

AMERICAN CONTRATISTAS GENERALES S.A.C.

Vs.

PROGRAMA SUBSECTORIAL DE IRRIGACIONES - PSI

LAUDO

Tribunal Arbitral:

Juan Carlos Pinto Escobedo – Presidente del Tribunal

Rita Castro-Prinz Rodríguez – Árbitro

Reiner Solís Villanueva – Árbitro

Joan Enrique Torre Pinares - Secretario Arbitral

LAUDO ARBITRAL

En Lima, a los 3 días del mes de agosto del año dos mil veintiuno, el Tribunal Arbitral, luego de haber realizado las actuaciones arbitrales de conformidad con la Ley y las normas establecidas por las partes, escuchados los argumentos sometidos a su consideración y deliberado en torno a 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.

1. EL CONVENIO ARBITRAL

Se encuentra contenido en la Cláusula Décimo Octava del Contrato N° 149-2017-MINAGRI-PSI suscrito en fecha 13 de diciembre de 2017, en los siguientes términos:

CLAUSULA DÉCIMO OCTAVA: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Las controversias que surjan entre las partes durante la ejecución del contrato se resuelven mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes.

Cualquiera de las partes tiene derecho a iniciar el arbitraje a fin de resolver dichas controversias dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 122,137,140,143,146,147 y 149 del Reglamento o, en su defecto, en el inciso 45.2 del artículo 45 de la Ley.

El arbitraje será Institucional y será resuelto por (3) árbitros. LA ENTIDAD propone las siguientes instituciones arbitrales: Centro de Análisis y Solución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica o el Centro de Arbitraje del Colegio de Ingenieros del Perú.

2. CONSTITUCIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL:

El 10 de julio de 2019, el árbitro Rita Alejandra Castro-Prinz Rodríguez remite su aceptación como árbitro designado por la parte demandante.

El 5 de julio de 2019, el árbitro Reiner Absalon Solis Villanueva remite su aceptación como árbitro designado por la parte demandada.

El 19 de agosto de 2019, 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 Decisión N° 1, de fecha 7 de octubre de 2019, se fijaron las reglas aplicables al presente arbitraje y se otorgó un plazo de diez (10) días hábiles al CONTRATISTA a fin de que presente su demanda arbitral. Asimismo, se otorgó el mismo plazo a la ENTIDAD para que acredite la inscripción en el SEACE.
- 3.2. Mediante Decisión N° 2, de fecha 4 de noviembre de 2019, se tiene por presentada la demanda arbitral por parte del CONTRATISTA y se otorga un plazo de diez (10) días hábiles a la ENTIDAD para que presente su contestación de la demanda arbitral. Asimismo, se da por presentado la acreditación del registro en el SEACE por parte de la ENTIDAD.
- 3.3. Mediante Decisión N° 3, de fecha 2 de diciembre de 2019, tener por presentada la contestación la demanda arbitral por parte de la ENTIDAD y poner en conocimiento del CONTRATISTA.
- 3.4. Mediante Decisión N°4, de fecha 9 de enero de 2020, se tiene por presentados los cincuenta (50) medios probatorios y se ponen en conocimiento de la ENTIDAD a fin de que, de considerarlo pertinente, se manifieste sobre ellos. Asimismo, se tiene por presentada la réplica de la contestación de la demanda arbitral y se otorga un plazo de diez (10) días hábiles a la ENTIDAD para que se pronuncie.
- 3.5. Mediante Decisión N°5, de fecha 28 de enero de 2020, se informa a las partes del nuevo local institucional del Centro de Arbitraje PUCP.
- 3.6. Mediante Decisión N° 6, de fecha 10 de marzo de 2020, se determinaron las cuestiones controvertidas del presente arbitraje, se admitieron los medios probatorios y se citó a audiencia única para el 1 de abril del 2020 a las 9 am.

