscripción del contrato, podía solicitarlo formalmente, **adjuntando a su solicitud la garantía y el comprobante de pago correspondiente**. Al vencimiento del plazo señalado, no procedía el adelanto.

En relación a ello, cabe anotar que el artículo 162 del anterior Reglamento establecía que “La Entidad sólo puede entregar los adelantos previstos en las Bases y solicitados por el contratista, contra la presentación de una garantía emitida por idéntico monto y un **plazo mínimo de vigencia de tres (3) meses, renovable trimestralmente por el monto pendiente de amortizar, hasta la amortización total del adelanto otorgado.**”

247. En relación a esta pretensión, el CONSORCIO indicó que la ENTIDAD mantenía en su poder las garantías correspondientes a la carta fianza de fiel cumplimiento y la fianza por adelanto de materiales, las cuales vienen originándole altas sumas de dinero por su renovación.

248. Como se ha señalado precedentemente, los alcances de esta garantía se encuentran regulados en el artículo 158 del RLCE, de acuerdo al siguiente detalle:

**“Artículo 158.- Garantía de fiel cumplimiento**

*Como requisito indispensable para suscribir el contrato, el postor ganador debe entregar a la Entidad la garantía de fiel cumplimiento del mismo. Esta deberá ser emitida por una suma equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato original y **tener vigencia hasta la conformidad de la recepción de la prestación a cargo del contratista, en el caso de bienes y servicios, o hasta el consentimiento de la liquidación final, en el caso de ejecución y consultoría de obras.***

(...)” (El resaltado es de los árbitros)

249. La garantía por fiel cumplimiento debido a su misma naturaleza, que busca asegurar la adecuada prestación por parte del CONSORCIO requiere estar vigente hasta la liquidación final de obra, hecho que como se ha visto aún se encuentra pendiente en el presente CONTRATO. Por tal motivo, no corresponde su devolución, ni el reconocimiento de algún pago a favor del CONSORCIO por concepto de costos financieros incurridos para su vigencia, toda vez que constituye parte de sus obligaciones, como indica el RLCE.

<sup>25</sup> De conformidad con lo establecido en el artículo 38 de la anterior Ley, para la entrega de adelantos, la Entidad debía establecer su entrega en las Bases, en los casos, montos y condiciones señalados en el anterior Reglamento.

El artículo 186 del anterior Reglamento, en el caso de obras, los adelantos que podía entregar la Entidad eran los siguiente: (i) los adelantos directos, que en ningún caso podían exceder en conjunto del veinte por ciento (20%) del monto del contrato original; y (ii) para materiales o insumos a utilizarse en el objeto del contrato, los que en conjunto no debían superar el cuarenta por ciento (40%) del monto del contrato original.

250. En relación con la devolución de la garantía por adelanto de materiales, esta ha sido contemplada en el artículo 162 del RLCE. El artículo expresa lo siguiente:

**“Artículo 162.- Garantía por adelantos**

(...)

*Tratándose de los adelantos de materiales, **la garantía se mantendrá vigente hasta la utilización de los materiales o insumos a satisfacción de la Entidad**, pudiendo reducirse de manera proporcional de acuerdo con el desarrollo respectivo.”* (El resaltado es de los árbitros)

251. En este caso, la garantía por adelanto de materiales deberá mantenerse vigente hasta la utilización de materiales a satisfacción de la ENTIDAD. De las afirmaciones del CONSORCIO no puede colegirse que este supuesto haya ocurrido, por lo que la Entidad deberá proceder conforme lo señalado en el artículo 162 del RLCE, en la oportunidad de la aprobación de la Liquidación de la Obra.

252. Así las cosas, este Tribunal resuelve **por unanimidad** declara **INFUNDADA** la pretensión.

Quinta Pretensión Principal: **Determinar si corresponde se reconozca y se ordene el pago a favor del Contratista, por la demora innecesaria a la solución de las presentes controversias como el perjuicio causado por los gastos de pagos a las empresas asesoras para el proceso arbitral, gastos por los pagos de personal administrativo y técnico al haberse excedido los plazos contractuales tal y como estipulan los artículos 1969° y 1985° del Código Civil, así como las utilidades dejadas de percibir.**

253. El CONSORCIO solicita un pago a su favor por los perjuicios que habría sufrido en las demoras que hubieran podido ocasionar el tiempo transcurrido con motivo de la solución de controversias, principalmente pago de asesores. Sin perjuicio de lo que se decida en el pago de costos y costas del presente proceso, para fines de esta pretensión, el CONSORCIO no ha presentado medios de prueba que puedan demostrar los hechos que alega esta parte. Por tanto, este Tribunal resuelve **por unanimidad** declara **INFUNDADA** la pretensión.

## VIII DE LOS COSTOS DEL ARBITRAJE

254. En cuanto a los costos se refiere, el artículo 59° del Texto Único Ordenado del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje del OSCE indica que el Tribunal Arbitral deberá pronunciarse en el laudo, sobre los gastos arbitrales, atendiendo a lo pactado en el convenio arbitral, o, de lo contrario, decidirá a su discreción, precisándose además en el artículo 66° que comprenden los gastos arbitrales.

255. Lo anterior encuentra relación con los artículos 69°, 70° y 73° de la LEY DE ARBITRAJE, que disponen que los árbitros se pronunciarán en el laudo sobre los costos del arbitraje, teniendo presente, de ser el caso, lo pactado en el convenio, y si el convenio no contiene pacto alguno, los árbitros se pronunciarán en el laudo sobre su condena o exoneración, teniendo en cuenta el resultado o sentido del mismo.

**256.** En ese sentido, el Tribunal Arbitral ha apreciado durante la prosecución del proceso que, ambas partes han actuado, finalmente, basadas en la existencia de razones para litigar que a su criterio resultan atendibles, y por ello, han litigado honestamente y convencidas de sus posiciones ante la controversia.

**257.** Por consiguiente, considera que no corresponde condenar a ninguna de ellas al pago exclusivo de los costos del proceso arbitral, es decir, cada parte debe asumir el 50% de todos los costos del presente proceso en los que corresponde a los honorarios de los miembros del Tribunal Arbitral y los servicios de administración del SNA -OSCE; debiendo asumir cada una los costos que hayan implicado sus correspondientes defensas técnicas y legales.

Por lo que el Tribunal Arbitral

**RESUELVE:**

**PRIMERO: DECLARAR FUNDADA** la primera pretensión principal del CONSORCIO, reconociendo la existencia de errores en el Expediente Técnico del CONTRATO que corresponde solucionar a la ENTIDAD como propietaria del mismo.

**SEGUNDO: DECLARAR FUNDADA** la segunda pretensión principal del CONSORCIO contenida en su escrito de demanda de fecha 31 de julio de 2012, por lo que, mediante Resolución Directoral N° 136-2012-AG-PEJSIB-6401, la ENTIDAD hizo suyo el informe elaborado por el ingeniero David Mocca Simón en cuya pagina 15, se varía la definición de clasificación de roca.

**TERCERO: DECLARAR FUNDADA** la tercera pretensión principal del CONSORCIO contenida en su escrito de demanda de fecha 31 de julio de 2012, determinando que la variación de la clasificación de roca dispuesta por la ENTIDAD mediante Resolución Directoral N° 136-2012AG-PEJSIB-6401 (notificada Carta 194-2012-AG-PEJSIB-6401) sí constituye un cambio de las condiciones con las cuales el CONSORCIO se presentó al presente proceso de selección y obtuvo la Buena Pro.

**CUARTO: DECLARAR FUNDADA** la cuarta pretensión principal del CONSORCIO contenida en su escrito de demanda de fecha 31 de julio de 2012, por lo que siendo la ENTIDAD la propietaria del expediente técnico que no se impute, responsabilice o traslade las consecuencias de eventuales o ciertos errores del mismo al CONSORCIO, los que deberán ser asumidos por la ENTIDAD, sin perjuicio de su derecho a repetir contra el Proyectista.

**QUINTO: DECLARAR FUNDADA** la quinta pretensión principal del CONSORCIO contenida en su escrito de demanda de fecha 31 de julio de 2012, por lo que la variación de la clasificación de roca efectuada por la ENTIDAD, conforme a la página quince del informe del ingeniero David Moncca Simón, no puede afectar los metrados ejecutados por el CONSORCIO con anterioridad a la notificación de la decisión de la ENTIDAD de hacer suyo el informe y criterio de evaluación de dicho profesional, debiendo reconocerse los costos derivados de la clasificación establecida en las Bases y expediente técnico del proceso de selección y de obra.

**SEXTO: DECLARAR FUNDADA EN PARTE** la sexta pretensión principal del CONSORCIO contenida en su escrito de demanda de fecha 31 de julio de 2012, por lo que la variación de la

clasificación de roca efectuada por la ENTIDAD conforme a la página quince del informe del Ing. David Moncca Simón no puede afectar incluso los metrados que se ejecuten con posterioridad a la decisión de la ENTIDAD de hacer suyo el informe y criterio de evaluación de dicho profesional debiendo tenerse en cuenta que en tanto la ENTIDAD, como el CONSORCIO se encuentran sujetos de modo obligatorio a lo expresamente contemplado en las bases del proceso de selección y de los documentos que integran el contrato, careciendo de efecto el extremo de las Resoluciones Directorales N° 138-2012-AG-PEJSIB 6401 y N° 138-2012-AG-PEJSIB-6401 que se refieren a la reclasificación de roca y material.

**SEPTIMO:DECLARAR FUNDADA EN PARTE** la Primera Pretensión Accesorio a la Quinta y/o Sexta Pretensiones Principales debiendo reconocerse el derecho del CONSORCIO a que sean considerados roca, roca suelta, y material suelto y así, de esta manera se reconozcan los mayores metrados ejecutados, abonándose la retribución correspondiente conforme a la clasificación establecida en el ítem A-2 y 3.02 de la Clasificación de Excavaciones del Expediente Técnico, que constituye parte del CONTRATO y es de obligatorio cumplimiento para ambas partes.

**OCTAVO: DECLARAR FUNDADA EN PARTE** la Segunda Pretensión Accesorio a la Quinta y/o Sexta Pretensiones Principales: Se calcule el íntegro del monto ejecutado, a ser reconocido y pagado al CONSORCIO por mayores metrados, conforme a la clasificación establecida en el ítem.A.2 y 3.02 de la Clasificación de Excavaciones del Expediente Técnico.

**NOVENO: CARECE DE OBJETO** pronunciarse respecto a la Tercera Pretensión Accesorio a la Quinta y/o Sexta Pretensiones Principales por lo resuelto de manera previa.

**DECIMO: DECLARAR IMPROCEDENTE** la Pretensión Subordinada a la Quinta y/o Sexta Pretensiones Principales, debido a que el Tribunal Arbitral carece de competencia sobre materias concernientes a enriquecimiento sin causa.

**UNDECIMO: DECLARAR INFUNDADA** la Séptima Pretensión Principal del escrito de fecha 31 de julio de 2012, por las razones expuestas.

**DUODÉCIMO: DECLARAR INFUNDADA** la Pretensión Subordinada a la Séptima Pretensión Principal del escrito de fecha 31 de julio de 2012, por las razones expuestas.

**DÉCIMO TERCERO: DECLARAR INFUNDADA** la Octava Pretensión Principal del escrito de fecha 31 de julio de 2012, por las razones expuestas.

**DÉCIMO CUARTO: DECLARAR INFUNDADA** la Pretensión Subordinada a la Octava Pretensión Principal del escrito de fecha 31 de julio de 2012, por las razones expuestas.

**DÉCIMO QUINTO: DECLARAR INFUNDADA** la Pretensión Accesorio a la Octava Pretensión Principal y/o a la Pretensión Subordinada a la Octava Pretensión Principal del escrito de fecha 31 de julio de 2012, por las razones expuestas.

**DÉCIMO SEXTO: DECLARAR INFUNDADA** la Novena Pretensión Principal del escrito de fecha 31 de julio de 2012, por las razones expuestas.

**DÉCIMO SÉPTIMO: DECLARAR QUE CARECE DE EFECTO** el pronunciamiento respecto a la

Décima Pretensión Principal del escrito de fecha 31 de julio de 2012, por las razones expuestas.

**DÉCIMO OCTAVO: DECLARAR INFUNDADA** la Primera Pretensión Principal del escrito de fecha 28 de agosto de 2012, por las razones expuestas.

**DÉCIMO NOVENO: DECLARAR INFUNDADA** la Pretensión accesoria a la Primera Pretensión Principal del escrito de fecha 28 de agosto de 2012, por las razones expuestas.

**VIGÉSIMO: DECLARAR INFUNDADA** la Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal del escrito de fecha 28 de agosto de 2012, por las razones expuestas.

**VIGÉSIMO PRIMERO: DECLARAR INFUNDADA** la Primera Pretensión accesoria a la Pretensión subordinada a la Primera Pretensión Principal del escrito de fecha 28 de agosto de 2012, por las razones expuestas.

**VIGÉSIMO SEGUNDO: DECLARAR INFUNDADA** la Segunda Pretensión Principal del escrito de fecha 28 de agosto de 2012, por las razones expuestas.

**VIGÉSIMO TERCERO: DECLARAR FUNDADA EN PARTE** la Primera Pretensión Principal del escrito de fecha 10 de octubre de 2012, por lo que carece de efecto el extremo de la Resolución N° 179-2012-AG-PEJSIB-6401 en lo que se refiere a la reclasificación de roca y material, manteniendo plena vigencia y validez todos los demás extremos de la misma.

**VIGÉSIMO CUARTO:** En relación a la Segunda Pretensión Principal del escrito de fecha 10 de octubre de 2012, se declara **IMPROCEDENTE**, por las razones expuestas en la parte considerativa de este laudo.

**VIGÉSIMO QUINTO: IMPROCEDENTE** la Pretensión Subordinada a la Primera y/o Segunda Pretensiones Principales del escrito de fecha 10 de octubre de 2012, debido a que el Tribunal Arbitral carece de competencia sobre materias concernientes a enriquecimiento sin causa.

**VIGÉSIMO SEXTO: DECLARAR INFUNDADA** la Tercera Pretensión Principal del escrito de fecha 10 de octubre de 2012, por las razones expuestas.

**VIGÉSIMO SÉPTIMO: DECLARAR QUE CARECE DE EFECTO** el pronunciamiento respecto a la cuarta pretensión principal o del escrito de fecha 10 de octubre de 2012, por las razones expuestas.

**VIGÉSIMO OCTAVO: DECLARAR IMPROCEDENTE** la Primera Pretensión Principal del escrito de fecha 3 de abril de 2013, por las razones expuestas.

**VIGÉSIMO NOVENO: DECLARAR IMPROCEDENTE** la Primera Pretensión Accesorio a la Primera Pretensión Principal del escrito de fecha 3 de abril de 2013, por las razones expuestas.

**TRIGÉSIMO: DECLARAR IMPROCEDENTE** la Segunda Pretensión Accesorio a la Primera Pretensión Principal del escrito de fecha 3 de abril de 2013, por las razones expuestas.

**TRIGÉSIMO PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE** la Primera Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal del escrito de fecha 3 de abril de 2013, por las razones expuestas.

**TRIGÉSIMO SEGUNDO: DECLARAR INFUNDADA** la pretensión de ordenar la devolución de las garantías por concepto de fiel cumplimiento y adelanto de materiales, ni pago alguno por costos financieros derivados de la renovación de las referidas garantías.

**TRIGÉSIMO TERCERO: DECLARAR INFUNDADA** la solicitud de reconocer el pago a favor del CONSORCIO, por gastos que se habrían originado del tiempo en la resolución de las diferencias con la ENTIDAD.

**TRIGÉSIMO CUARTO: FIJAR** los honorarios del Tribunal Arbitral y los gastos administrativos del SNA-OSCE en las cantidades previamente pagadas por cada una de las partes, sobre la base de liquidaciones efectuadas en su oportunidad.

**TRIGÉSIMO QUINTO: DECLARAR** no ha lugar a condena de costos y costas del arbitraje; en consecuencia, disponer que cada una de las partes asuma en proporciones iguales el pago de los honorarios del Tribunal Arbitral y los gastos administrativos del SNA - OSCE e igualmente, los gastos o costos en que incurrió como consecuencia del presente proceso, como son los honorarios de sus respectivas defensas técnico - legales y cualquier otro en el que cada una de ellas haya incurrido.

El presente Laudo es inapelable y tiene carácter vinculante e imperativo para las partes; en consecuencia, una vez firmado, notifíquese, para su cumplimiento, con arreglo a lo dispuesto por la Ley de Contrataciones del Estado y el Decreto Legislativo N° 1071 – Decreto Legislativo que norma el Arbitraje.

  
**CARLOS LUIS RUSKA MAGUIÑA**  
**Miembro del Tribunal Arbitral**

Expediente N° S094-2012 / S055-2013-SNA/OSCE

  
**JOSÉ ANTONIO TRELLES CASTILLO**  
**Miembro del Tribunal Arbitral**

Expediente N° S094-2012 / S055-2013-SNA/OSCE

Arbitraje seguido entre

**CONSORCIO RIO MAYO**  
(DEMANDANTE)

Y

**PROYECTO ESPECIAL JAEN SAN IGNACIO BAGUA**  
(DEMANDADO)

---

**VOTO DISCORDANTE**

---

**ÁRBITRO**

**ZOILA MILAGROS CAMPOS LOO**

*Sistema Nacional de Arbitraje (SNA – OSCE)*

Lima, 30 de Julio de 2020

**VOTO DISCORDANTE DE LA ABOGADA ZOILA MILAGROS CAMPOS LOO**

En Lima, a los 30 días del mes de Julio del año dos mil veinte, la Abogado Zoila Milagros Campos Loo emite su voto discordante al laudo arbitral emitido en mayoría de la misma fecha, luego de haber realizado las actuaciones arbitrales de conformidad con la Ley y las normas establecidas por las partes, escuchado los argumentos esgrimidos y deliberado en torno a las pretensiones planteadas en la demanda.