- 3.7. Mediante Decisión N° 7, de fecha 6 de octubre de 2020, se determinó que se reprogramaría la audiencia única en una siguiente decisión. Así mismo, se tuvieron por variados los domicilios electrónicos de las partes.
- 3.8. Mediante Decisión N° 8, de fecha 15 de febrero de 2020, se determinó que la audiencia única se celebraría el 3 de marzo del 2021 a las 10:00 a.m. El 3 de marzo de 2020, se llevó a cabo la Audiencia única conforme a lo indicado y se otorgó plazo de cinco (5) días hábiles a ambas partes para presentar la documentación que estimaran conveniente.
- 3.9. Mediante Decisión N° 9, de fecha 18 de mayo de 2021, se tuvieron presentes los escritos de argumentos finales presentados por ambas partes, se declaró el cierre de las actuaciones arbitrales y 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.
- 3.10. Mediante Decisión N° 10, de fecha 14 de julio de 2021 se decidió prorrogar el plazo para la emisión del Laudo Final por diez (10) días hábiles adicionales, el mismo que se computará a partir del día hábil siguiente de vencido el plazo original y vencerá el 3 de agosto de 2021.

4. SOBRE LOS GASTOS ARBITRALES:

- 4.1. Mediante Comunicación de Secretaría Arbitral de fecha 7 de octubre de 2019 se efectuó la liquidación de los gastos arbitrales conforme lo siguiente:

Concepto	Monto
Honorarios del Tribunal Arbitral	S/.19,047.34 neto por cada árbitro
Gastos Administrativos del Centro	S/ 17,232.00 más IGV

- 4.2. Dichos montos debían ser cancelados en partes iguales por cada una de las partes.

5. CUESTIONES CONTROVERTIDAS

5.1. Mediante Decisión N° 6 el Tribunal Arbitral determinó las cuestiones controvertidas del presente arbitraje conforme a lo siguiente:

Primera cuestión controvertida: *Que el tribunal arbitral determine si corresponde o no que el Tribunal Arbitral deje sin efecto, se declare nula, invalida o ineficaz la resolución del contrato efectuada por la ENTIDAD mediante Carta Notarial N° 0025-2019-MINAGRI-PSI-OAF.*

Segunda cuestión controvertida: *Que el tribunal arbitral determine si corresponde o no que este Tribunal Arbitral declare consentida la liquidación técnica financiera del Contrato remitida con Carta N°082-2018- A.C.G.D.R.L. y por su efecto se ordene a la ENTIDAD proceda a pagar al CONTRATISTA la suma de S/.2'503,634.25 soles por concepto de penalidad.*

Tercera cuestión controvertida: *Que el tribunal arbitral Determine si corresponde o no que este Tribunal Arbitral ordene a la ENTIDAD cumpla con devolver la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento al CONTRATISTA.*

Cuarta cuestión controvertida: *Que el tribunal arbitral determine si corresponde o no que este Tribunal Arbitral ordene a la ENTIDAD asumir la totalidad de las costas y costos que genere el presente proceso.*

Quinta cuestión controvertida: *Que el tribunal determine si corresponde o no que este Tribunal Arbitral ordene a la Entidad asumir la totalidad de las costas y costos que genere el presente proceso.*

Con relación a los medios probatorios ofrecidos por las partes, el Tribunal Arbitral dispone admitir los medios probatorios de acuerdo al siguiente detalle:

a. Respecto a la demanda presentada el 22 de octubre de 2019 presentado por el Contratista:

Los documentos signados desde el numeral “6.1” hasta el numeral “6.15”, contenidos en el acápite “VI. MEDIOS PROBATORIOS” del escrito de demanda.

b. Respecto al escrito de contestación de la demanda arbitral de fecha 19 de noviembre de 2019 presentado por la Entidad:

El mérito del Contrato N° 149-2017-MINAGRI-PSI para la “Contratación del Servicio de Elaboración de Ficha técnica Definitiva y Descolmatación del Cauce del Río La Leche Tramo I”.

c. Respecto al escrito de ampliación de la contestación de la demanda presentado el 4 de diciembre de 2019 por la Entidad:

Los documentos signados desde el Anexo “4-A” hasta el Anexo “4-XX”, contenidos en la sección “MEDIOS PROBATORIOS” del escrito de la contestación de la demanda.

d. Respecto al escrito presentado por el Contratista de fecha 13 de diciembre de 2019:

Los nuevos medios probatorios adjuntos en los Anexos 6 y 7.

e. Respecto al escrito de ampliación de la contestación de la demanda presentado el 22 de febrero de 2021 por el Contratista:

Las facturas electrónicas adjuntas en medios probatorios adjuntos desde el Anexos 1A hasta el 1R.