**VISTOS:**

**I. ANTECEDENTES**

1. Conforme con los antecedentes del Laudo.

**II. EL PROCESO ARBITRAL**

**II.1 INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL Y PROCEDIMIENTO ARBITRAL**

**APLICABLE**

**Inicio del Proceso Arbitral, Designación de los Árbitros e Instalación del Tribunal Arbitral**

2. Surgida la controversia entre las partes, Proyecto Especial Jaén San Ignacio Bagua designó como árbitro al abogado Carlos Luis Benjamín Ruska Maguiña. A su turno y dentro del plazo de Ley, el Consorcio Rio Mayo designó al abogado José Antonio Trelles Castillo como árbitro.
3. Los árbitros designados por las partes se pusieron de acuerdo respecto del nombramiento del tercer miembro y presidente del Tribunal Arbitral, nombramiento que recayó en la abogada Zoila Milagros Campos Loo.
4. Mediante Orden Procesal No 1 de fecha 18 de marzo de 2013, se aprobaron las Reglas del presente proceso.

**El Convenio Arbitral y la Competencia del Tribunal Arbitral**

5. En la cláusula vigésima Sexta del Contrato referida a la Solución de Controversias, se dispuso que cualquier controversia serán resuelta mediante arbitraje de derecho:

**CLAUSULA VIGÉSIMA SEXTA: DE LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS**

Cualquier controversia que surja entre las partes, desde la suscripción del contrato, su ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia ó invalidez, serán resueltos de manera definitiva e inapelable mediante arbitraje de derecho, debiendo solicitarse el inicio de este procedimiento dentro de los plazos que estipula la Ley de Contrataciones y su Reglamento, precisando que el arbitraje se desarrollará bajo la organización y administración de los órganos del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje del OSCE (antes CONSUCODE) y de acuerdo con su Reglamento. Es voluntad de las partes que el Presidente del Tribunal Arbitral llegado el momento, sea uno designado por OSCE.

6. En ese sentido el presente arbitraje es de tipo Institucional, Nacional y de Derecho.

**Procedimiento arbitral aplicable**

7. Las partes ratificaron su sometimiento incondicional a los Reglamentos del Centro y de común acuerdo reconocieron la intervención del Centro como la institución encargada de la organización y administración del presente arbitraje.

**II.2 CONSIDERACIONES PRELIMINARES**

8. El presente VOTO DISCORDANTE se expide de conformidad con lo señalado en la Ley de Arbitraje. Estando a lo dispuesto en la mencionada Ley, la Abogada Zoila Milagros

Campos Loo advierte a las partes que la valoración de las pruebas en que se sustenta este voto y los fundamentos de hecho y de derecho para admitir o rechazar las respectivas pretensiones y defensas de las partes, es por no compartir el análisis y conclusión efectuado por mis co-árbitros, respecto de algunas pretensiones.

9. En lo correspondiente a la valoración de los medios probatorios aportados por las partes, se deja expresa constancia que en el presente proceso arbitral se ha actuado de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 43° de la Ley de Arbitraje, en el que se señala que:

***“El Tribunal Arbitral tiene la facultad para determinar de manera exclusiva la admisión, pertinencia, actuación y valor de las pruebas y para ordenar en cualquier momento la presentación o la actuación de las pruebas que estime necesarios”.***

### II.3 LA DEMANDA

10. EL CONSORCIO RIO MAYO, en adelante e DEMANDANTE, mediante escritos presentados el 31 de Julio de 2012 y sus acumulados del 28 de Agosto de 2012, 10 de Octubre 2012 y 03 de Abril 2013, interpone su demanda:

#### **PETITORIO**

Del Escrito del 31 de julio de 2012

- Primera Pretensión Principal: Se reconozca la existencia de errores en el Expediente Técnico del CONTRATO que corresponde solucionar a la ENTIDAD como propietaria del mismo, específicamente errores en los metrados contemplados para las actividades de movimiento, excavación y remoción de roca o cualquier otro tipo de material de desecho.
- Segunda Pretensión Principal: Se determine que la ENTIDAD, mediante Resolución Directoral N° 136-2012-AG-PEJSIB-6401 notificada mediante Carta N° 194-2012-AGPEJSIB-6401 el 10 de julio de 2012, hace suyo el informe elaborado por el señor David Moncca Simón en cuya página 15 se varía la definición de clasificación de roca.
- Tercera Pretensión Principal: Se determine que la variación de la clasificación de roca dispuesta por la ENTIDAD de modo arbitrario y unilateral mediante Resolución Directoral N° 136-2012-AG-PEJSIB-6401 notificada mediante Carta 194-2012-AG-PEJSIB-6401 constituye un cambio de las condiciones con las que el CONSORCIO se presentó al proceso de selección y obtuvo la Buena Pro.
- Cuarta Pretensión Principal: Al ser la ENTIDAD la propietaria del expediente técnico que no se impute, responsabilice o traslade las consecuencias de eventuales o ciertos errores del expediente técnico al CONSORCIO, los que deberán ser asumidos por la ENTIDAD, sin perjuicio de su derecho a repetir contra el Proyectista.
- Quinta Pretensión Principal: Se determine que la variación de la clasificación de roca efectuada por la ENTIDAD, conforme a la página quince del informe del ingeniero David Moncca Simón, no puede afectar los metrados ejecutados por el CONSORCIO con anterioridad a la decisión de la ENTIDAD de hacer suyo el informe y criterio de evaluación de dicho profesional, debiendo reconocerse los costos derivados de la

clasificación establecida en las Bases y expediente técnico del proceso de selección y de obra.

- Sexta Pretensión Principal: Determinar que la variación de la clasificación de roca efectuada por la ENTIDAD conforme a la página quince del informe del Ing. David Moncca Simón no puede afectar incluso los metrados que se ejecuten con posterioridad a la decisión de la ENTIDAD de hacer suyo el informe y criterio de evaluación de dicho profesional debiendo tenerse en cuenta que en tanto la ENTIDAD, como el CONSORCIO se encuentran sujetos de modo obligatorio a lo expresamente contemplado en las bases del proceso de selección y de los documentos que integran el contrato, careciendo de efecto las Resoluciones Directorales N° 138-2012-AGPEJSIB 6401 y N° 138-2012-AG-PEJSIB-6401 por cuanto pretenderían valorizar mayores metrados o establecer deductivos, sobre la base de desconocer la metodología aprobada en el Expediente Técnico para la clasificación de roca y material.
- Primera Pretensión Accesorio a la Quinta y/o Sexta Pretensiones Principales: Se reconozca el derecho del CONSORCIO a que sean considerados roca, roca suelta, y material suelto y así, de esta manera se reconozcan los mayores metrados ejecutados o por ejecutarse, abonándose la retribución correspondiente conforme a la clasificación establecida en el ítem A-2 Clasificación de Excavaciones del Expediente Técnico, que constituye parte del CONTRATO y es obligatorio para ambas partes.
- Segunda Pretensión Accesorio a la Quinta y/o Sexta Pretensiones Principales: Se calcule el íntegro del monto ejecutado, a ser reconocido y pagado al CONSORCIO por mayores metrados, conforme a la clasificación establecida en el ítem.A.2 Clasificación de Excavaciones del Expediente Técnico.
- Tercera Pretensión Accesorio a la Quinta y/o Sexta Pretensiones Principales: Se deje sin efecto las Resoluciones Directorales N° 136-2012-AG-PEJSIB-6401 y N° 138-2012PEJSIB-6401, la Carta 194°-2012-AG-PEJSIB-6401 (notificada al CONSORCIO el 10 de julio de 2012), así como los demás documentos administrativos emitidos por la Entidad todos ellos únicamente en el extremo que establecen una forma de clasificación de roca que difiere de lo establecido en el Expediente Técnico y afectan los montos a ser reconocidos al CONSORCIO por trabajos efectuados o por efectuarse dejando a salvo el resto de su contenido.
- Pretensión Subordinada a la Quinta y/o Sexta Pretensiones Principales: En el supuesto caso que se desestime el pago de los montos que corresponda a las excavaciones de roca conforme a los criterios y metodología establecidos en el expediente técnico que forma parte del contrato que los mismos sean reconocidos al CONSORCIO por concepto de enriquecimiento sin causa.
- Séptima Pretensión Principal: Se deje sin efecto la Resolución Directoral 141-2012-AGPEJSIB-6401 del 13 de julio de 2012 y demás documentos administrativos relacionados, por los cuales se declara improcedente la paralización de obra dispuesta por el CONSORCIO por cuanto no se habrían solucionado las discrepancias en torno a la clasificación de roca que habría motivado la primera paralización (que habría sido aceptada por la ENTIDAD).
- Pretensión Subordinada a la Séptima Pretensión Principal: En el hipotético supuesto que no se considere la existencia de discrepancias entre las partes en torno a la clasificación de roca como causal de paralización de obra se tenga en cuenta los demás hechos relevantes, imputados a terceros que motivaron tal decisión del CONSORCIO.
- Octava Pretensión Principal: Se conceda la ampliación de plazo N° 2 por 46 días calendario, al existir defectos y vicios que debieron ser asumidos por la Entidad, dejándose sin efecto la Resolución Directoral N° 140-2012-AG-PEJSIB-6401 del 13 de julio de 2012 y la Carta 210-2012-AG-PEJSIB-6401, que habría desestimado el pedido

del CONSORCIO basado en la supuesta inexistencia de discrepancias en torno a la clasificación de roca.

- Pretensión Subordinada a la Octava Pretensión Principal: En caso no se considere pertinente el otorgamiento de la ampliación de plazo N° 02 en todo o en parte, se precise que el mayor tiempo transcurrido habría sido sin culpa del CONSORCIO, en razón de la existencia de hechos que ameritan un grado de incertidumbre o imprecisión sobre el reconocimiento de trabajos considerados roca, roca suelta y material u otros indicados por el CONSORCIO que implicarían una imputabilidad del mayor plazo transcurrido.
- Pretensión Accesorio a la Octava Pretensión Principal y/o a la Pretensión Subordinada a la Octava Pretensión Principal: Se reconozcan los gastos generales por 46 días calendario, generados por las dos pretensiones anteriores.
- Novena Pretensión Principal: Se declare que el mayor plazo que transcurra entre la fecha de interposición de la demanda y la restitución a que se respeten las condiciones originales del proceso en cuanto a la clasificación de roca, serán sin culpa del CONSORCIO, con expreso reconocimiento de gastos generales.
- Décima Pretensión Principal: Se reconozcan los intereses legales por todos los montos adeudados, computados desde la fecha en la que debió efectuarse el pago, hasta la fecha de pago efectivo.
- Determinar a quién y en qué proporción corresponde el pago de los costos del proceso arbitral.

Del Escrito del 28 de Agosto de 2012

- Primera Pretensión Principal: Se amplíe el reconocimiento de la ampliación de plazo de 18 a 64 días, como fue solicitado por el CONSORCIO en la ampliación de plazo N° 3, rectificándose lo resuelto por la ENTIDAD en la Resolución Directoral N° 155-2012-AGEJSIB-6401 y Carta N° 232-2012-AG-PEJSIB-6401.
- Pretensión accesoria a la Primera Pretensión Principal: Se reconozca a favor del CONSORCIO el íntegro de los gastos generales que se devenguen por el total de días de ampliación de plazo que se otorguen, más los intereses legales correspondientes hasta la fecha efectiva de pago.
- Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal: En caso se desestime el pedido de ampliación de plazo N° 3, se declare que el lapso de 46 días es sin culpa del CONSORCIO, es decir, no imputable a esta parte.
- Primera Pretensión accesoria a la Pretensión subordinada a la Primera Pretensión Principal: De ampararse la pretensión anterior, se declare que el plazo de 46 días no generará penalidad alguna por mora en perjuicio del CONSORCIO.
- Segunda Pretensión Principal: De ampararse la pretensión subordinada, se reconozca a favor del CONSORCIO los gastos y costo directo incurridos por esta parte en los 46 días, más los intereses legales correspondientes hasta la fecha efectiva de pago.

Del Escrito del 10 de Octubre de 2012

- Primera Pretensión Principal: Se deje sin efecto la Resolución N° 179-2012-AGPEJSIB-6401 y la Carta N° 277-2012-AG-PEJSIB-6401, las mismas que fijan como monto del presupuesto adicional de obra N° 3 la suma de S/ 480,814.96 (Cuatrocientos ochenta mil ochocientos catorce y 96/100 nuevos soles) y un porcentaje de incidencias con relación al monto del contrato principal de 4.99%.
- Segunda Pretensión Principal: Se declare como pago por el presupuesto adicional N° 03 el monto de S/ 590,586.30 (Quinientos noventa mil quinientos ochenta y seis y

30/100 nuevos soles) y un porcentaje de incidencias con relación al monto del contrato principal de 9.05% ello debido a los mayores metrados de las partidas contractuales, desde la progresiva 9 + 000 a la progresiva 18 + 800, por el replanteo de obra debido a la supuesta deficiencia del Expediente Técnico, quedando pendiente el tramo 9 + 500 a la 10 + 160.

- Pretensión Subordinada a la Primera y/o Segunda Pretensiones Principales: En el supuesto que se desestime la primera o segunda pretensiones anteriores, ordenar que la Entidad pague la suma de S/ 590,586.30 (Quinientos noventa mil quinientos ochenta y seis y 30/100 nuevos soles) por concepto de enriquecimiento sin causa.
- Tercera Pretensión Principal: Se declare que la ENTIDAD no puede variar de manera unilateral los precios previamente establecidos, así como variar las especificaciones técnicas pactadas por las partes, siendo que incluso los cambios que se establezcan vía adicional como es el caso del adicional N° 3 deben respetar tales parámetros, especificaciones y definiciones previamente pactadas.
- Cuarta Pretensión Principal: Se reconozcan los intereses legales por todos los montos adeudados, contados desde la fecha en la que debió efectuarse el pago, hasta la fecha de pago efectivo.

Del Escrito del 03 de Abril de 2013

- Primera Pretensión Principal: Determinar si corresponde tener por aprobada y consentida la Liquidación de Obra presentada por el Contratista con fecha 11 de enero de 2013, mediante Carta N° 01-CONSORCIO RIO MAYO, la misma que contempla un saldo a favor del Contratista ascendente a la suma de S/ 2'957,403.81 (Dos millones novecientos cincuenta y siete mil cuatrocientos tres y 81/100 soles).
- Primera Pretensión accesoria a la Primera Pretensión Principal: Determinar si corresponde ordenar el pago inmediato a la Entidad del saldo a favor establecido en la liquidación final de la obra presentada por el Contratista con fecha 11 de enero de 2013, mediante Carta N° 01-CONSORCIO RIO MAYO, la misma que contempla un saldo a favor del Contratista ascendente a la suma de S/ 2'957,403.81 (Dos millones novecientos cincuenta y siete mil cuatrocientos tres y 81/100 soles) con expreso reconocimiento de los intereses legales devengados desde la fecha de presentación de la solicitud arbitral hasta la fecha efectiva de pago.
- Segunda Pretensión accesoria a la Primera Pretensión Principal: Determinar si corresponde ordenar que la Entidad cumpla con formalizar y emitir la respectiva Resolución de la Liquidación de Obra, siendo que en dicha Resolución debe quedar expresamente señalada la aprobación de la liquidación de ejecución de obra presentada por el Contratista, así como el saldo a favor del Contratista establecido en la misma, saldo que asciende a la suma de S/ 2'957,403.81 (Dos millones novecientos cincuenta y siete mil cuatrocientos tres y 81/100 soles).
- Primera Pretensión subordinada a la Primera Pretensión Principal: Determinar si, en caso no se reconozca al Contratista – en todo caso o en parte – la pretensión contenida en el primer punto controvertido, corresponde reconocer al Contratista el monto omitido por concepto de enriquecimiento sin causa de la Entidad en perjuicio del Contratista, pues se trataría de prestaciones efectivamente ejecutadas por el Contratista en favor de la Entidad, siendo que toda pretendida reducción de la liquidación del Contratista por S/ 749,708.20 (Setecientos Cuarenta y Nueve Mil Setecientos Ocho y 20/100 soles) correspondería a un indebido enriquecimiento de la Entidad en perjuicio del Contratista.

- Determinar si corresponde ordenar que la Entidad devuelva al Contratista las garantías que sustentaron el presente Contrato, así como le reconozca los costos financieros por el mantenimiento y renovación de las mismas contado desde la fecha en que se desestimó la liquidación del Contratista, hasta la fecha efectiva de la devolución, incluidos los intereses legales que se devenguen hasta la fecha efectiva de pago.
- Determinar si corresponde se reconozca y se ordene el pago a favor del Contratista, por la demora innecesaria a la solución de las presentes controversias como el perjuicio causado por los gastos de pagos a las empresas asesoras para el proceso arbitral, gastos por los pagos de personal administrativo y técnico al haberse excedido los plazos contractuales tal y como estipulan los artículos 1969° y 1985° del Código Civil, así como las utilidades dejadas de percibir.
- Determinar si corresponde efectuar expresa condena de los costos y costas del proceso arbitral a la Entidad.

#### **II.4 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

11. El PROYECTO ESPECIAL JAEN SAN IGNACIO BAGUA (en adelante la Demandada), contestó la demanda y sus acumulaciones, solicitando que sea declarada infundada en todos sus extremos.

#### **II.5 SE TIENE EN CUENTA EN LO QUE CONVenga AL DERECHO DE LAS PARTES**

12. Se deja constancia que, al realizar el análisis del presente voto, se está teniendo en cuenta todos y cada uno de los escritos presentados por las partes a lo largo del presente proceso.