6. POSICIONES DE LAS PARTES:

De la demanda presentada por el Contratista

Con escrito de fecha 22 de octubre de 2019, el Contratista presentó su escrito de demanda señalando que:

- 6.1. El contrato N° 0149-2017-MINAGRI-PSI (en adelante el Contrato), adjunto en el Anexo 4, deriva del proceso de Contratación Directa N° 074-2017-MINAGRI-PSI, que se realiza en el marco del Decreto Supremo que declara el Estado de Emergencia en los departamentos de Tumbes, Lambayeque, La Libertad, Ancash, Cajamarca e Ica, y en 145 distritos del departamento de Lima y 03 distritos de la Provincia Constitucional del Callao, por peligro inminente ante el periodo de lluvias 2017 – 2018, y su marco general establecido en la Ley N° 30556, Ley que aprueba disposiciones de carácter extraordinario para las intervenciones del gobierno nacional frente a desastres y que dispone la creación de la autoridad para la reconstrucción con cambios.
- 6.2. La ejecución de actividades fue definida a Precios Unitarios, conforme el numeral 1.6 de las bases del proceso de Contratación Directa N° 074-2017-MINAGRI-PSI, el servicio se rige por el sistema de Esquema Mixto, siendo los plazos establecidos en las bases del proceso los siguientes:
- a) *A Suma Alzada, para la elaboración de la FICHA TÉCNICA DEFINITIVA: 7 días calendarios.*
 - b) *A Precios Unitarios, para la EJECUCIÓN DE ACTIVIDADES: 23 días calendarios.*
- Asimismo, mencionan que para la ejecución de los servicios solicitaron oportunamente el adelanto directo ascendente al 30% del contrato.
- 6.3. Presentaron la ficha técnica definitiva, siendo aprobada por la Entidad y notificada al contratista el 28 de diciembre de 2017 mediante Carta N° 057-2017-MINAGRI-PSI-OGZ-CH, adjunta como Anexo 5. Asimismo, hacen notar que la ficha técnica definitiva fue presentada dentro del plazo contractual de siete días calendarios y la misma define la forma y el modo de ejecución del servicio.
- 6.4. En fecha 29 de diciembre de 2017, iniciaron la ejecución del servicio de descolmatación del Cauce del río La Leche tramo I, tal como se acredita con el asiento N° 1 del Cuaderno de Ocurrencias, adjunto como Anexo 6, el mismo que se suscribe con el supervisor del servicio.

- 6.5. El 18 de enero de 2018 se culmina la ejecución del servicio de descolmatación del cauce del río La Leche tramo I, tal como se acredita con el asiento N° 38 del Cuaderno de Ocurrencias, adjunto como Anexo 7, donde dejan constancia de la culminación del servicio de descolmatación. Y que, mediante Carta N° 016-2018-A.C.G.D.R.L. del 18 de enero de 2018, notificaron a la Supervisión el informe final del servicio dentro del plazo contractual, adjunto como Anexo 8. Precisan que el Informe Final es la última obligación a cargo del contratista, conforme el último párrafo de la cláusula cuarta del Contrato.
- 6.6. El 19 de enero de 2018, la Supervisión verificó la culminación de los servicios de descolmatación de acuerdo a la ficha técnica aprobada por la Entidad, mediante una anotación en el asiento N° 39 del cuaderno de ocurrencias, suscrita por el jefe de la Supervisión, el Ing. Gamaliel Chirinos Toranzo, adjunto en el Anexo 9. Hacen hincapié en que la Supervisión es la encargada de comunicar a la Entidad la culminación del servicio para fines de recepción.
- 6.7. Por actos propios de la Entidad, el acta de recepción fue recién realizada el 19 de setiembre de 2018, fecha en la cual se suscribe el ACTA DE RECEPCIÓN DEL SERVICIO SIN OBSERVACIONES, que adjuntan en el Anexo 10.
- 6.8. El 29 de octubre de 2018 se suscribió la Adenda N° 1 del Contrato, aprobada a través de la Resolución N° 350-2018-MINAGRI-PSI, adjunta en el Anexo 11. A través de dicha adenda se modificó monto total Contrato a S/. 21'278,001.12.
- 6.9. Mediante Carta N° 064-2018-A.C.G.D.R.L. de fecha 20 de noviembre de 2018 subsanaron las observaciones efectuadas por la Entidad al informe final del servicio, a fin de que se proceda al pago final.
- 6.10. A través de la Carta N° 1735-2018-MINAGRI-PSI-DIR de fecha 10 de diciembre de 2018, adjunta en el Anexo 12, la Entidad les solicitó que en un plazo de 3 días se presente la LIQUIDACIÓN TÉCNICA FINANCIERA, de conformidad con la Resolución Ministerial N° 374-2017-MINAGRI.