#### **II.7 CUESTIONES MATERIA DE PRONUNCIAMIENTO**

13. Conforme al Convenio Arbitral contenido en la Cláusula Vigésima Sexta del Contrato, la materia de la controversia quedó determinada por el contenido de los escritos mediante los cuales las partes expresan sus posiciones y las contestaciones que realizaron ante lo expresado por la otra parte además de los medios probatorios que cada una presentó.

#### **II. 8 MEDIOS PROBATORIOS**

14. En relación con los medios probatorios ofrecidos por las partes y sobre la base del principio de la amplitud de la prueba que se aplica en todo procedimiento arbitral, se deja constancia de que se han actuado todos los medios probatorios presentados, los que han sido evaluados en su integridad.

#### **II.9 AUDIENCIA DE ILUSTRACIÓN DE HECHOS**

15. El 06 y 20 de Noviembre de 2014 se llevó a cabo la Audiencia de Ilustración de Hechos, oportunidad en que las partes expusieron sus respectivas posiciones acerca de los hechos de la controversia y respondieron a las preguntas del Tribunal Arbitral.

## II.11 ALEGATOS

16. El 21 de Enero de 2020, se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales, donde las partes sustentaron sus conclusiones respecto de la presente controversia, y absolvieron las preguntas formuladas por el Tribunal, según consta en el audio y/o video de registro de la audiencia.
17. Mediante Orden Procesal N° 45 de fecha 13 de Febrero de 2020, de conformidad con los artículos 32(1) y 39 (1) del Reglamento de Arbitraje del Centro, el Tribunal Arbitral declaró el cierre de las actuaciones del proceso, y fijó el plazo para laudar.

## III. ANÁLISIS DE LA MATERIA CONTROVERTIDA

18. Se pasa a analizar los argumentos vertidos por las partes, así como la valoración de los medios probatorios que obran en el expediente, procediendo con el análisis de las pretensiones.

De la Demanda del 31 de Julio e 2012

- 1. Pronunciamiento sobre la Segunda Pretensión Principal y posición del árbitro**  
**Determinar si la Entidad, mediante Resolución Directoral N° 136-2012-AGPEJSIB-6401 (notificada a la Contratista con fecha 10 de julio de 2012, mediante Carta 194-2012-AG-PEJSIB-6401), ha hecho suyo el informe elaborado por David Mocca Simón en cuya pagina 15, se varia la definición de clasificación de roca.**

Al respecto, los Presupuestos Adicionales de Obra son costos no previstos en el presupuesto original de una obra pública, generados por la necesidad de realizar obras adicionales a la misma para poder darle cumplimiento. En esa medida, se ha señalado en la contratación pública que los fondos públicos y la transparencia de los procesos-de selección, mecanismos específicos para casos concretos como el de los presupuestos adicionales de obra.

La Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante D.L. No.1017, establece en su artículo 41° (quinto párrafo): *“La decisión de la Entidad o de la Contraloría General de la República de aprobar o no la ejecución de prestaciones adicionales, no podrá ser sometida a arbitraje. Tampoco podrán ser sometidas a arbitraje las controversias referidas a la ejecución de las prestaciones adicionales de obra y mayores prestaciones de supervisión que requieran aprobación previa de la Contraloría General de la República.”*

Como se advierte el mismo cuerpo normativo establece la prohibición de someter a arbitraje las controversias sobre ejecución de adicionales de obra, así como lo decidido por la Entidad contratante o por la Contraloría General de la República.

En consecuencia, dada la claridad y especificidad de la norma, es indudable que las controversias relativas a presupuestos adicionales de obra no son arbitrables, por lo

que los árbitros son incompetentes para conocer tales cuestiones, ni realizar revisiones formales al respecto.

Ahora bien, la ENTIDAD, mediante Resolución Directoral N° 136-2012-AG-PEJSIB6401 del 10 de Julio de 2012, aprobó el Presupuesto Adicional de Obra N° 2.

En ese sentido, este Árbitro carece de competencia para resolver esta pretensión, por lo que **se declarada IMPROCEDENTE.**

- 2. Pronunciamiento sobre la Tercera Pretensión Principal y posición del árbitro**  
**Determinar si la variación de la clasificación de roca dispuesta por la Entidad mediante Resolución Directoral N° 136-2012-AG-PEJSIB-6401 (notificada Carta 194-2012-AG-PEJSIB-6401, constituirá un cambio de las condiciones con las cuales el Contratista se presentó al presente proceso de selección y obtuvo la Buena Pro.**

Esta pretensión busca la revisión formal de la Resolución Directoral N° 136-2012-AG-PEJSIB 6401 que versa sobre la aprobación del adicional de obra N° 2. En esa medida, al no tener competencia para resolver sobre este tipo de decisión aprobación de adicional de obra-, las consecuencias que deriven de esta siguen la misma suerte, de manera que la árbitra no es competente para pronunciarse sobre este punto controvertido, el mismo que **se declara IMPROCEDENTE.**

- 3. Pronunciamiento sobre la Quinta Pretensión Principal y posición del árbitro**  
**Determinar si la supuesta variación de la clasificación de roca efectuada por la Entidad conforme a la página quince del informe del Ing. David Moncca Simon, no puede afectar los metrados ejecutados por el Contratista con anterioridad a la decisión de la Entidad de hacer suyo el informe y criterio de evaluación de dicho profesional. Asimismo, determinar si debe reconocerse al Contratista los costos que se deriven de la clasificación establecida en las Bases y expediente técnico del proceso de selección y de la obra.**

La definición de la clasificación de roca realizada en el informe del ingeniero David Moncca, es un documento que forma parte integrante de la Resolución Directoral N° 136-2012-AG-PEJSIB 6401, decisión de la Entidad para la aprobación del Presupuesto Adicional de Obra N° 2. En esa medida al no tener competencia para resolver sobre este tipo de decisión -aprobación de adicional de obra-, las consecuencias que deriven de esta siguen la misma suerte, de manera que la árbitra no es competente para pronunciarse sobre este punto controvertido, el mismo que **se declara IMPROCEDENTE.**

- 4. Pronunciamiento sobre la Sexta Pretensión Principal y posición del árbitro**  
**Determinar si la supuesta variación de la clasificación de roca efectuada por la Entidad conforme a la página quince (15) del informe del Ing. David Moncca Simon no puede afectar incluso los metrados que se ejecuten con posterioridad a la decisión de la Entidad de hacer suyo el informe y criterio de evaluación de dicho profesional debiendo tenerse en cuenta que en tanto la Entidad, como el Contratista se encuentran sujetos de modo obligatorio a lo expresamente contemplado en las bases del proceso de selección y de los**

**documentos que integran el contrato. Asimismo, determinar si carecen de efecto las Resoluciones Directorales N° 136-2012-AG-PEJSIB 6401 y N° 1382012-AG-PEJSIB-6401 por cuanto pretenderían valorizar mayores metrados o establecer deductivos, sobre la base de supuestamente desconocer la metodología aprobada en el Expediente Técnico para la clasificación de roca y material**

La página quinde (15) del informe del ingeniero David Moncca, es un documento que forma parte integrante de la decisión de la Entidad para la aprobación del Presupuesto Adicional de Obra N° 2 y su deductivo, Resoluciones Directorales N° 136-2012-AG-PEJSIB 6401 y N° 138-2012-AG-PEJSIB-6401 correspondientemente, por lo que al no tener competencia para resolver sobre este tipo de decisión aprobación de adicional de obra-, la árbitro no es competente para pronunciarse sobre este punto controvertido, el mismo que **se declara IMPROCEDENTE.**

**5. Pronunciamiento sobre la Primera Pretensión Accesorias a los puntos controvertidos Quinto y Sexto y posición del árbitro**

**Determinar si corresponde reconocer el derecho del Contratista a que sean considerados roca, roca suelta, y material suelto y si, en consecuencia, corresponde que se le reconozcan los mayores metrados ejecutados o por ejecutarse, abonándose al Contratista la retribución correspondiente conforme a la clasificación establecida en el ítem A-2 Clasificación de Excavaciones del Expediente Técnico, que constituye parte del contrato y es obligatorio para ambas partes.**

Esta pretensión busca el reconocimiento de mayores metrados dejando de lado la decisión adoptada mediante Resolución Directoral N° 136-2012-AG-PEJSIB 6401 que versa sobre la aprobación del adicional de obra N° 2. No obstante, al no tener competencia para resolver sobre este tipo de decisión-aprobación de adicional de obra-, las consecuencias que deriven de esta siguen la misma suerte, de manera que la árbitro no es competente para pronunciarse sobre este punto controvertido, el mismo que se declara IMPROCEDENTE.

**6. Pronunciamiento sobre la Segunda Pretensión Accesorias de los Puntos Controvertidos Quinto y Sexto y posición del árbitro**

**Determinar si corresponde calcular el íntegro del monto ejecutado y si este deberá ser reconocido y pagado al Contratista por mayores metrados, conforme a la clasificación establecida en el ítem.A.2 Clasificación de Excavaciones del Expediente Técnico.**

Siendo esta una pretensión accesorias y, habiendo sido declarada IMPROCEDENTE la pretensión principal, corresponde declarar IMPROCEDENTE la presente pretensión accesorias.

**7. Pronunciamiento sobre la Tercera Pretensión Accesorias de los puntos controvertidos Quinto y Sexto y posición del árbitro**

**Determinar si corresponde dejar sin efecto las Resoluciones Directorales N° 136-2012-AG-PEJSIB-6401 y N° 138-2012-PEJSIB-6401, la Carta 194°-2012-AGPEJSIB-6401 (notificada al Contratista el 10 de julio de 2012), así como los**

**demás documentos administrativos emitidos por la Entidad todos ellos únicamente en el extremo que establecen una forma de clasificación de roca que difiere de lo establecido en el Expediente Técnico y afectan los montos a ser reconocidos al Contratista por trabajos efectuados o por efectuarse dejando a salvo el resto de su contenido.**

La Resolución Directoral N° 136-2012-AG-PEJSIB-6401 es la que aprueba el adicional de obra y de la cual se deriva la Resolución Directoral N° 138-2012-AGPEJSIB 6401 que aprueba el deductivo de obra N° 1, por lo que estas resoluciones, así como demás documentos administrativos referidos a la decisión de variación de la clasificación del material no pueden ser cuestionadas en sede arbitral, al versar sobre una decisión de aprobación de adicional de obra, no siendo los árbitros competentes, debiendo declarar IMPROCEDENTE este punto controvertido.

De la segunda acumulación de la Demanda, escrito del 10 de Octubre de 2012

#### **8. Pronunciamiento de la Primera Pretensión Principal**

**Determinar si corresponde dejar sin efecto la Resolución N° 179-2012-AGPEJSIB-6401 y la Carta N° 277-2012-AG-PEJSIB-6401, las mismas que fijan como monto del presupuesto adicional de obra N° 3 la suma de S/ 480,814.96 (Cuatrocientos ochenta mil ochocientos catorce y 96/100 soles) y un porcentaje de incidencias con relación al monto del contrato principal de 4.99%.**

El CONSORCIO solicita dejar sin efecto la Resolución N° 179-2012-AG-PEJSIB6401 de fecha 19 de septiembre de 2012 que aprobó el Presupuesto Adicional de obra N° 3 por un monto de S/. 480,814.96 (Cuatrocientos ochenta mil ochocientos catorce y 96/100 Soles), monto por debajo de aquel fuera considerado en el informe presentado por el DEMANDANTE. Los argumentos del CONSORCIO recaen nuevamente en la reclasificación realizada en el informe del ingeniero David Moncca, que ha sido considerado por la ENTIDAD al momento de adoptar esta decisión.

Como se ha determinado, la ENTIDAD procedió a realizar una variación del concepto de materiales, en atención a los términos expuestos en el informe del ingeniero David Moncca. Esta variación constituye en estricto la decisión de la ENTIDAD de aprobar un adicional de obra, materia que tal como lo ha dispuesto la LCE no puede ser sometida a arbitraje.

Por tanto, toda vez que la decisión recaída en la Resolución N° 179-2012-AGPEJSIB-6401 concierne a la decisión de la ENTIDAD de aprobar el adicional de obra N° 3 es que la Árbítro carece de competencia sobre este punto controvertido, el cual debe declararse IMPROCEDENTE.

### **DECISIÓN**

Por las razones expuestas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41° de la Ley de Arbitraje, y estando a lo prescrito por las normas legales invocadas, mi **VOTO** es, en **DERECHO**,

**RESUELVE:**

**PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE** la segunda pretensión principal del CONSORCIO contenida en su escrito de demanda de fecha 31 de julio de 2012.

**SEGUNDO: DECLARAR IMPROCEDENTE** la tercera pretensión principal del CONSORCIO contenida en su escrito de demanda de fecha 31 de julio de 2012.

**TERCERO: DECLARAR IMPROCEDENTE** la quinta pretensión principal del CONSORCIO contenida en su escrito de demanda de fecha 31 de julio de 2012.

**CUARTO: DECLARAR IMPROCEDENTE** la sexta pretensión principal del CONSORCIO contenida en su escrito de demanda de fecha 31 de julio de 2012

**QUINTA: DECLARAR IMPROCEDENTE** la Primera Pretensión Accesorio a la Quinta y Sexta Pretensiones Principales del CONSORCIO contenida en su escrito de demanda de fecha 31 de julio de 2012

**SEXTA: DECLARAR IMPROCEDENTE** la Segunda Pretensión Accesorio a la Quinta y Sexta Pretensiones Principales del CONSORCIO contenida en su escrito de demanda de fecha 31 de julio de 2012.

**SETIMA: DECLARAR IMPROCEDENTE** la Tercera Pretensión Accesorio a la Quinta y Sexta Pretensiones Principales del CONSORCIO contenida en su escrito de demanda de fecha 31 de julio de 2012.

**OCTAVA: DECLARAR IMPROCEDENTE** la Primera Pretensión Principal del Consorcio contenida en su escrito de fecha 10 de octubre de 2012

**NOVENA:** El Árbitro en este acto dispone que sobre los puntos controvertidos no pronunciados en el presente Voto Discordante, se adhiere por lo resuelto por el Tribunal Arbitral.



**Zoila Milagros Campos Loo**

Presidenta del Tribunal Arbitral

Expediente N° S094-2012 / S055-2013-SNA/OSCE

---

**Tribunal Arbitral**  
Carlos Luis Benjamín Ruska Maguiña (Árbitro Único)

## **LAUDO ARBITRAL**

**DEMANDANTE:** DARKEV NEGOCIACIONES S.A.C. (en adelante, DEMANDANTE, CONTRATISTA o DARKEV)

**DEMANDADO:** SERVICIO NACIONAL DE SANIDAD AGRARIA (en adelante, DEMANDADO, ENTIDAD o SENASA)

**TIPO DE ARBITRAJE:** Institucional y de Derecho

**TRIBUNAL ARBITRAL:** Carlos Luis B. Ruska Maguiña (Árbitro Único)

**SECRETARIA ARBITRAL:** Daniela Ardiles Chavarri  
Secretaria Arbitral del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de PUCP.

---

### **Decisión N° 12**

En Lima, a los diez días del mes de julio del año dos mil veinte, el Tribunal Arbitral, luego de haber realizado las actuaciones arbitrales de conformidad con las normas aplicables, escuchado ampliamente los argumentos que las partes sometieron a su consideración, haciendo una valoración en conjunto de las pruebas aportadas, dicta el siguiente laudo de derecho poniendo fin a la controversia sometida a su consideración.

**Tribunal Arbitral**

Carlos Luis Benjamín Ruska Maguiña (Árbitro Único)

## **I. EL CONVENIO ARBITRAL**

1. De conformidad con el inciso 4 del artículo 185<sup>1</sup> del Decreto Supremo N° 350-2015, modificado por el Decreto Supremo N° 056-2017, Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado (en adelante, RLCE), en los casos donde las controversias deriven de Órdenes de Compra, esto son resueltos mediante arbitraje.
2. La presente controversia surge por el reclamo presentado por DARKEV, respecto al incumplimiento del pago de la Orden de Compra N° 00864 del 5 de octubre del 2017.
3. A partir de lo señalado previamente y, en tanto DARKEV presentó su solicitud ante el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (en adelante, Centro) y que la ENTIDAD aceptó este proceso en su contestación a la solicitud del 16 de mayo de 2018, el presente arbitraje es organizado y administrado por este, conforme el Reglamento de Arbitraje PUCP 2017 (en adelante, Reglamento) y en forma supletoria por lo dispuesto en el Decreto Legislativo N° 1071, decreto legislativo que norma el arbitraje (en adelante, Ley de Arbitraje).

## **II. CONSTITUCIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL**

4. El 28 de junio de 2018, el árbitro Carlos Luis Benjamín Ruska Maguiña, remite su aceptación como Árbitro Único, quedando así válidamente constituido el Tribunal Arbitral.

## **III. RESUMEN DE LAS PRINCIPALES ACTUACIONES ARBITRALES**

5. Mediante Decisión N° 1, de fecha 29 de agosto de 2018, se establecieron las reglas aplicables al presente proceso arbitral y se otorgó al demandante el plazo de diez (10) días para la presentación de su escrito de demanda. DARVEK, dentro del plazo establecido, presentó su escrito de demanda, el 14 de septiembre de 2018. El día 25

---

<sup>1</sup> 185.4. En los siguientes supuestos, el arbitraje deberá ser iniciado ante cualquier institución arbitral registrada y acreditada ante el OSCE ubicada en el lugar del perfeccionamiento del contrato o, en caso no exista una en dicho lugar, ante cualquier otra ubicada en un lugar distinto:

(...)

h) Cuando se trate de controversias que se desprenden de órdenes de compra o de servicios derivadas del Acuerdo Marco, siempre que no se haya incorporado un convenio arbitral en las mismas"

Decisión **N° 12**

Laudo Arbitral

Página 2 de 44

---

**Tribunal Arbitral**

Carlos Luis Benjamín Ruska Maguiña (Árbitro Único)

del mismo mes y año, se corrió traslado a SENASA del escrito de demanda por el plazo de diez (10) días.

6. El 11 de octubre de 2018, el DEMANDADO, dentro del plazo otorgado, presentó su escrito de contestación de demanda. A través de la Decisión N° 2, de fecha 16 de octubre de 2018, el Tribunal Arbitral tuvo por contestada la demanda y otorgó a las partes el plazo de tres (3) días a fin de que remitan sus respectivas propuestas de puntos controvertidos.
7. Mediante Decisión N° 3, de fecha 8 de noviembre de 2018, se determinaron las cuestiones controvertidas del presente arbitraje, se admitieron los medios probatorios detallados en el acápite "Medios Probatorios" identificados del A-1 al A-6 por parte de DARKEV; así como también los medios probatorios ofrecidos por SENASA en su escrito de contestación de demanda. Adicionalmente, a través de la referida Decisión, se otorgó a DARKEV el plazo de tres (3) días, a fin de que precise y ratifique si mediante su escrito de demanda del 14 de septiembre de 2018, ofreció como medio probatorio una pericia de parte.
8. A través de Decisión N° 4, del 18 de enero de 2019, se tuvo por ofrecida la pericia de parte de DARKEV y se otorgó a dicha parte el plazo de treinta (30) días para presentarla. Mediante Decisión N° 5, de fecha 12 de marzo de 2019, se tuvo por presentada la pericia de DARKEV y se otorgó a SENASA el plazo de treinta (30) días, a fin de que manifieste lo conveniente a su derecho.
9. Mediante escrito presentado el 23 de abril de 2019, SENASA absolvió el traslado del informe pericial, solicitando que el Árbitro Único rechace la pericia presentada por su contraparte por los argumentos allí expuestos. Asimismo, en el Cuarto Otrosí digo del referido escrito, SENASA ofrece en calidad de anexo copia del Informe N° 0005-2019-MINAGRI-SENASA-OAD-ULO-ECORDOVA.
10. A través de Decisión N° 6 de fecha 28 de octubre de 2019, se declaró NO HA LUGAR la solicitud planteada por SENASA para rechazar la pericia presentada por DARKEV. Asimismo, se admitió el medio probatorio denominado "Informe N° 005-2019-MINAGRI-SENASA-OAD-ULO-ECORDOVA, presentado por SENASA y, se citó a las partes a la

**Tribunal Arbitral**

Carlos Luis Benjamín Ruska Maguiña (Árbitro Único)

Audiencia de Ilustración de Hechos, Sustentación de Informe Pericial y de Posiciones, para el día 30 de enero de 2019. Dicha diligencia fue reprogramada mediante las Decisiones N° 7 y N° 8 de fechas 7 de noviembre y 27 de diciembre de 2019, respectivamente. Finalmente, el día 30 de enero de 2020, se llevó a cabo la referida Audiencia, como consta del acta que al efecto se levantó.

11. Mediante los Comunicados No 1, 2, 3, 5, 6 y 7 publicados en la página web del Centro, y remitidos a las partes mediante correos electrónicos de fechas 18 y 30 de marzo, 13 y 27 de abril, y 11 y 26 de mayo de 2020, el Centro suspendió los plazos de los procesos arbitrales a su cargo, los cuales fueron reanudados a partir del 1 de julio de 2020.
12. A través de la Decisión N° 11, de fecha 2 de julio de 2020, se declaró el cierre de las actuaciones arbitrales, se fijó el plazo para emitir el laudo en cuarenta (40) días hábiles; plazo que podrá ser prorrogado por un plazo máximo de diez (10) días hábiles.
13. En consecuencia, el presente laudo se expide dentro del plazo establecido en las reglas del proceso.

**IV. CUESTIONES CONTROVERTIDAS:**

14. Como ha sido antes señalado, mediante Decisión N° 3, de fecha 8 de noviembre de 2018, se determinaron las siguientes cuestiones controvertidas, sobre la base de las pretensiones formuladas por DARKEV:

**PRIMERA CUESTIÓN CONTROVERTIDA:** Determinar si corresponde o no declarar la nulidad de la Resolución de contrato contenida en la carta notarial N° 0005-2018-MINAGRI-SENASA-OAD.

**SEGUNDA CUESTIÓN CONTROVERTIDA:** Determinar si corresponde o no ordenar que los bienes entregados cumplen con las Especificaciones Técnicas contempladas en las Bases del Proceso; y que por tanto no poseen observaciones.

- o Determinar, en caso se establezca que los bienes entregados cumplen con las especificaciones técnicas, si

**Tribunal Arbitral**

Carlos Luis Benjamín Ruska Maguñá (Árbitro Único)

corresponde o no ordenar a la Entidad otorgar la conformidad de los bienes entregados.

- o Determinar, en caso se establezca que los bienes entregados cumplen con las especificaciones técnicas, si corresponde o no ordenar la recepción de los bienes.

**TERCERA CUESTIÓN CONTROVERTIDA:** Determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad la emisión del pago, a favor de la contratista, por concepto de contraprestación, la suma ascendente a S/ 90.810.00.

**CUARTA CUESTIÓN CONTROVERTIDA:** Determinar si corresponde o no ordenar al SENASA, el pago a favor de DARKEV NEGOCIACIONES, por concepto de indemnización por daños y perjuicios, monto que será objeto de sustentación y probanza a través de un informa técnico-financiero.

**QUINTA CUESTIÓN CONTROVERTIDA:** Determinar si corresponde o no ordenar al SENASA que asuma íntegramente el monto de los gastos arbitrales, incluido las costas y costos incurridos por DARKEV NEGOCIACIONES, desde el inicio del presente arbitraje.

**V. POSICIONES DE LAS PARTES:**

**V.1. Demanda presentada por DARKEV el 14 de setiembre del 2018**

**Petitorio de la demanda de DARKEV**

**Primera pretensión principal:** Que el Árbitro Único declare la nulidad de la Resolución de contrato contenida en la Carta Notarial N° 0005-2018-MINGRI-SENASA-OAD.

**Segunda pretensión principal:** Que el Árbitro Único que ordene que los bienes entregados cumplen con las Especificaciones Técnicas contempladas en las Bases del Proceso; y que por tanto no posean observaciones.

**Tribunal Arbitral**

Carlos Luis Benjamín Ruska Maguiña (Árbitro Único)

**Primera pretensión accesoria a la primera pretensión principal:**  
Que el Árbitro Único ordene a la Entidad otorgar la Conformidad de los bienes entregados.

**Segunda pretensión accesoria a la primera pretensión principal:**  
Que el Árbitro Único ordene la recepción de los bienes

**Tercera pretensión principal:** Que el Árbitro Único ordene a la Entidad la emisión del pago, a favor de DARKEV, por concepto de contraprestación, la suma ascendente a S/ 90.810.00.

**Cuarta pretensión principal:** Que el Árbitro Único ordene al SENASA, que pague a favor de la demandante, por concepto de indemnización por daños y perjuicios, un monto que será objeto de sustentación y probanza a través de un informe técnico – financiero.

**Quinta pretensión principal:** Que el Árbitro Único ordene al SENASA que asuma íntegramente el monto de los gastos arbitrales, incluido las costas y costos incurridos por el demandante, desde el inicio del arbitraje.

15. Como fundamentos de hecho y de derecho, DARKEV señala que, el 7 de agosto de 2017, se convocó a través del SEACE la Adjudicación Simplificada N° 25-2017-SENASA-1(en adelante, AS 25), que tuvo por objeto la “Adquisición de Pantalones Denim para Mujer” con un valor referencial ascendente a S/ 100,900.00. El procedimiento de selección se condujo bajo el marco normativo de la Ley de Contrataciones del Estado aprobada por la Ley Nro. 30225 (en adelante, LCE) y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo Nro. 350-2015-EF (en adelante, RLCE).
16. Manifiesta igualmente que, presentó oferta por la citada AS 25 y el 23 agosto de 2017, se le adjudicó la buena pro.
17. El día 10 de octubre de 2017, DARKEV recibió la Orden de Compra – Guía de Internamiento N° 00864 “Adquisición de Pantalones Denim para Mujer”, con un plazo de entrega de sesenta (60) días calendario y un monto contractual de S/. 90,810.00 incluido el Impuesto General a las Ventas (en adelante, IGV).

**Laudo de derecho**

Expediente N° 1686-86-18

Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú

Caso Arbitral: **DARKEV NEGOCIACIONES S.A.C. vs. SERVICIO NACIONAL DE SANIDAD AGRARIA - SENASA**



**Tribunal Arbitral**

Carlos Luis Benjamín Ruska Maguiña (Árbitro Único)

18. DARKEV indica que, dando cumplimiento a sus obligaciones contractuales, (contenidas en las Bases, Especificaciones Técnicas y en la oferta), procedió a iniciar la fabricación de los bienes objeto de la Orden de Compra (Pantalones Denim); recibida la Orden de Compra DARKEV afirma que cumplió con presentar los bienes objeto del proceso el día 1 de diciembre de 2017 con la siguiente guía de remisión: Guía de Remisión N° 001-001863, de fecha 01DIC17: 497 UU Pantalón Dama.
19. Sobre el particular, DARKEV indica que los primeros bienes entregados el 1 de diciembre de 2017 no fueron observados por el área de almacén de la Entidad, por lo que, sin que exista requerimiento de alguna subsanación, se completó la entrega total de los bienes, conforme consta en la Guía N° 001-001866, de fecha 07DIC17: 400 UU Pantalón Dama; Guía N° 001-001867, de fecha 18DIC17: 584 UU Pantalón Dama; Guía N° 001-001872, de fecha 13DIC17: 367 UU Pantalón Dama; Guía N° 001-001875, de fecha 19DIC17: 170 UU Pantalón Dama.
20. DARKEV debía cumplir con lo establecido en la página 31 de las Bases, respecto de la documentación que servirá para acreditar el cumplimiento de las especificaciones técnicas. La DEMANDANTE afirma que, el 19 de diciembre de 2017, internó en el almacén de la ENTIDAD la totalidad de los pantalones requeridos, cumpliendo así con las obligaciones contractuales.
21. En pleno internamiento, DARKEV señala que la ENTIDAD hizo una observación, la misma que no estaba contenida en las Especificaciones Técnicas, que consistía en enfardar en sacos todos los pantalones según su talla.
22. La DEMANDANTE refiere que, las Especificaciones Técnicas no contenían lo exigido por SENASA, estas solo se referían a la presentación que los pantalones debían tener al momento de la entrega. Pese a ello, DARKEV sostiene que, mostrando su compromiso con la ENTIDAD, compró los sacos y enfardó los pantalones según la necesidad de envió, como muestra de buena fe, no quedando observación alguna.
23. Por otro lado, con fecha 5 de enero de 2018, el señor Juan Carlos Sánchez Valdez remitió a DARKEV un correo electrónico con la

---

**Tribunal Arbitral**

Carlos Luis Benjamín Ruska Maguiña (Árbitro Único)

finalidad de revisar las prendas confeccionadas. Una vez en las instalaciones del SENASA el 17 de enero del mismo año, la ingeniera Patricia Adelaida García Medina (Jefa del Área Usuaría) comunicó a la DEMANDANTE que los pantalones de mujer no cumplían con el color y el diseño, optando por devolverlos. En dicha oportunidad ambas partes firmaron el Acta de Entrega – Recepción.

24. Así la ENTIDAD le devolvió a DARKEV 2002 pantalones, requiriendo que los mismos sean subsanados toda vez que, a decir del SENASA, el acabado y el color no se asemejaban a la muestra brindada en un inicio, otorgándosele un plazo de treinta (30) días hábiles para subsanar dichas observaciones.
25. El DEMANDANTE sostiene que, de los 2018 pantalones entregados (los cuales forman parte de un mismo lote) solo 16 cumplieron con lo que el SENASA requería, toda vez que la ENTIDAD solo le devolvió 2002 pantalones.
26. Sin perjuicio de que para DARKEV los pantalones sí cumplían con las especificaciones técnicas, en un acto de buena fe y cooperación con la ENTIDAD, aceptó subsanar las observaciones referidas al acabado y el color de los 2002 pantalones para mujer entregados.
27. Así las cosas, DARKEV señala que, el 1 de febrero de 2018, se acercó a las instalaciones del SENASA a fin de hacer una entrega parcial de los pantalones, teniendo en cuenta que aún se encontraba dentro del plazo de subsanación otorgado por la ENTIDAD; sin embargo, sostiene que por órdenes expresas del señor Ricardo Álamo – Jefe de Administración -, se había ordenado la no recepción de los bienes.
28. El 2 de febrero de 2018, DARKEV procedió a remitir una Carta Notarial a la ENTIDAD, poniendo en conocimiento los hechos antes citados y solicitando se le otorgara las facilidades del caso para proceder a cumplir con su prestación. No obstante, la DEMANDANTE sostiene que, el 9 de febrero 2018, la ENTIDAD le remitió la Carta Notarial N° 0005-2018-MINAGRI-SENASA-OAD a través de la cual resolvió el contrato, la cual fue notificada el 12 de febrero del mismo año.
29. Para DARKEV, el SENASA resolvió el contrato cuando todavía se encontraba vigente el plazo otorgado para subsanar las observaciones

---

**Tribunal Arbitral**

Carlos Luis Benjamín Ruska Maguiña (Árbitro Único)

- respecto de los bienes, alegando, básicamente, dos supuestos: i) incumplimiento de obligaciones y ii) haber acumulado el monto máximo de penalidad por mora.
30. En relación con el alegado incumplimiento, DARKEV afirma que sí cumplió con lo pedido de la ENTIDAD; sin embargo, esta imposibilitó el cumplimiento cabal a las obligaciones, en tanto no se le permitió hacer entrega de la subsanación el 1 de febrero de 2018.
  31. Sostiene igualmente DARKEV que, el SENASA está utilizando un supuesto incumplimiento de obligaciones para resolver el contrato, cuando fue esta quien puso trabas a la entrega. Para el DEMANDANTE la situación debe ser corregida, puesto que se contraviene la normativa de contrataciones y su derecho a recibir el pago por el servicio.
  32. La empresa DARKEV afirma que los bienes entregados inicialmente cumplían a cabalidad con las especificaciones técnicas; sin embargo, con el afán de colaborar con la Entidad y culminar la prestación de la mejor manera, accedió a “subsanar” aspectos que realmente no necesitaban ser corregidos, toda vez que los pantalones presentados cumplían con las especificaciones técnicas.
  33. La DEMANDANTE, con el fin de demostrar que cumplió a cabalidad tanto con el acabado como con el color de los pantalones de mujer confeccionados, según las especificaciones técnicas requeridas por la ENTIDAD, aportó una pericia técnica de los pantalones entregados o devueltos.
  34. En relación a la supuesta acumulación de máxima penalidad acumulada DARKEV, afirma que desconoce qué clase de conteo de plazos ha realizado la DEMANDADA, pues ni siquiera en la carta de resolución contractual se le ha explicado cuantos días había violado la entrega de bienes, ni tampoco desde cuando están computando los mismos.
  35. Según la DEMANDANTE que, si una Entidad obtuvo una prestación por parte de un proveedor, este tendría derecho a exigir que la Entidad le reconozca el pago respectivo –aun cuando la prestación haya sido requerida o ejecutada sin observar las disposiciones de la normativa de

**Tribunal Arbitral**

Carlos Luis Benjamín Ruska Maguiña (Árbitro Único)

contrataciones del Estado- puesto que se generaría un supuesto de enriquecimiento sin causa, de no hacerlo.

36. Para DARKEV, el reconocimiento de las prestaciones ejecutadas por el proveedor a favor de la Entidad podría considerar el íntegro de su precio de mercado; es decir, que el monto a ser reconocido por la Entidad al proveedor sea aquel que, de haberse observado las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado, habría tenido el carácter de contraprestación. Esto debido a que los proveedores colaboran con las Entidades para satisfacer sus necesidades de aprovisionamiento de bienes, servicios u obras, a cambio del pago de una retribución –contraprestación– equivalente al precio de mercado de la prestación.
37. En virtud de lo expuesto DARKEV, solicita que el SENASA le pague el precio de mercado de las prestaciones ejecutadas, en observancia del principio que proscribe el enriquecimiento sin causa, recogido en el artículo 1954 del Código Civil.
38. La DEMANDANTE señala que, corresponde a cada Entidad decidir si reconocerá las prestaciones ejecutadas por el proveedor en forma directa, o si esperará a que este interponga la acción por enriquecimiento sin causa ante la vía correspondiente, siendo recomendable que para adoptar cualquier decisión sobre el particular la Entidad coordine, cuando menos, con su área legal y su área de presupuesto.
39. Finalmente, la DEMANDANTE afirma que ha tratado de dar un cabal cumplimiento a las obligaciones contractuales; sin embargo, el SENASA rehusó a recibir los pantalones de mujer que requirió, aun cuando, según DARKEV, se encontraba dentro del plazo otorgado para subsanar las observaciones realizadas.

## **V.2. Contestación de la demanda presentada por SENASA el 11 de octubre del 2018**

40. SENASA niega y contradice la demanda en todos sus extremos y, solicita que la misma sea declarada infundada. Adicionalmente a lo señalado por el DEMANDANTE, sostiene que, el 4 de enero de 2018, notificó a DARKEV la Carta Notarial N° 0054-2017-MINAGRI-SENASA-

---

**Tribunal Arbitral**

Carlos Luis Benjamín Ruska Maguiña (Árbitro Único)

OAD mediante el cual se puso en su conocimiento la existencia de un retraso de treinta (30) días en la entrega oportuna de los bienes contratados y, la aplicación de la penalidad máxima del 10 % del monto contratado.