- 6.11. De los documentos adjuntos en la Carta N° 1735-2018-MINAGRI-PSI-DIR, el Memorando N° 5871-2018-MINAGRI-PSI-DIR y el Informe 5360-2018-MINAGRI-PSI-DIR-OS, se deduce que la Entidad habría aplicado la penalidad por el concepto de otras penalidades.
- 6.12. Mediante Carta N° 082-2018-A.C.G.D.R.L. de 13 de diciembre de 2018, adjunta en el Anexo 13, remitieron el expediente de la liquidación técnico financiera y dieron respuesta a la Carta N° 1735-2018-MINAGRI-PSI-DIR, solicitando que se les cancele el importe de S/. 2'503,634.25.
- 6.13. Como consecuencia de la aplicación de penalidades y al amparo de la Ley de Conciliación Extrajudicial N° 26872 y sus normas complementarias y reglamentarias, y de conformidad con lo acordado en la cláusula décimo octava del Contrato, en fecha 17 de enero de 2019 solicitaron el inicio del procedimiento de conciliación ante el Centro de Conciliación Republica.
- 6.14. Asimismo, mencionan que, una vez invitada la Entidad, acudieron a la Conciliación realizada el 12 de febrero de 2019, en donde, reunidas las partes, no llegaron acuerdo conciliatorio alguno, tras lo cual se suscribió el Acta de Conciliación N° 030-2019.CCR, adjunta en el Anexo 14.

PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

- 6.15. Solicitan que se declare la invalidez o ineficacia o nulidad de la resolución del Contrato contenida en la Carta Notarial N° 0025-2019-MINAGRI-PSI-OAF de fecha 29 de marzo de 2019, al haber terminado y concluido el contrato de servicios, toda vez que la Entidad no podría resolver el contrato luego de haber efectuado el último pago.
- 6.16. Conforme al Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, una vez perfeccionado el contrato, el contratista se compromete a ejecutar las prestaciones pactadas en favor de la Entidad, mientras que esta última se compromete a pagar al contratista la contraprestación acordada. De esa forma, el contrato se entenderá cumplido cuando ambas partes ejecuten sus prestaciones a satisfacción de sus

respectivas contrapartes, siendo que en este contrato hay una conformidad del mismo y la cancelación del servicio.

- 6.17. Por otra parte, sostienen que el artículo 143 del Reglamento establece el procedimiento de recepción y conformidad, aplicable para la culminación de la ejecución contractual en contratos de bienes, servicios en general y/consultorías.
- 6.18. Además, alegan que, de acuerdo con dicho artículo, a efectos de otorgarse la conformidad por la correcta ejecución del contrato, se requiere del informe del funcionario responsable del área usuaria, quien debe verificar -dependiendo de la naturaleza de la prestación- la calidad, cantidad y cumplimiento de las condiciones contractuales, debiendo realizar las pruebas que fueran necesarias.
- 6.19. Asimismo, sostienen que -realizadas las verificaciones del caso- en el caso de que la Entidad advierta ciertas observaciones, éstas deben ser comunicadas al contratista, indicándole el sentido de dichas observaciones y otorgándole un plazo para subsanarlas; tal como lo establece el numeral 4 del artículo 143 del Reglamento, el cual citan:

“Artículo 143.- Recepción y conformidad

(...)

143.4. De existir observaciones, la Entidad debe comunicarlas al contratista, indicando claramente el sentido de estas, otorgándole un plazo para subsanar no menos de dos (2) ni mayor de diez (10) días, dependiendo de la complejidad. Tratándose de consultorías y de contratos bajo la modalidad mixta el plazo para subsanar no puede ser menor de cinco (5) ni mayor de veinte (20) días, dependiendo de la complejidad. (...)”. (El énfasis es del Contratista).