41. Sobre el particular, el SENASA sostiene que, en el expediente de contratación se verifica el Acta de Entrega-Recepción del 17 de enero de 2018, suscrita por la DEMANDANTE y el responsable del Área de Almacén Central de la ENTIDAD, a través de la cual se procedió a devolver la cantidad de 2002 unidades de pantalones denim para damas para su subsanación en cuanto al color y el acabado, por no asemejarse a la muestra brindada, dándose un plazo de treinta (30) días hábiles para la subsanación.
42. Con fecha 24 de enero de 2018, mediante el Informe N° 0014-2018-MINAGRI-SENASA-OAD-UGRH-EALAMO, emitido por el señor Edwin R. Alamo Toledo, Director de la Unidad de Gestión de Recursos Humanos de la ENTIDAD, se concluyó que la DEMANDANTE no había cumplido con la entrega de lo solicitado, por lo que se recomendó resolver el contrato. Dicho informe estaba dirigido al ingeniero David Rubén Crovetto Castillejo, Director General de la Oficina de Administración de la ENTIDAD.
43. Así, el 12 de febrero de 2018, el SENASA notificó a la DEMANDANTE la Carta Notarial N° 0005-2018-MINAGRI-SENASA-OAD mediante la cual se le comunicó la resolución de la orden de compra N° 00864-2017, por el incumplimiento de las obligaciones contractuales, pese a que, según el SENASA, DARKEV ya había sido requerida para ello y se estaba produciendo la acumulación del monto máximo de la penalidad por mora en la ejecución de la prestación.
44. El día 20 de febrero de 2018, el SENASA recibió la Carta Notarial N° 246322 cursada por la DEMANDANTE, a través de la cual solicitaba que se le informe si la ENTIDAD recibiría los pantalones objeto de la prestación. Por su parte, el 12 de marzo del mismo año, se notificó a DARKEV la Carta Notarial N° 0012-2018-MINAGRI-SENASA-OAD, mediante la cual el SENASA precisó que no se recibirían los 2018 pantalones denim para damas, debido a la resolución del contrato.

---

**Tribunal Arbitral**

Carlos Luis Benjamín Ruska Maguiña (Árbitro Único)

45. La ENTIDAD sostiene que procedió a resolver el contrato de conformidad con el artículo 36 de la LCE y el artículo 135 del RLCE, por el incumplimiento injustificado de las obligaciones contractuales y la acumulación del monto máximo de penalidad.
46. Sostiene SENASA que, en tanto el DEMANDANTE nunca solicitó una ampliación del plazo contractual, este venció el 19 de noviembre de 2017. A partir de ello, de acuerdo con el sello del Almacén Central de la ENTIDAD, la CONTRATISTA entregó los 2018 pantalones denim para dama fuera del plazo estipulado en el contrato, es decir, incurrió en atraso pasible de aplicación de penalidad.
47. El SENASA manifiesta igualmente que, el día 4 de enero de 2018, se notificó a la DEMANDANTE la Carta Notarial N° 0054-2017-MINAGRI-SENASA-OAD, mediante la cual se le puso en conocimiento la existencia de un retraso de treinta (30) días en la entrega oportuna de los bienes contratados y la aplicación de la penalidad máxima del 10 % del monto contratado.
48. Por ello, con fecha 12 de enero de 2018, el encargado del almacén de la ENTIDAD y la CONTRATISTA tuvieron una reunión. En la reunión la ENTIDAD indica que el CONTRATISTA asumió que fue un error no hacer control de calidad a sus prendas y aceptó que las muestras no se parecían a las prendas ingresadas al almacén, es por ello que ese mismo día se les hizo un acta de devolución de los 2002 pantalones.
49. En el Informe N° 0013-2018-MINAGRI-SENASA-OAD-JSUASNABAR la ENTIDAD precisa que “el área usuaria emite su informe dentro del plazo otorgado de 30 días hábiles porque el demandante había demostrado constantemente el incumplimiento a la Orden de Compra N° 864-2017-SENASA”.
50. Mediante Carta Notarial N° 0005-2018-MINAGRI-SENASA-OAD, notificada a la demandante el 12 de febrero de 2018, se resolvió el contrato (Orden de Compra N° 00864-2017). En relación con la primera causal invocada, el SENASA señala que, de acuerdo con lo informado por la Unidad de Recursos Humanos, el pantalón de damas formaba peeling y el color era diferente a la muestra presentada, lo cual constituye, un incumplimiento de lo ofertado en la etapa de selección y, por ende, un incumplimiento pasible de resolución contractual.

---

**Tribunal Arbitral**

Carlos Luis Benjamín Ruska Maguiña (Árbitro Único)

51. Respecto de la segunda causal, el SENASA indica que conforme al último párrafo del artículo 136° del RLCE no se requiere previamente el cumplimiento del contratista, siendo suficiente la comunicación al contratista mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato.
52. Por lo expuesto, el SENASA solicita que se declaren infundadas la primera, segunda y tercera pretensiones principales de la demanda.
53. En relación con la cuarta pretensión principal, el SENASA indica que se debe tener en cuenta que la responsabilidad contractual es la que proviene de la violación de un contrato y consiste en la obligación de indemnizar al acreedor, el perjuicio que le causa el incumplimiento de contrato o su cumplimiento tardío o imperfecto, siempre que se cumplan los requisitos concluyentes para ello.
54. Según el SENASA, DARKEV no ha acreditado haber sufrido pérdida o disminución patrimonial alguna, razón por la cual deberá declararse infundada la esta pretensión.
55. Finalmente, en cuanto a la quinta pretensión principal de la demanda, el SENASA afirma que, considerando que las pretensiones planteadas por la CONTRATISTA no tienen amparo legal, no corresponde que la ENTIDAD asuma los costos derivados del presente proceso, toda vez que, el artículo 73° de la Ley de Arbitraje establece que, a falta de acuerdo, los costos serán de cargo de la parte vencida.

## **VI. POSICIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO**

56. Antes de analizar la materia controvertida, corresponde confirmar lo siguiente:
  - (i) El Árbitro Único se constituyó de acuerdo con el convenio arbitral celebrado por las partes.
  - (ii) En ningún momento se impugnó o reclamó contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en las Reglas del Proceso.

**Laudo de derecho**

Expediente N° 1686-86-18

Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú

Caso Arbitral: **DARKEV NEGOCIACIONES S.A.C. vs. SERVICIO NACIONAL DE SANIDAD AGRARIA - SENASA**



**CENTRO DE  
ANÁLISIS Y  
RESOLUCIÓN  
DE CONFLICTOS**

PONTIFICIA **UNIVERSIDAD CATÓLICA** DEL PERÚ

---

**Tribunal Arbitral**

Carlos Luis Benjamín Ruska Maguiña (Árbitro Único)

- (iii) DARKEV presentó su escrito de demanda dentro del plazo dispuesto en las reglas del proceso, habiendo ejercido plenamente su derecho de defensa.
- (iv) El SENASA fue debidamente emplazado con la demanda, la contestó y ejerció plenamente su derecho de defensa.
- (v) Las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios.
- (vi) El Árbitro Único deja constancia de que, en el estudio, análisis del presente arbitraje, se han tenido en cuenta todos los argumentos y las alegaciones efectuadas por las partes que constan en sendos escritos que forman parte de estos actuados, así como todos los medios probatorios aportados e incorporados, efectuándose 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.
- (vii) Los hechos a los que se refiere el análisis del caso son los establecidos en los antecedentes, en concordancia con la información que obra en los actuados del proceso, así como los que se mencionan en los demás acápites del presente Laudo.
- (viii) Este Árbitro Único, conforme con lo establecido en el artículo 139° numeral 1° de la Constitución Política del Perú, ejerce función jurisdiccional y, por lo tanto, no se encuentra subordinado a ningún órgano administrativo o de cualquier otra índole, ejerciendo sus funciones con absoluta independencia, en el marco de las competencias que son propias a su naturaleza.
- (ix) Sin perjuicio de lo mencionado en el acápite precedente, se debe tener en consideración, además, lo expresado en el numeral 2.2.2 de la Opinión N° 107-2012-DTN emitida por el OSCE, en el sentido de que la Ley N.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, no regula las relaciones contractuales de las Entidades Públicas, sino las actuaciones de la función administrativa del Estado y el procedimiento

**Tribunal Arbitral**

Carlos Luis Benjamín Ruska Maguiña (Árbitro Único)

administrativo común, como se desprende del Artículo II de su Título Preliminar<sup>2</sup>, de modo tal que, ante la ausencia de regulación de algún hecho o situación en la normativa de Contrataciones del Estado que se ocupa de la ejecución contractual, será necesario recurrir, supletoriamente, a las disposiciones del Código Civil que resulten compatibles, y no a las disposiciones de la Ley N.º 27444, pues, como se ha indicado, estas resultarían incompatibles con la lógica contractual.

En el mismo sentido, en una reciente opinión de la Dirección Técnica Normativa del OSCE –Opinión N.º 130-2018/DTN del 23 de agosto de 2018, se confirma, en el punto 3.3. del rubro conclusiones que, *“Las disposiciones de la Ley N.º 27444 y su respectivo Texto Único Ordenado, no son de aplicación supletoria las disposiciones que regulan la ejecución de los contratos celebrados bajo el ámbito de la Ley y su Reglamento.”*

- (x) En el análisis de las pretensiones, el Árbitro Único se ha reservado el derecho de seguir el orden que estima más conveniente para la solución de las controversias contenidas en los puntos controvertidos del presente caso arbitral.
- (xi) El Árbitro Único está procediendo a emitir el laudo dentro del plazo que corresponde a las reglas de este proceso.

57. El presente Laudo Arbitral resolverá los puntos controvertidos del presente proceso, los cuales fueron determinados a partir de las pretensiones formuladas en las demandas que presentó DARKEV.

58. En lo correspondiente a la valoración de los medios probatorios aportados por las partes, el Árbitro Único deja expresa constancia de que en el presente arbitraje se ha actuado de acuerdo con lo dispuesto

---

<sup>2</sup> **“Artículo II.- Contenido**

1. La presente Ley regula las actuaciones de la función administrativa del Estado y el procedimiento administrativo común desarrollados en las entidades.

2. Los procedimientos especiales creados y regulados como tales por ley expresa, atendiendo a la singularidad de la materia, se rigen supletoriamente por la presente Ley en aquellos aspectos no previstos y en los que no son tratados expresamente de modo distinto.

3. Las autoridades administrativas al reglamentar los procedimientos especiales, cumplirán con seguir los principios administrativos, así como los derechos y deberes de los sujetos del procedimiento, establecidos en la presente Ley.”

**Tribunal Arbitral**

Carlos Luis Benjamín Ruska Maguiña (Árbitro Único)

en el primer párrafo del artículo 43° de la LEY DE ARBITRAJE, en el que se señala que:

*“El Tribunal Arbitral tiene la facultad para determinar de manera exclusiva la admisión, pertinencia, actuación y valor de las pruebas y para ordenar en cualquier momento la presentación o la actuación de las pruebas que estime necesarios”*

**BASE LEGAL APLICABLE**

59. La presente relación jurídica contractual se encuentra regulada por la LCE y el RLCE, en tanto su perfeccionamiento se genera con la recepción de la Orden de Compra, conforme ha sido señalado en el artículo 115° del RLCE, el cual señala lo siguiente:

*“El contrato se perfecciona con la suscripción del documento que lo contiene, salvo en los contratos derivados de procedimientos de subasta inversa electrónica y **adjudicación simplificada para bienes** y servicios en general, **en los que el contrato se puede perfeccionar con la recepción de la orden de compra** o de servicios, conforme a lo previsto en los documentos del procedimiento de selección, siempre que el monto del valor referencial no supere los cien mil Soles (S/. 100 000,00).”* (El resaltado es del Árbitro)

60. En adición a lo señalado, resultan también aplicables las directivas que emita el OSCE y demás normativa especial que resulte aplicable, y, de aplicación supletoria, las disposiciones pertinentes del Código Civil vigente, cuando corresponda.
61. Sobre el particular, se debe tener en consideración que el artículo 116° del RLCE, establece lo siguiente:

**“Artículo 116°. - Contenido del Contrato**

116.1 El contrato está conformado por el documento que lo contiene, los documentos del procedimiento de selección que establezcan reglas definitivas y la oferta ganadora, así como los documentos derivados del

**Tribunal Arbitral**

Carlos Luis Benjamín Ruska Maguiña (Árbitro Único)

procedimiento de selección que establezcan obligaciones para las partes.”

62. El contrato (en este caso Orden de Compra) se encuentra dentro de una relación jurídica en la que una de las partes es el Estado, por lo que, los principios que rigen la actividad privada del Estado deben ser respetados por ambas partes. En otras palabras, las normas de derecho privado dotan de contenido a las normas de derecho público que se aplican al caso concreto. En estos casos, se pondrá énfasis en los principios que rigen la contratación estatal, tales como el de equidad, buena fe contractual, entre otros.
63. La razón principal que sustenta la aplicación de principios dentro del marco de la contratación estatal es que, mientras en la contratación privada no existe alguna disposición que regule la selección de la contraparte contractual, en la contratación pública existen procedimientos de selección que determinan quién será el contratista privado que brindará el servicio o bien solicitado por el Estado. A partir de ello, no existe discrecionalidad irrestricta de parte del Estado, por lo que, las condiciones contractuales deben someterse a lo dispuesto por la ENTIDAD en los documentos del proceso de selección.
64. Asimismo, en tanto la ENTIDAD gozará de facultades adicionales a las que una contraparte contractual usualmente posee en una relación privada, estas situaciones deben ser ejercidas en concordancia con los principios de la contratación estatal.
65. La interpretación de los alcances de la presente controversia se encuentra delimitada por los diferentes documentos que han sido elaborados por las partes. El cuerpo normativo son los documentos señalados en la norma, por lo que todos ellos deben cumplir con los principios de la contratación pública, así como los actos que han sido realizados durante la ejecución de sus prestaciones.
66. La normativa en contratación pública establece un orden de prelación para poder interpretar cuáles son los alcances contractuales. En esta relación, la aplicación de las normas de derecho público adquiere una especial relevancia, puesto que, dentro de estas, se encuentra los principios que rigen la contratación estatal. No obstante, cada término que ha sido recogido en la norma debe ser interpretado de forma

---

**Tribunal Arbitral**

Carlos Luis Benjamín Ruska Maguiña (Árbitro Único)

sistemática y no de manera aislada, siempre que se respeten los límites de interpretación que se poseen.

67. Conforme a lo señalado, el artículo 45.3 de la LCE establece lo siguiente:

*“Las controversias se resuelven mediante la aplicación de la Constitución Política del Perú, de la presente Ley y su reglamento, así como de las normas de derecho público y las de derecho privado; manteniendo obligatoriamente este orden de preferencia en la aplicación del derecho. Esta disposición es de orden público.”*

68. Lo dispuesto en la LCE y el RLCE, resultan la fuente primaria de interpretación para la presente controversia; sin embargo, el Tribunal Arbitral puede disponer la aplicación de normas de derecho público y de derecho privado en caso considere que no existe alguna disposición específica que regule ciertas situaciones jurídicas en la relación jurídica, las cuales incluyen la aplicación de los principios de la contratación estatal, así como una interpretación acorde a la buena fe contractual que rige toda contratación.
69. Los principios que regulan la contratación estatal no son solo aquellos que se encuentren especificados de manera taxativa en el artículo 2° de la LCE, sino también aquellos que, por referencia, son señalados dentro de todo el texto normativo.
70. Estos principios se encuentran dentro del marco de un modelo donde la conjunción de todos los principios que son dispuestos por la norma aplicable, permite la correcta aplicación de la actividad contractual y los fines que este tenga.<sup>3</sup> Se busca que las relaciones jurídicas que establezca el Estado sean la aplicación de los principios que garantizan una correcta contratación, tanto para las Entidades como para los privados. Uno de los principios rectores que los árbitros tienen presente para la resolución de la presente controversia es la equidad que deben guardar las prestaciones que son ejecutadas, así como la ejecución de sus acciones a partir del comportamiento que hayan tenido las partes

---

<sup>3</sup> AMAYA RODRIGUEZ, Carlos Fernando. “El principio de planeación en la contratación estatal, un principio no tipificado”. En: Revista Vía Cursis. Número 20. 2016. Pág. 110  
Decisión N° 12  
Laudo Arbitral  
Página 18 de 44

**Tribunal Arbitral**

Carlos Luis Benjamín Ruska Maguiña (Árbitro Único)

a lo largo de la ejecución contractual, en el marco de los límites que la propia norma permite y bajo la modalidad de contratación que ha sido acordada por las partes.

71. A partir de ello, el Árbitro Único procederá a analizar los puntos controvertidos en controversia.

**Primer Punto Controvertido: Determinar si corresponde o no declarar la nulidad de la Resolución de contrato contenida en la carta notarial N° 0005-2018-MINAGRI-SENASA-OAD.**

72. De conformidad con lo establecido las Bases, la finalidad era que DARKEV entregara al SENASA 2018 pantalones denim para mujeres.

El presente procedimiento de selección tiene por objeto la contratación de PANTALÓN DENIM PARA DAMA.

73. Las partes pactaron como plazo de entrega de los bienes en sesenta (60) días calendario, tal como se aprecia a continuación:

**PLAZO DE ENTREGA**

Los bienes materia de la presente convocatoria se entregarán en el plazo de sesenta (60) días calendario, en concordancia con lo establecido en el expediente de contratación.