- 6.20. En ese sentido, la Entidad notificó la Carta N° 1735-2018-MINAGRI-PSI-DIR del 10 de diciembre de 2018, adjunta como Anexo 12, la cual contiene la conformidad de la última prestación.
- 6.21. De acuerdo a lo anterior, la normativa de contrataciones del Estado ha previsto que la conformidad del servicio y su respectivo pago es la culminación del contrato.

Dichas actuaciones habrían sido realizadas por la Entidad el 6 de diciembre de 2018 y se acreditan con el pago según reporte del SAP, adjunto como Anexo 17, y con el Informe N° 206-2018-JR, adjunto como Anexo 18, que notifica la conformidad de la última prestación.

- 6.22. Asimismo, hacen notar que el proceso de servicio de Ejecución de actividades de Descolmatación del Cauce del río La Leche tramo I, es de precios unitarios, esto es, solo se abonaba lo efectivamente realizado, en consecuencia, sostiene que se cumplió con la finalidad pública del contrato y las partidas pagadas, conforme la verificación de la supervisión, con descuento de supuestas o presuntas como corresponde a esta modalidad de contratación.

SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

- 6.23. El contratista solicita que se declare consentida la liquidación técnica financiera del Contrato N° 0149-2017-MINAGRI-PSI remitida por el Contratista a la Entidad mediante Carta N° 082-2018-A.C.G.D.R.L., y por su efecto se proceda al pago de S/. 2'503,634.25 retenidos por presunto concepto de penalidad.
- 6.24. Mencionan que presentaron la liquidación técnica financiera mediante Carta N° 082-2018-A.C.G.D.R.L., de conformidad con la Resolución Ministerial N° 374-2017-MINAGRI.
- 6.25. Concluyen que, dado que la liquidación Técnica Financiera no fue motivo de observación por parte de la Entidad, la misma debe declararse consentida y por su efecto se proceda al pago de S/. 2'503,634.25.

TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

- 6.26. El contratista solicita que el Tribunal Arbitral ordene a la Entidad devolver la garantía de fiel cumplimiento del Contrato, ascendente a S/. 2'129,268.93 que fue parte de la firma del contrato.
- 6.27. En primer lugar, señalan que, con la finalidad de cautelar el correcto y oportuno cumplimiento de sus obligaciones durante la ejecución contractual, la normativa de

contrataciones del Estado establece como requisito para la celebración de un contrato que el postor ganador de la buena pro constituya y entregue a la Entidad la garantía de fiel cumplimiento por una suma equivalente al 10% del monto del contrato original.

- 6.28. Asimismo, indican que, conforme a ley, las garantías que debían otorgar los postores y/o contratistas, según corresponda, son las de fiel cumplimiento del contrato y por los adelantos. Estas garantías deben ser “(...) incondicionales, solidarias, irrevocables y de realización automática en el país, al solo requerimiento de la respectiva Entidad, bajo responsabilidad de las empresas que las emiten (...)”.
- 6.29. En ese orden de ideas, señalan que con la garantía de fiel cumplimiento se busca el cumplimiento de las obligaciones contractuales, bajo apercibimiento de ejecución para indemnizar a la Entidad por los eventuales daños y perjuicios que se le pudieran causar.
- 6.30. Asimismo, aducen que en el reglamento se establecen supuestos taxativos en los cuales corresponde ejecutar la garantía de fiel cumplimiento. Pero siendo que el presente caso ya hay una conformidad del servicio y el contrato se encuentra concluido, corresponde que el Tribunal Arbitral ordene a la Entidad la devolución de la carta fianza otorgada en garantía de fiel cumplimiento del contrato.
- 6.31. Por las razones antes expuestas, el Contratista considera que este extremo de la demanda arbitral debe ser declarado FUNDADO y que, por su efecto, se ordene a la Entidad devolver la garantía de fiel cumplimiento del Contrato, que asciende a S/. 2'129,268.93.

CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

- 6.32. Por otro lado, el Contratista solicita que se ordene a la Entidad que asuma los gastos financieros generados por la renovación de la citada carta fianza.
- 6.33. Alegan que, teniendo en cuenta que los gastos de renovación de la carta fianza se deben a que la Entidad no la devolvió después de que el contrato quedó concluido, corresponde a la Entidad asumir el costo de la renovación de las cartas fianza.

QUINTA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

- 6.34. El Contratista solicita que la Entidad les reembolse las costas y costos arbitrales en los cuales hayan podido incurrir durante el desarrollo del presente arbitraje, y que se declare expresamente la condena en el laudo.
- 6.35. Respecto a costas y costos, el Contratista indica que los artículos 69, 70 y 73 de la Ley de Arbitraje, Decreto Legislativo N° 1071, 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 que, 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.
- 6.36. Asimismo, el Contratista señala que los costos incluyen, pero no se limitan, a las retribuciones del Tribunal Arbitral y de los abogados de las partes. Además, el contratista menciona que, el artículo 73º en su inciso primero establece que en el laudo los árbitros se pronunciarán por su condena o exoneración, teniendo en cuenta el resultado o sentido del mismo. Si no hubiera condena, cada parte cubrirá sus gastos y los que sean comunes en iguales proporciones.
- 6.37. En este sentido, el consorcio aprecia la contravención de las normas legales por parte de la Entidad, que condujo, según el mismo consorcio, a la mala aplicación de la norma y con ello la resolución del contrato por parte de la Entidad, y el daño en la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento, del cual se solicita la restitución del monto.
- 6.38. Por consiguiente, el Contratista manifiesta que corresponde condenar a la Entidad el pago del íntegro de las costas y costos, y el pago exclusivo de los gastos del proceso arbitral, es decir, la Entidad, según la parte demandante, debería asumir el 100% de todas las costas y costos del presente proceso.
- 6.39. En consecuencia, respecto de la quinta pretensión planteada, el Contratista considera que corresponde que la misma sea declarada FUNDADA.

De la contestación de la demanda presentada por la Entidad:

Mediante escrito de fecha 19 de noviembre de 2019, la Entidad presentó su escrito de contestación de demanda señalando que:

- 6.40. El 13 de diciembre de 2017, como resultado de la Contratación Directa N° 074-2017-MINAGRI-PSI, las partes suscribieron el Contrato N° 149-2017-MINAGRI-PSI (en adelante el Contrato) para la “Contratación del Servicio de Elaboración de Ficha Técnica Definitiva y Descolmatación del Cauce del río La Leche tramo I” por un monto total de S/. 21'292,689.21.
- 6.41. Se estableció para la ejecución contractual el plazo de 30 días calendario, el mismo que empezaría a computarse a partir del 29 de noviembre de 2017, conforme lo indica la Carta N° 1091-2017-MINAGRI-PSI-OAF.
- 6.42. El citado contrato establece en su Cláusula Sexta que este se encontraba conformado por las bases integradas, la oferta ganadora, así como por los documentos derivados del procedimiento de selección que establezcan obligaciones para las partes.
- 6.43. Con fecha 20 de octubre de 2018, las partes suscribieron la Adenda N° 01 al Contrato a través de la cual acordaron modificar el tenor de la Cláusula Tercera del Contrato estableciendo lo siguiente:

-	Elaboración de la ficha técnica definitiva	: S/. 252,482.48
-	Descolmatación del cauce del río La Leche	: S/. 21'025,518.64
-	MONTO TOTAL DEL SERVICIO	: S/. 21'278,001.12

SOBRE LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL

- 6.44. Precisan de manera preliminar que el contrato materia del presente proceso, cuya ejecución le fue encargada al Contratista, fue suscrito en virtud de lo previsto en el numeral 2) del artículo 85° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, referido a Contrataciones Directas por situación de emergencia.