74. No ha sido controvertido por las partes el hecho de que la ejecución de las prestaciones a cargo de DARKEV, incluso en la primera entrega que fuera observada en el Acta del 17 de enero de 2018, fue realizada fuera del plazo contractual y que, conforme obra en los actuados, fue la razón para que la ENTIDAD le imponga la máxima penalidad posible.
75. El aspecto neurálgico que se encuentra en controversia es la validez de la resolución de la relación contractual efectuada por la ENTIDAD. Sobre este particular, las normas de la LCE y el RLCE establecen lo siguiente, a fin de evaluar cómo se debe proceder con la resolución. En este caso, el artículo 32, inciso c y 36° de la LCE establecen, respectivamente:

**“Artículo 32. Contrato**

**Tribunal Arbitral**

Carlos Luis Benjamín Ruska Maguiña (Árbitro Único)

32.3 *Los contratos regulados por la presente norma incluyen necesariamente y bajo responsabilidad las cláusulas referidas a: a) Garantías, b) Anticorrupción, c) Solución de controversias y d) **Resolución de contrato por incumplimiento, conforme a lo previsto en el reglamento**" (El resaltado es del Árbitro)*

**"Artículo 36. Resolución de los contratos**

36.1 **Cualquiera de las partes puede resolver el contrato**, por caso fortuito o fuerza mayor que imposibilite de manera definitiva la continuación del contrato, **por incumplimiento de sus obligaciones conforme lo establecido en el reglamento**, o por hecho sobreviniente al perfeccionamiento del contrato que no sea imputable a alguna de las partes." (el resaltado es del Árbitro)

76. Adicionalmente, resultan aplicables los artículos 135° y 136° del RLCE, los cuales disponen lo siguiente:

**"Artículo 135.- Causales de resolución**

135.1. La Entidad puede resolver el contrato, de conformidad con el artículo 36 de la Ley, en los casos en que el contratista:

1. **Incumpla injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese a haber sido requerido para ello;**
2. **Haya llegado a acumular el monto máximo de la penalidad por mora o el monto máximo para otras penalidades**, en la ejecución de la prestación a su cargo; o
3. Paralice o reduzca injustificadamente la ejecución de la prestación, pese a haber sido requerido para corregir tal situación." (el resaltado es del Árbitro)

**"Artículo 136.- Procedimiento de resolución de Contrato**

*Si alguna de las partes falta al cumplimiento de sus obligaciones, **la parte perjudicada debe requerir mediante carta notarial que***

**Tribunal Arbitral**

Carlos Luis Benjamín Ruska Maguiña (Árbitro Único)

**las ejecute en un plazo no mayor a cinco (5) días, bajo apercibimiento de resolver el contrato.**

*Dependiendo del monto contractual y de la complejidad, envergadura o sofisticación de la contratación, la Entidad puede establecer plazos mayores, pero en ningún caso mayor a quince (15) días. En caso de ejecución de obras se otorga un plazo de quince (15) días.*

**Si vencido dicho plazo el incumplimiento continúa, la parte perjudicada puede resolver el contrato en forma total o parcial, comunicando mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato.** *El contrato queda resuelto de pleno derecho a partir de la recepción de dicha comunicación.*

**La Entidad puede resolver el contrato sin requerir previamente el cumplimiento al contratista, cuando se deba a la acumulación del monto máximo de penalidad por mora u otras penalidades o cuando la situación de incumplimiento no pueda ser revertida. En estos casos, basta comunicar al contratista mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato.** (el resaltado es del Árbitro)

77. En este caso, existió una resolución de obligaciones contractuales por i) incumplimiento de obligaciones y por ii) aplicación del monto máximo de penalidad. Por ello, el Árbitro Único analizará cada uno de los supuestos imputados a fin de considerar si es que han sido correctamente ejecutados.
78. En relación con el primer supuesto existen tres condiciones que requiere una resolución de relación jurídica por incumplimiento. La primera refiere a que la parte haya observado el supuesto de incumplimiento de obligaciones en el que se encuentra su contraparte y que, además, se haya intimado el cumplimiento. El segundo, refiere a que, ante el requerimiento de cumplimiento, la parte que ha sido intimada no lo haya realizado, por lo que, ante dicha situación, se procede con la resolución. El tercer elemento se cumple con la remisión de la carta notarial de resolución de relación jurídica debidamente justificada.

**Tribunal Arbitral**

Carlos Luis Benjamín Ruska Maguiña (Árbitro Único)

79. El RLCE recoge el procedimiento de resolución en los artículos señalados anteriormente. Sobre la base de las normas citadas, la resolución de obligaciones contractuales por incumplimiento debe cumplir con dos aspectos: formal y material. Así, para efectuar una correcta resolución, debe cumplirse con lo siguiente:

- (i) La existencia de un incumplimiento injustificado.
- (ii) El requerimiento previo para su cumplimiento.
- (iii) Otorgar un plazo de subsanación del incumplimiento.
- (iv) La remisión de la decisión de resolver la relación jurídica debidamente justificada.
- (v) En el caso de las entidades, esta debe ser aprobada por autoridad de igual o superior jerarquía a quien estableció la relación contractual.
- (vi) Notificación por la vía notarial.

80. El segundo supuesto para la resolución se encuentra relacionado con el hecho de que, la demora en la entrega de los bienes a cargo del DEMANDANTE trajo como consecuencia que se alcance el monto máximo de penalidad acumulado. Sobre este particular, la norma faculta a la ENTIDAD a resolver la relación jurídica, en otras palabras, la Entidad debe evaluar si corresponde optar por la resolución o continuar con la ejecución. Esta potestad debe ser ejercida en el marco de la buena fe contractual, así como de acuerdo con los principios de eficiencia y eficacia de la contratación estatal.

81. La resolución de una relación jurídica es la acción por medio de la cual una de las partes, en razón de algún supuesto regulado, finaliza el vínculo contractual que tiene con su contraparte. Sin embargo, las relaciones jurídicas no son realizadas con la finalidad de que terminen sin que ambas partes hayan visto satisfechos sus intereses. En efecto, cada parte buscará que se le cumpla con la prestación que está a cargo de su contraria. Para el caso de los servicios públicos, las Entidades buscarán que los contratistas cumplan con la entrega de los bienes y estos últimos el pago de la contraprestación acordada.

82. Al inicio de la relación jurídica, las partes establecen las condiciones bajo las cuales se van a ejecutar las prestaciones, por lo que la resolución resulta ser un remedio jurídico de última ratio, en tanto involucrará que el objeto contractual no pueda ser realizado. No

---

**Tribunal Arbitral**

Carlos Luis Benjamín Ruska Maguiña (Árbitro Único)

obstante, incluso pese a que el acreedor no vea satisfecho su interés, considera que el incumplimiento, así como su falta de subsanación, por la contraria amerita que la relación jurídica se extinga, en tanto mantenerla lesionará en mayor grado el interés de la otra parte. Así, la resolución involucra la desaparición del interés inicial de que la prestación sea ejecutada por la contraria, en razón del incumplimiento que le es imputable.<sup>4</sup>

83. Al respecto, es pertinente señalar que, en aras de mantener la equidad de las condiciones contractuales, la doctrina ha considerado que las causas de resolución involucran la existencia de un incumplimiento grave que implique la imposibilidad de que la relación jurídica subsista. En estos casos, es usual que las partes pacten condiciones bajo las cuales se considerará que existe un incumplimiento que amerite una resolución.
84. Fuera de lo señalado en la parte inicial sobre las condiciones necesarias en la LCE y el RLCE para una válida resolución de la relación jurídica, el Código Civil ha establecido que la resolución es el acto por el cual se deja sin efecto una relación jurídica válida por una causal sobreviniente a su celebración.<sup>5</sup> En estos casos, existe una relación jurídica válida, es decir, no contiene vicios que afecten la existencia del acto. Por el contrario, en razón de los pactos que se han acordado y a la luz de hechos sobrevinientes a la celebración, se considera pertinente extinguir la relación jurídica.
85. Conforme señala Messineo, la resolución presupone la alteración de *“las relaciones entre las partes tal como se habían constituido originariamente, o perturba el normal desarrollo del contrato, de manera que éste no pueda continuar existiendo, porque se ha modificado, o en absoluto se ha roto, aquella composición de intereses, cuya expresión constituye el contrato, y a la cual las partes han hecho referencia al celebrarlo”*<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> ALVAREZ VIGARAY, Rafael. *“La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento”*. Editorial Comares. Granada, 1986. Pág. 68.

<sup>5</sup> Art. 1371° del Código Civil Peruano, aprobado mediante Decreto Legislativo N° 275.

<sup>6</sup> MESSINEO, Francesco. *“Manual de Derecho Civil y Comercial”*. Tomo IV, Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1955. Pág. 522.

**Tribunal Arbitral**

Carlos Luis Benjamín Ruska Maguiña (Árbitro Único)

86. A consideración del Árbitro Único, sin perjuicio de lo dispuesto en la normativa de contrataciones, para que se pueda realizar una correcta resolución contractual, deben existir ciertos elementos básicos que le otorgarán legitimidad a dicho acto. En tanto la consecuencia que involucra la resolución de la relación jurídica es que no se cumpla con su objeto, es decir, una parte no verá satisfecho su interés y la otra no recibirá la contraprestación acordada, este remedio no puede ser utilizado de manera desproporcionada, sino que debe cumplir con ciertas condiciones.
87. Para el Árbitro Único, la resolución de una relación jurídica por incumplimiento debe cumplir con los siguientes requisitos, los cuales deben ser interpretados en el marco de la LCE y el RLCE<sup>7</sup>:
- a) Existencia de una relación jurídica de prestaciones recíprocas: En el caso de las órdenes de compra o suministro de bienes, debe existir una correcta correlación entre la ejecución de prestaciones que realiza el contratista y el reconocimiento del pago de la contraprestación por parte de la Entidad. Las situaciones jurídicas que tiene cada una de las partes, en una relación jurídica de prestaciones recíprocas, involucra que la ruptura de alguna de las condiciones acordadas en el marco jurídico aplicable genera el desequilibrio que había sido establecido entre las prestaciones de las partes.
  - b) Legitimación para obtener la resolución: La parte que se encuentra en la situación de incumplimiento es aquella que ha quebrado alguna condición contractual, así como su deber de colaboración al no realizar la subsanación del vicio detectado. En contrapartida, la parte que accionará la resolución será aquella que, en el marco de la relación jurídica, ha ejecutado sus prestaciones conforme a derecho y que no se encuentra en alguna otra situación de incumplimiento.
  - c) Incumplimiento de una de las partes: Debe existir un incumplimiento de las prestaciones de las partes, puesto que no se puede sostener una resolución a mera discreción de alguna

---

<sup>7</sup> Los requisitos han sido tomados como base de la obra del autor DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. "El Contrato en general". Volumen XV, Segunda Parte – Tomo IV. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1993. Págs. 314-327.

---

**Tribunal Arbitral**

Carlos Luis Benjamín Ruska Maguiña (Árbitro Único)

de las partes. Se debe diferenciar que nos encontramos en el remedio jurídico de la resolución por incumplimiento y no en una condición resolutoria expresa, por tanto, la existencia del incumplimiento es esencial para que pueda finalizarse la relación jurídica existente.

- d) Imputabilidad al deudor: A partir de la buena fe contractual, así como los deberes de colaboración que rigen toda relación jurídica, debemos estar ante un hecho imputable a la parte que se le intima con el incumplimiento. La norma privada señala que la inejecución de una prestación por dolo o culpa genera una resolución, sin embargo, la doctrina ha señalado que también puede resolverse en aquellos casos donde no concurren alguno de estos elementos, siempre que sean imputables a la parte incumplidora y no se trate de una imposibilidad sobreviniente de la prestación.
- e) Importancia del incumplimiento: La doctrina en el derecho privado es pacífica en señalar que, para que se genere una resolución de la relación jurídica, el incumplimiento de las obligaciones debe ser importante. Así, se ha señalado que, si bien la regla general permite que la resolución opera por ejecuciones parciales, tardías o defectuosas, cuando estas no sean de tal magnitud, en el marco de la buena fe, no se les puede hacer valer como causal de resolución.<sup>8</sup> A consideración de este Árbitro Único, esta situación resulta replicable en la normativa de contrataciones con el Estado, en ese sentido, las Entidades no deben considerar que cualquier incumplimiento de obligaciones de su contraria genera una resolución, sino aquellos que, por su naturaleza, pongan en peligro la correcta ejecución de las prestaciones.

A partir de lo señalado, el incumplimiento que genera la resolución debe ser (i) sobre una prestación principal que impida la correcta ejecución de la relación jurídica y (ii) la inejecución de esta pone en peligro la ejecución de las otras

---

<sup>8</sup> Ibid. p. 327.

**Tribunal Arbitral**

Carlos Luis Benjamín Ruska Maguiña (Árbitro Único)

prestaciones principales o se ve afectado gravemente el interés del acreedor en el proyecto.<sup>9</sup>

88. En estos casos, la finalización del vínculo contractual nace por un incumplimiento que no ha sido revertido por la parte intimada, en razón de que considera que no existe incumplimiento o que existiéndolo no cumple con levantarlo. Para el segundo caso, no existirá razón en persistir con una relación jurídica en la cual, una de las partes, por las acciones que se encuentra realizando, no demuestra que quiera cumplir con el interés del acreedor.<sup>10</sup>
89. La premisa base es la existencia de un incumplimiento contractual, puesto que, de no existir el incumplimiento, las partes no podrán finalizar su relación jurídica por causa imputable a la contraria.
90. Para consideración del Árbitro Único, la postura legislativa que ha adoptado la LCE y el RLCE recoge lo señalado por los autores previamente citados, así como la finalidad de la legislación privada, en tanto tienen como punto de partida un incumplimiento que no se subsana de manera oportuna por la parte intimada, lo cual amerita la finalización del vínculo contractual.
91. En el caso en concreto, la resolución fue realizada mediante la Carta Notarial N° 0005-2018-MINAGRI-SENASA-OAD del 8 de febrero de 2018, notificada el 12 de febrero del mismo año, conforme a lo siguiente:

Sobre el particular y en atención al artículo 135 del Reglamento de Contrataciones del Estado, se le comunica que el SENASA ha tomado la decisión de resolver el contrato (OC 864 del 05.10.2017), en atención a las siguientes causales:

1. Incumpla injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese a haber sido requerido para ello.

De acuerdo a lo informado por la Unidad de Recursos Humanos el pantalón de dama no cumple con el tipo de tela contratado ni el color de la misma.

2. Haya llegado a acumular el monto máximo de la penalidad por mora o el monto máximo para otras penalidades, en la ejecución de la prestación a su cargo.

92. La base del incumplimiento señalado por el SENASA es el Acta de Entrega – Recepción del 17 de enero de 2018, en el cual la ENTIDAD le devolvió a DARKEV parte de las unidades que había entregado, en

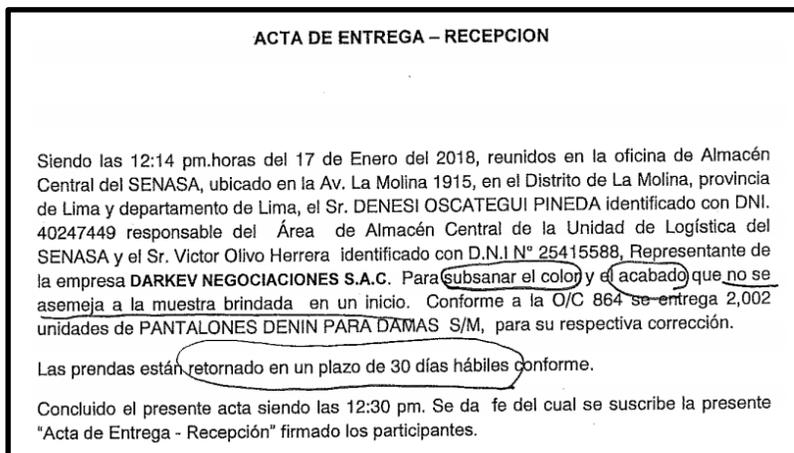
<sup>9</sup> Ibídem.

<sup>10</sup> MESSINEO, Francisco. "Doctrina general del contrato". Dott, A. Giuffrè Editore, 1948. Pág. 721.

**Tribunal Arbitral**

Carlos Luis Benjamín Ruska Maguñá (Árbitro Único)

tanto consideró que no había cumplido con las Especificaciones Técnicas que se pactaron previamente, conforme se aprecia a continuación:



93. El SENASA ha indicado que los bienes no cumplían con las Especificaciones Técnicas, por lo que otorgó un plazo de treinta (30) días hábiles para que se cumpla con la subsanación de las observaciones. Cabe precisar que dicha Acta fue firmada por el señor Denesi Oscategui Pineda, Representante del Área de Almacén General de la Unidad de Logística de la Entidad **y el representante de la empresa DARKEV, el señor Víctor Olivo Herrera.**
94. A partir de la lectura del Acta, se aprecia que las partes manifestaron su conformidad con dos hechos:
- El color y el acabado de los bienes debía ser subsanado.
  - Se hizo entrega de 2002 unidades a DARKEV para su corrección.
  - El plazo para subsanar otorgado fue de 30 días hábiles.
95. Por otro lado, el segundo punto de sustento de la resolución es la acumulación de la máxima penalidad posible. Al respecto, es pertinente señalar que la penalidad fue impuesta el 4 de enero de 2018, conforme consta en la Carta Notarial N° 0054-2017-MINAGRI-SENASA OAD:

**Tribunal Arbitral**

Carlos Luis Benjamín Ruska Maguñá (Árbitro Único)

CARTA NOTARIAL N° 0054-2017-MINAGRI-SENASA-DAD

La Molina, 29 de Diciembre de 2017

Señores  
**DARKEV NEGOCIACIONES S.A.C.**  
Av. Paseo de la República N° 385, 4to. Piso, Of. 401 – La Victoria  
Teléfono: 423-1779

**Atención** : Sr. BEJAR MAQUERA FREDY GONZALO

**Asunto** : Aplicación de penalidad AS 025-2017-SENASA

De mi mayor consideración:

Me dirijo a usted, a fin de comunicarle que existiendo un retraso de treinta días en la entrega oportuna de los bienes contratados mediante la AS 025-2017-SENASA “Adquisición de pantalones denim para mujer”, se le aplicará la penalidad máxima del 10% del monto contratado.

De acuerdo al artículo 133 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, la penalidad que se le aplica es de S/. 9,081.00 (Nueve Mil Ochenta y Uno y 00/100 Soles).

NOTARIA VIDAL HERMOZA  
Av. La Molina 1167 - Of. 118  
C.C. "La Rotonda" La Molina T° 423-9143

03 ENE 2018

**RECIBIDO**

HORA: 16:20

96. De una revisión de los actos realizados por el SENASA, se aprecia que, **al momento de suscribir el Acta de Recepción – Entrega de bienes del 17 de enero de 2018, DARKEV ya había sido penalizado por el máximo monto posible, con lo que la ENTIDAD podría haber resuelto la relación jurídica por dicha causal. No obstante, aquella otorgó un plazo para que subsanara los bienes, demostrando su intención de continuar con la ejecución contractual.**
97. Sin perjuicio de la posibilidad que otorgaba la normativa, **la ENTIDAD optó por no resolver la relación jurídica y otorgó un plazo de treinta (30) días hábiles para que DARKEV cumpliera con las prestaciones a su cargo.** Al respecto, el SENASA ha indicado que el artículo 143° el RLCE señala que el plazo máximo para la subsanación de observaciones es de diez (10) días hábiles, conforme se aprecia a continuación:

**“Artículo 143.- Recepción y conformidad**

*De existir observaciones, la Entidad debe comunicarlas al contratista, indicando claramente el sentido de estas, otorgándole **un plazo para subsanar no menor de dos (2) ni mayor de diez (10) días,** dependiendo de la complejidad. Tratándose de consultorías el plazo para subsanar no puede ser menor de cinco (5) ni mayor de veinte (20) días. Si **pese al plazo otorgado,** el contratista no cumpliera a cabalidad con la subsanación, la Entidad **puede** resolver el contrato, sin perjuicio de aplicar las penalidades que correspondan, desde el*

**Tribunal Arbitral**

Carlos Luis Benjamín Ruska Maguiña (Árbitro Único)

*vencimiento del plazo para subsanar.” (el resaltado es del Árbitro)*

98. Este Árbitro Único considera que las partes no pueden modificar los plazos máximos que la LCE y el RLCE han señalado; sin embargo, la aplicación de la norma debe encontrarse acorde a los actos contractuales ejecutados. En ese sentido, la interpretación que resulta acorde con el Acta de Recepción – Entrega del 17 de enero de 2018 y el artículo 143° del RLCE es que, DARKEV tenía un plazo de diez (10) días para cumplir con la prestación sin ser pasible de imposición de penalidad alguna, luego de dicho plazo le corresponde la penalidad; sin embargo, al haber otorgado la ENTIDAD un plazo de treinta (30) días para cumplir con la subsanación, para el Árbitro Único, la prestación a cargo de DARKEV seguía cumpliendo la finalidad pública para la cual fue contratada y el SENASA podía esperar dicho plazo, caso contrario, no hubiera otorgado dicha cantidad de días.
99. En tanto la posibilidad de resolución es potestativa, el acto de la ENTIDAD no resulta contrario a la normativa, puesto que, para su consideración, existe un plazo de treinta (30) días hábiles donde se puede subsanar el cumplimiento de la prestación, en tanto satisface su interés. Sostener lo contrario involucraría un acto de mala fe contractual de parte del SENASA, puesto que con sus actos se aprovecharía del estado de sujeción en el que se encuentra DARKEV por la imposición de las penalidades.
100. A partir de ello, DARKEV tenía un legítimo derecho a que se evaluará la subsanación del cumplimiento de sus prestaciones sin que le sea resuelta la relación jurídica que mantenía con SENASA, sin perjuicio de las penalidades que le pudieran ser imputadas.
101. Sumado a ello, el acto de resolución del SENASA es del 12 de febrero de 2018, siendo que DARKEV, el 1 de dicho mes y año, se acercó al almacén central de la ENTIDAD, no permitiéndosele hacer la entrega de los bienes, lo cual fue puesto de manifiesto con la Carta Notarial N° 240322, conforme consta a continuación:

**Tribunal Arbitral**

Carlos Luis Benjamín Ruska Maguñña (Árbitro Único)

3. Estando con la fecha de plazo de entrega vigente; para devolver las prendas subsanada, con fecha 01FEB2018, mi representada se apersono a almacén central del SENASA, (El mismo día que se intentó internar las prendas de caballero) con la finalidad de poder internar parcialmente los pantalones denin para dama, nos dimos con la sorpresa que él, Sr. Ricardo ALAMO jefe de administración, en acuerdo con la Sra. Patricia García Medina; habían ordenado que no se reciba ningún pantalón Denin para dama subsanado, pese a que mi representada está dentro del plazo otorgado por Uds.

102. La acción de subsanación de DARKEV fue realizada, dentro del plazo otorgado por la ENTIDAD en el Acta de Recepción – Entrega del 17 de enero de 2018 y, de forma previa a la resolución realizada el 12 de febrero de 2018, por lo que, a consideración del Árbitro Único, el acto de resolución debía pronunciarse sobre la subsanación de DARKEV, caso contrario, estaría actuando contra los actos que la propia ENTIDAD habría realizado previamente.

103. Por otro lado, la ENTIDAD ha señalado que la base de su resolución contractual es el Informe N° 0014-2018-MINAGRI-SENASA-OAD-UGRH-EALAMO del 24 de enero de 2018, en el cual no se habría otorgado la conformidad a los bienes entregados, conforme se aprecia a continuación:

Se revisaron varios sacos y ninguna de las dos muestras (jean caballero y jean dama) coincidían con lo que se había entregado en el almacén, ése mismo día, se envía un correo a la Unidad de Logística dando no conformidad del producto y se nos explique el procedimiento para ello.

Se verificó:

- PANTALÓN JEAN CABALLERO (las prendas se hacían peeling y el color era diferente)
- PANTALON DAMA (el tipo de tela era diferente y el color de la prenda también)

El día 12 de enero del 2018 se tuvo una reunión con la empresa DARKEV NEGOCIACIONES SAC y asumieron que fue un error no hacer control de calidad a sus prendas y aceptaron que las muestras no se parecían a las prendas ingresadas al almacén, es por ello que ese mismo día se les hizo un acta de devolución de los 6323 pantalones.

El día 18 de enero del 2018 la empresa DARKEV NEGOCIACIONES SAC terminó de retirar los 2018 jean de dama.

**Tribunal Arbitral**

Carlos Luis Benjamín Ruska Maguiña (Árbitro Único)

**III) CONCLUSIONES**

La empresa DARKEV NEGOCIACIONES SAC pese a haber entregado muestras físicas terminadas antes del proceso de confección no ha cumplido con la entrega de lo solicitado.

Asimismo tampoco la empresa ha respetado los plazos de entrega asumidos al momento de recibir de orden de compra.

**IV) RECOMENDACIONES:**

Ante el incumplimiento de contrato de parte de la empresa DARKEV NEGOCIACIONES SAC se recomienda resolver el contrato y tomar las acciones necesarias de acuerdo a ley.

104. Sin perjuicio de la información contenida en el Informe, el Árbitro Único aprecia que este fue emitido, a partir de la evaluación de los bienes entregados por DARKEV, en un primer momento, es decir, en diciembre de 2017.
105. En otras palabras, este informe se ha emitido sobre la base de la primera entrega realizada por DARKEV, cuando las partes, por medio del **Acta de Recepción – Entrega del 17 de enero de 2018**, habían acordado la necesidad de subsanar los bienes por presentar deficiencias. El documento que acredita el incumplimiento de DARKEV no es consecuente con los actos realizados por la ENTIDAD, ya que, en un primer momento le otorga un plazo para subsanar a DARKEV y, en un segundo momento, toma la decisión de resolver la relación jurídica.
106. Así, para analizar la validez de la resolución, el Árbitro Único toma en cuenta los siguientes hechos:
- a. Al momento de emitir el Acta de Recepción – Entrega del 17 de enero de 2018, a DARKEV ya se le había impuesto el monto máximo de penalidades el 4 de enero de 2018, por lo que la ENTIDAD se encontraba facultada a resolver la relación jurídica.
  - b. En lugar de resolver la relación, el SENASA otorgó un plazo a DARKEV para que cumpla con subsanar la entrega de bienes en un plazo de treinta (30) días hábiles.
  - c. DARKEV se acerca a levantar las observaciones el 1 de febrero de 2018; sin embargo, ante la negativa del SENASA para recibir los bienes después de la subsanación, no pudo cumplirse con ello.

**Tribunal Arbitral**

Carlos Luis Benjamín Ruska Maguiña (Árbitro Único)

- d. El SENASA resuelve su relación jurídica por el supuesto de aplicación del monto máximo de penalidades el 12 de febrero de 2018.
107. El Árbitro Único reconoce que el supuesto de resolución por aplicación del monto máximo de penalidades es uno objetivo y que, una vez que se cumpla, pone en un estado de sujeción al CONTRATISTA, al verse en la posibilidad de que le resuelvan su relación jurídica. Sin perjuicio de ello, los actos de las Entidades deben ser acordes al marco legal **y los actos contractuales que realizan.**
108. En el marco de las relaciones jurídicas, las acciones de las partes deben ser realizadas de buena fe, es decir, dentro de un comportamiento razonable de dos partes que tienen a su cargo el cumplimiento de ciertas prestaciones. A partir de ello, no se puede abusar de las posiciones de poder que el propio contrato establece, sino que deben ser ejercidas en búsqueda de la satisfacción de los intereses de las partes.
109. El supuesto de resolución existía desde el 4 de enero de 2018, fecha en la que el SENASA informó sobre la aplicación de la penalidad a DARKEV; sin embargo, el 17 de enero de 2018 decide otorgar un plazo para subsanar los bienes a su cargo, lo cual intenta ser cumplido antes de la resolución de la relación jurídica.
110. A partir de ello, el Árbitro Único considera que no resulta válida la resolución de la relación jurídica por el supuesto de aplicación del monto máximo de penalidades, en tanto:
- La subsanación de las prestaciones fue realizada de forma previa al acto de resolución y dentro del plazo contractual que la propia Entidad otorgó a DARKEV para su cumplimiento.
  - El acto de resolución no se pronuncia sobre el cumplimiento del levantamiento de observaciones.
111. Respecto del supuesto incumplimiento, conforme se ha desarrollado, SENASA otorgó un plazo de treinta (30) días hábiles para que DARKEV cumpla con la subsanación de los bienes, por lo que no se puede imputar la existencia de un supuesto de resolución por incumplimiento, si es que los propios actos de la ENTIDAD le otorgan un plazo a DARKEV

**Tribunal Arbitral**

Carlos Luis Benjamín Ruska Maguiña (Árbitro Único)

para que cumpla con su prestación. Sostener lo contrario involucraría un acto contrario a la buena fe contractual y los actos que el propio SENASA desplegó en la ejecución de la relación jurídica.

112. Por lo expuesto, corresponde declarar fundada la primera pretensión principal de la demanda.

**Segunda cuestión controvertida: Determinar si corresponde o no ordenar que los bienes entregados cumplen con las Especificaciones Técnicas contempladas en las Bases del Proceso; y que por tanto no poseen observaciones.**

- **Determinar, en caso se establezca que los bienes entregados cumplen con las especificaciones técnicas, si corresponde o no ordenar a la Entidad otorgar la conformidad de los bienes entregados.**
- **Determinar, en caso se establezca que los bienes entregados cumplen con las especificaciones técnicas, si corresponde o no ordenar la recepción de los bienes.**

**Tercera cuestión controvertida: Determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad la emisión del pago, a favor de la contratista, por concepto de contraprestación, la suma ascendente a S/ 90.810.00.**

113. De la revisión de la segunda y tercera cuestiones controvertidas, el Árbitro Único aprecia que se encuentran destinadas a que el Árbitro Único declare que los bienes cumplen con las Especificaciones Técnicas y se disponga que la ENTIDAD pague ciertos montos a favor de DARKEV, como consecuencia de la nulidad de la resolución.

114. Las pretensiones de DARKEV tienen como fuente de obligaciones la relación jurídica que, conforme fue analizado al ocuparnos del primer punto controvertido, ha retomado sus efectos jurídicos al declararse nula la resolución que efectuó el SENASA.

115. A partir de lo señalado en el primer punto resolutivo, el Árbitro Único ha determinado que el vicio que motivó la nulidad de la resolución, implica que el SENASA tenga que pronunciarse sobre el levantamiento de las observaciones que intentó presentar DARKEV el 1 de febrero de

**Tribunal Arbitral**

Carlos Luis Benjamín Ruska Maguiña (Árbitro Único)

2018 y que no fue aceptado por la ENTIDAD. En ese sentido, lo que corresponde es que el SENASA reciba los bienes que tenían que ser subsanados por DARKEV y emita un pronunciamiento sobre el levantamiento de las observaciones, a fin de determinar si es que fueron realizadas conforme a lo señalado y, en consecuencia, continuar o no con las obligaciones contractuales entre las partes.

116. Queda claro para este Árbitro Único que, existe una incertidumbre sobre la situación contractual que tienen las partes puesto que existirán dos posibles escenarios:

- a. Las observaciones que formuló el SENASA fueron levantadas en su oportunidad por DARKEV.
- b. Las observaciones que formuló el SENASA no fueron levantadas en su oportunidad por DARKEV.

117. El Árbitro Único no se ha pronunciado si es que las observaciones fueron o no levantadas, en tanto este no puede suplir la voluntad de la ENTIDAD, respecto al análisis sobre la subsanación de los bienes, si es que estos no se encuentran en su poder o se acredite la existencia de una situación de depósito de bienes inventariados, lo que en los presentes actuados no se ha acreditado.

118. Si bien DARKEV ha presentado un Informe Pericial con el que pretende acreditar el cumplimiento de las condiciones establecidas en las Bases respecto de las características de los bienes, dicho medio probatorio no genera convicción en el árbitro, por lo siguiente:

- a. No se puede acreditar que la muestra que ha sido utilizada forme parte de los bienes que iban a ser entregados al SENASA.
- b. Los bienes se encuentran en poder de DARKEV, sin que este haya acreditado la existencia de un depósito inventariado con dichos bienes que permita concluir que la muestra recogida será la que se entregue al SENASA.

119. A partir de lo señalado, este Árbitro Único considera que la entrega de los bienes debe ser realizada por DARKEV siguiendo el iter contractual y posteriormente, el SENASA deberá evaluar el levantamiento de las

---

**Tribunal Arbitral**

Carlos Luis Benjamín Ruska Maguiña (Árbitro Único)

observaciones, ya que, al ser ineficaz la resolución de la relación jurídica, corresponde que las partes retomen las obligaciones contractuales.

120. El Árbitro Único no puede ir contra la manifestación de las partes, contenida en el Acta de Recepción – Entrega del 17 de enero de 2018, puesto que se aceptó que los bienes debían ser subsanados. A partir de ello, lo que corresponde es que el SENASA evalúe la subsanación que presentó DARKEV en su oportunidad. Con el resultado que la evaluación se determinará si DARKEV cumplió de manera correcta con el levantamiento de las observaciones y, se podrá determinar a qué parte le corresponde asumir las consecuencias jurídicas de esa situación.
121. Las pretensiones de DARKEV han sido presentadas como el pago de la contraprestación por la correcta ejecución de las prestaciones a su cargo. Las consecuencias jurídicas que han tenido que asumir durante el periodo de tiempo que ha durado el arbitraje deberán ser acordadas por las partes una vez que retomen la ejecución de la relación jurídica, puesto que su naturaleza no es la de una contraprestación.
122. De la revisión de las pretensiones accesorias, en tanto la relación jurídica ha retomado sus efectos, corresponde continuar con el iter contractual. Hasta que no exista un pronunciamiento sobre el levantamiento de observaciones que presentó DARKEV no es posible emitir un pronunciamiento para reconocer que los bienes cumplen con las especificaciones técnicas y, en consecuencia, no corresponde, por el momento, ordenar a la ENTIDAD otorgar la conformidad de los bienes ni disponer la recepción de los mismos.
123. En tanto DARKEV aceptó que había errores en la primera entrega, corresponde que se evalúe la subsanación previa a la emisión de algún pronunciamiento. Esto tiene como fundamento la incertidumbre que existe en sobre la responsabilidad que podría ser atribuible a la ENTIDAD, en razón de la falta de recepción de bienes de DARKEV. Sin embargo, esta situación solo podrá ser analizada una vez que exista un pronunciamiento sobre el levantamiento de las observaciones que DARKEV intentó presentar en su oportunidad.

**Tribunal Arbitral**

Carlos Luis Benjamín Ruska Maguiña (Árbitro Único)

124. A partir de ello, en tanto el Árbitro Único ha determinado que se reanuden las obligaciones contractuales, no corresponde que se realice un análisis sobre las pretensiones formuladas, puesto que debe existir un pronunciamiento sobre el levantamiento de las observaciones de forma previa. Producido el pronunciamiento, las partes podrán ejercer los remedios contractuales que consideren pertinente, así como someter sus controversias a la vía arbitral de considerarlo necesario.
125. La indebida resolución de la relación jurídica que fue materia de este proceso es imputable al SENASA. El Árbitro Único considera que la tercera pretensión formulada por DARKEV responden al reconocimiento de pago de una contraprestación que no puede ser otorgada en este momento, por lo que los efectos que ha tenido la duración del proceso arbitral en su esfera jurídica deberán ser resuelto por las partes al momento de reiniciar la ejecución de sus obligaciones contractuales.
126. Por otro lado, la forma en cómo deben ser ejecutadas las obligaciones, a cargo de cada parte, debe ser acorde a los pactos que fueron realizados en su oportunidad, por lo que no puede existir una variación de dichas condiciones, salvo un acuerdo de estas. Sostener lo contrario involucraría ir en contra del pacto establecido, los cuales van a tener que ser reanudados en el momento en que se generó el vicio. El Árbitro Único no puede determinar la forma en cómo continuarían las obligaciones jurídicas, al no ser de su competencia.
127. Desde una visión integral de la relación jurídica, las partes deben establecer las condiciones en las cuales se van a reanudar las obligaciones que tenían, por lo que, en caso tengan que realizarse modificaciones a la forma de cumplimiento de las prestaciones, están son de cargo de las partes y no del Árbitro Único.
128. La labor del Árbitro no es sustituirse en la voluntad de las partes, sino que, por el contrario, a partir de lo que las partes hayan pactado, otorgar una solución a las controversias que se presentan. En este momento, en tanto DARKEV y el SENASA deben volver al iter contractual, corresponde a estas establecer las condiciones bajo las cuáles se ejecutarán las obligaciones pendientes, estableciendo que, en tanto alguna de ellas no continúe con las prestaciones a su cargo,

**Tribunal Arbitral**

Carlos Luis Benjamín Ruska Maguiña (Árbitro Único)

la contraria podrá ejecutar los remedios que la LCE y el RLCE le han habilitado.

129. A partir de todo lo señalado, corresponde declarar improcedentes la segunda pretensión principal, así como sus pretensiones accesorias y la tercera pretensión principal.

***Cuarta cuestión controvertida: Determinar si corresponde o no ordenar al SENASA, el pago a favor de DARKEV NEGOCIACIONES, por concepto de indemnización por daños y perjuicios, monto que será objeto de sustentación y probanza a través de un informa técnico-financiero.***

130. En este análisis, corresponde determinar si es que se debe o no ordenar el pago de una indemnización a favor de DARKEV en tanto se le ha resuelto su relación jurídica de manera contraria a derecho.

131. Para esto, es pertinente definir que la indemnización es la consecuencia del análisis de responsabilidad civil a partir de sus elementos. Podemos definir a esta como el “conjunto de consecuencias jurídico patrimoniales a las que queda expuesto el titular de una situación jurídica de desventaja”<sup>11</sup>

132. La responsabilidad civil busca proteger a las personas que son titulares de situaciones jurídicas de desventajas porque pueden ver afectado el interés que poseen sobre la relación que han tenido<sup>12</sup>, a partir de ello, la sola consecución de una acción no activa la responsabilidad de la otra, sino que deben demostrarse la existencia de sus elementos para que se tenga como válida.

133. La responsabilidad civil se ha convertido, con el paso de los años, en una postura jurídica que busca defender intereses protegidos por el ordenamiento dentro de los escenarios más variados que se posee<sup>13</sup>. Se ha mutado en el aspecto de representar una regla protectora de propiedad como aspecto que se tutela a ser un instrumento que

<sup>11</sup> FERNANDEZ CRUZ, Mario Gastón. “Las transformaciones funcionales de la responsabilidad civil: La óptica sistémica (Análisis de las funciones de incentívación o desincentívación y preventiva de la responsabilidad civil en los sistemas del civil Law)” En: Leysser León. Estudios sobre la responsabilidad Civil. Lima: ARA. 2001.

<sup>12</sup> FORNO FLOREZ, Hugo “Apuntes sobre el contenido patrimonial de la obligación” En: Advocatus. N° 10. 2004. Pág. 175.

<sup>13</sup> RODOTA, Stefano. “Modelos y funciones de la responsabilidad civil”. En: Themis N° 50. Lima, Perú. 2005. Pág. 200  
Decisión N° 12  
Laudo Arbitral  
Página 37 de 44

---

**Tribunal Arbitral**

Carlos Luis Benjamín Ruska Maguiña (Árbitro Único)

permite la compatibilidad entre los intereses que poseen las personas<sup>14</sup>. Se buscan proteger los intereses de los individuos, siempre que sean dignos de tutela por el ordenamiento, para no tener dificultades ante las situaciones injustas que pueden presentarse.

134. Así, es importante delimitar que *“el fin de las normas de responsabilidad civil es hacer responsable al sujeto dañador, quien, en ejercicio de su actividad, termina afectando la esfera patrimonial de otra persona.”*<sup>15</sup> En otras palabras, el Árbitro Único analiza si es que existe algún daño que merece ser resarcible a una de las partes, en este caso DARKEV, como consecuencia de algún daño ocasionado por la mala resolución. Por ello, se tiene un procedimiento donde la pérdida que ostenta una persona en su patrimonio no queda en ella, sino que se traslada a su contraria por las acciones que realizó para que llegue a suceder; no obstante, existen supuestos donde una acción dañosa puede no generar una consecuencia en el patrimonio de la contraria y, por tanto, al no existir el elemento del daño en el juicio de responsabilidad, no corresponde ordenar pago alguno.
135. Un correcto enfoque de responsabilidad civil busca analizar los intereses que poseen los particulares y como controlar las actividades humanas que generaron un cambio en la esfera jurídica personal<sup>16</sup>. Las personas, a lo largo de su vida, buscan que no se les genere una afectación en su correcto desarrollo; para el caso en concreto, un contratista ejecuta su prestación en la espera del pago de la contraprestación que se acordó, por lo que de existir una acción que altere su esfera jurídica de manera ilícita debe ser resarcida, en caso exista un daño.
136. Así, la responsabilidad civil busca restablecer las situaciones al momento anterior al daño ocurrido. La responsabilidad civil proviene de una forma de tutela que da el ordenamiento jurídico. Dentro de nuestra normativa vigente y las interpretaciones que se han realizado, debemos ser enfáticos en que la tutela resarcitoria no es una que busque sancionar al que comete una acción contraria en derecho, puesto que la responsabilidad civil no tiene una función punitiva y de

---

<sup>14</sup> RODOTA, Stefano. Ibid. Pág. 201

<sup>15</sup> PONZANELLI. *“Las funciones de la responsabilidad civil en la experiencia norteamericana”* En: La Responsabilidad Civile. Profili di diritto comparato. Bologna, Italia. Socieà Editricell Mulino 1992 Traducción de Leysser León. Pág. 26.

<sup>16</sup> FRANZONI, Massimo. Ibid. Pág. 220-221

---

**Tribunal Arbitral**

Carlos Luis Benjamín Ruska Maguiña (Árbitro Único)

sanción, sino que hay una finalidad preventiva con una correcta redistribución de costos económico. Así, la redistribución de costos hace un efecto deseable en donde la perspectiva individual de la vinculación intersubjetiva y la perspectiva social generan una armoniosa unión.

137. La tutela resarcitoria es una forma de tutela exclusiva y excluyente, siendo su ámbito de aplicación el daño injustamente sufrido. Esta cumple un fin dentro del ordenamiento y goza de remedios jurídicos especiales a diferencia de la tutela resolutoria o la tutela contra el incumplimiento.
138. Sobre la base de lo expuesto, se debe identificar el fin que busca la responsabilidad civil en su conjunto para que pueda ser analizado el caso en concreto. El árbitro no emite un juicio de valor con respecto a otra forma de sanción que pudieron haber cometido las personas en el caso sino se concentrará en definir si lo que sucedió puede verse desde la responsabilidad civil, para resarcir los daños que alega DARKEV.
139. Dentro del análisis que corresponde realizar al caso en concreto se debe determinar los elementos que nos permiten llegar a determinar si existe o no responsabilidad civil.
140. En el caso concreto, analizaremos los elementos que nos permitirán concluir la existencia de responsabilidad civil, a saber, daño, hecho generador, nexo de causalidad y el análisis de imputabilidad, precisando que estos son concurrentes, por lo que, de no acreditarse la existencia de uno de estos, el Árbitro Único no proseguirá con el análisis del resto declarando infundada dicha pretensión.
141. El primer elemento a ser analizado es el daño que se produce en la escena material, es decir, en el plano real de la sociedad. Este elemento es el que se debe analizar en primer lugar ya que este es el elemento exógeno que aparece en la relación jurídica ya existente por lo que es donde inicia el fenómeno de la responsabilidad.
142. En el sistema peruano, la responsabilidad civil se activa cuando se constata la existencia del daño. Sin embargo, esto no significa que por la existencia de un daño ya se genere una resarcibilidad del mismo, sino que este es el elemento primigenio de un análisis de

---

**Tribunal Arbitral**

Carlos Luis Benjamín Ruska Maguiña (Árbitro Único)

responsabilidad civil. Lo principal a determinar es la afectación a un interés que no es tutelado por el ordenamiento jurídico. A fin de probar un daño, se debe comprobar los cuatro requisitos que posee el mismo: Certeza, subsistencia, especialidad y la injusticia.

143. Se debe analizar la certeza del daño. Este análisis reviste dos momentos diferentes. Al inicio el análisis se centra en el plano fáctico ya que se tiene que comprobar que el daño es cierto. Esto está relacionado con el espacio donde se puede desarrollar la afectación. En ese sentido, una verificación de la realidad comprueba la existencia del daño. Por otro lado, también debe existir una lógica en la certeza del daño. Aquí nos referimos a una comprobación de manera ulterior donde se ejemplifica si es que el referido daño tiene como consecuencia necesaria un hecho generador. Esto será analizado de forma posterior en la relación de causalidad.
144. Con respecto a este primer elemento corresponde analizar si es que en los casos mencionados se tiene una verificación en la realidad sobre la existencia de un daño. Para el caso en concreto, el Árbitro Único no observa un hecho que le permita inferir la existencia del daño en el caso en concreto, puesto que la resolución de la relación jurídica, por sí sola, no genera un daño en sí, más aún en la etapa de ejecución de las obligaciones en que se resolvió dicha relación jurídica y que esta va a volver a su cauce normal, con la entrega de bienes que se encontraban pendientes de ser subsanados.
145. La certeza del daño involucra la comprobación de un daño evento como un suceso puesto que se puede comprobar en la realidad. Para el caso en concreto, el Árbitro Único no aprecia que DARKEV haya demostrado la existencia de dicho elemento, ni que haya acreditado daños por el periodo de tiempo en el que se ha encontrado bajo la resolución contractual resuelta, por lo que no corresponde proseguir el análisis sobre los siguientes elementos, declarando infundada la pretensión indemnizatoria de DARKEV.
146. A partir de todo ello, corresponde declarar infundada la cuarta pretensión principal presentada por DARKEV.

**Tribunal Arbitral**

Carlos Luis Benjamín Ruska Maguiña (Árbitro Único)

## **DETERMINACIÓN DE LA ASUNCIÓN DE LOS COSTOS DEL PROCESO**

147. Conforme con lo dispuesto en el literal g) del artículo 56° del Reglamento del Centro, el Laudo debe contener la referencia a los costos arbitrales, conforme se aprecia a continuación:

**“Artículo 56.- Contenido del Laudo**

*El laudo arbitral de derecho deberá estar motivado y contendrá:*

*(...)*

*g) La referencia sobre la asunción o distribución de los costos arbitrales*

*(...)”.*

148. De acuerdo con lo antes señalado, corresponde al Árbitro Único pronunciarse necesariamente en el presente Laudo acerca de la asunción o distribución de los costos arbitrales.

149. Respecto de los costos del arbitraje, el artículo 73° del Ley de Arbitraje señala lo siguiente:

**“Artículo 73° inciso 1.-**

*El tribunal arbitral tendrá en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes. A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.”*

150. Así, de no existir un acuerdo sobre la asunción de los costos en el pacto arbitral, la responsabilidad de ello recaerá sobre la parte vencida. No obstante, el Árbitro Único puede disponer que los costos sean asumidos de forma equivalente por las partes, esto es, en partes iguales y que cada una asuma sus propios montos incurridos como costos, si estima que el prorrateo resulta razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

**Laudo de derecho**

Expediente N° 1686-86-18

Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú

Caso Arbitral: **DARKEV NEGOCIACIONES S.A.C. vs. SERVICIO NACIONAL DE SANIDAD AGRARIA - SENASA**



**Tribunal Arbitral**

Carlos Luis Benjamín Ruska Maguiña (Árbitro Único)

151. De la revisión de la Orden de Compra N° 00864 del 5 de octubre del 2017, se advierte que las mismas no han pactado nada en relación con los costos del arbitraje, por lo que, corresponde que la distribución de estos sea determinada por el Árbitro Único teniendo en cuenta las circunstancias del caso.
152. En el presente arbitraje se declarado que la resolución realizada por el SENASA no tiene validez y corresponde que las actuaciones se retrotraigan hasta dicho momento. En tanto la resolución fue realizada en contra de los propios actos del SENASA, específicamente el Acta de Recepción – Entrega del 17 de enero de 2018, el Árbitro Único no considera apropiado hacer uso de sus facultades y prorratear los costos entre las partes, sino que corresponde que sean de la parte vencida.
153. Teniendo en cuenta que DARKEV se subrogó en el pago de los gastos arbitrales del Árbitro Único que le correspondían al SENASA, esta parte deberá reintegrar a DARKEV el 100% de lo pagado por concepto de honorarios del Árbitro Único. Por otro lado, en tanto los gastos administrativos del Centro fueron acreditados por cada una de las partes, corresponde que el SENASA reembolse el 50% de dicho monto a DARKEV, según el siguiente detalle:

<b>Concepto</b>	<b>Monto</b>
Honorarios del Árbitro Único	Corresponde que el SENASA reembolse a DARKEV el monto de S/. 7,000.00 neto
Gastos Administrativos del Centro	Corresponde que el SENASA reembolse a DARKEV el monto de S/. 3,250.00 más IGV.

154. Fuera de estos conceptos, se dispone que cada parte asuma directamente los gastos o costos que sufrió; esto es, que cada parte asuma los gastos y costos en que incurrió como consecuencia del presente arbitraje, como son los honorarios de sus abogados y peritos, entre otros.

**Tribunal Arbitral**

Carlos Luis Benjamín Ruska Maguiña (Árbitro Único)

155. El Árbitro Único deja constancia de que ha analizado todos los argumentos de defensa expuestos por las partes y examinado las pruebas presentadas por éstas de acuerdo a las reglas de la sana crítica y al principio de libre valoración de la prueba recogido en el artículo 43° de la LEY DE ARBITRAJE y que el sentido de su decisión es el resultado de ese análisis y de su convicción sobre la controversia, al margen que algunas de las pruebas presentadas o actuadas y algunos de los argumentos esgrimidos por las partes no hayan sido expresamente citados en el presente laudo.

Por las razones expuestas, estando a los considerandos glosados, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 49° y 50° de la LEY DE ARBITRAJE, y estando a lo prescrito por las normas legales invocadas, este Árbitro Único, en DERECHO,

**LAUDA:**

**PRIMERO. – DECLARAR FUNDADA** la primera pretensión principal de DARKEY y, en consecuencia, nula la resolución del contrato (Orden de Compra) contenida en la carta notarial N° 0005-2018-MINAGRI-SENASA-OAD.

**SAEGUNDO. – DECLARAR IMPROCEDENTE** la segunda pretensión principal del CONSORCIO, por las consideraciones expuestas en este laudo.

**TERCERO. – DECLARAR IMPROCEDENTE** la primera pretensión accesoria a la segunda pretensión principal, por las consideraciones expuestas en este laudo.

**CUARTO. – DECLARAR IMPROCEDENTE** la segunda pretensión accesoria a la segunda pretensión principal, por las consideraciones expuestas en este laudo.

**QUINTO. – DECLARAR IMPROCEDENTE** la tercera pretensión principal, por las consideraciones expuestas en este laudo.

**SEXTO. – DECLARAR INFUNDADA** la cuarta pretensión principal, por las consideraciones expuestas en este laudo.

**SÉPTIMO. – FIJAR** los honorarios del Árbitro Único en la cantidad de S/ 7,000.00 (Siete Mil Quinientos con 00/100 soles) netos y los honorarios por los servicios

**Tribunal Arbitral**

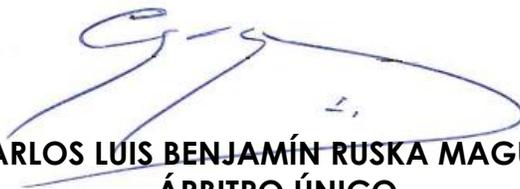
Carlos Luis Benjamín Ruska Maguiña (Árbitro Único)

de administración del Centro en la cantidad de S/ 6,500.00 (Seis Mil con 00/100 soles), incluyendo el IGV.

**OCTAVO. – DISPONER** que la ENTIDAD asuma el 100% de los costos del proceso, es decir, de los honorarios del Tribunal Arbitral y los servicios de administración del Centro, por lo que corresponde que el SENASA reembolse los siguientes montos a favor de DARKEV:

<b>Concepto</b>	<b>Monto</b>
Honorarios del Árbitro Único	Corresponde que el SENASA reembolse a DARKEV el monto de S/. 7,000.00 neto
Gastos Administrativos del Centro	Corresponde que el SENASA reembolse a DARKEV el monto de S/. 3,250.00 más IGV.

Fuera de estos conceptos, cada parte asumirá los gastos o costos que sufrió; esto es, cada parte asumirá los gastos y costos en que incurrió como consecuencia del presente proceso, como son los honorarios de sus abogados, pericias, entre otros.



**CARLOS LUIS BENJAMÍN RUSKA MAGUIÑA**  
**ÁRBITRO ÚNICO**