- 6.45. Asimismo, indican que, al tratarse de una contratación por situación de emergencia, su objeto estaba destinado a menguar o prevenir el grave peligro de la ocurrencia de un evento que afecte la vida y los bienes de las personas. Por lo que la ejecución de la prestación dentro del plazo acordado era trascendental, al encontrarse en juego los bienes jurídicos referidos. En esa medida, resultaba indispensable que el contratista cumpliera con el plazo y las condiciones establecidas en los TDR y contrato, a fin de cumplir con la finalidad pública del contrato debido al riesgo existente y la consecuente premura para evitar los posibles daños.
- 6.46. Por otra parte, señalan que la resolución del contrato se encuentra regulada y contemplada en el numeral 1 del artículo 36 de la Ley de Contrataciones del Estado, el cual prevé que las causales de resolución del contrato, estableciendo que: “Cualquiera de las partes puede resolver el contrato (...) por incumplimiento de sus obligaciones conforme lo establecido en el reglamento (...)”.
- 6.47. En concordancia con dicha precisión, mencionan que el numeral 1 del artículo 135 del Reglamento prescribe que la Entidad puede resolver el contrato cuando el contratista:
- (i) Incumpla injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese a haber sido requerido para ello;
 - (ii) 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
 - (iii) Paralice o reduzca injustificadamente la ejecución de la prestación, pese a haber sido requerido para corregir tal situación. (El énfasis es del Contratista).
- 6.48. Consecuentemente, el artículo 136 del reglamento contempla el procedimiento a seguir para la resolución del contrato, conforme al cual, 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, siendo que, en estos casos, basta comunicar al contratista mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato.

- 6.49. En lo concerniente a la aplicación de penalidades, hacen referencia a lo establecido en el primer párrafo del artículo 132 del Reglamento, donde se señala lo siguiente:

“El contrato establece las penalidades aplicables al contratista ante el incumplimiento injustificado de sus obligaciones contractuales, las mismas que deben ser objetivas, razonables y congruentes con el objeto de la convocatoria.

La Entidad debe prever en los documentos del procedimiento de selección la aplicación de la penalidad por mora; asimismo, puede prever otras penalidades. Estos dos tipos de penalidades pueden alcanzar cada una un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente, o de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse.

(...)

Estas penalidades se deducen de los pagos a cuenta, de las valorizaciones, del pago final o en la liquidación final, según corresponda; o si fuera necesario, se cobra del monto resultante de la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento”.

- 6.50. Además, citan el siguiente párrafo del artículo 133:

“En caso de retraso injustificado del contratista en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la Entidad le aplica automáticamente una penalidad por mora por cada día de atraso. La penalidad se aplica automáticamente (...).”

- 6.51. Y del artículo 134:

“Los documentos del procedimiento de selección pueden establecer penalidades distintas a la mencionada en el artículo 133, siempre y cuando sean objetivas, razonables, congruentes y proporcionales con el objeto de la contratación. Para estos efectos, deben incluir los supuestos de aplicación de penalidad para cada supuesto y el procedimiento mediante el cual se verifica el supuesto a penalizar.

Estas penalidades se calculan de forma independiente a la penalidad por mora”.

- 6.52. Sostienen que teniendo en cuenta las disposiciones legales anteriormente citadas, resulta pertinente señalar que el plazo del servicio, de acuerdo con lo establecido en las bases, era de 7 días calendario para la elaboración de la Ficha Técnica Definitiva y de 23 días calendario para la Ejecución de Actividades, encontrándose claramente establecido como fecha para la culminación del contrato el 18 de enero de 2018.
- 6.53. Señalan que la Ficha Técnica Definitiva no fue presentada por el Contratista dentro del plazo establecido. Asimismo, en el Informe de Control Concurrente N° 316-2018-CG/CORECH-CC de la Contraloría Regional de Chiclayo se estableció que las verificaciones realizadas a través de diversos trabajos tales como la conformación de diques con material de préstamos (contando con 1 excavadora y un cargador frontal para realizar trabajos de vestido de talud), dejándose constancia de ello en el Acta de visita de campo de 1 de marzo de 2018, la que fue suscrita por el Jefe de la Comisión de Control Concurrente y el Director Zonal del PSI – Chiclayo.
- 6.54. Por su parte, en las conclusiones del Informe N° 002-COMITÉ-MINAGRI-PSI-OGZ-CH del Presidente del Comité de Recepción de Servicio y Jefe de la Oficina de Gestión Zonal Norte Chiclayo del PSI del 13 de marzo de 2018, dirigido al Director Ejecutivo del PSI, se menciona: *(...) que el proceso de recepción no se llevó a cabo, otorgándose a la empresa contratista y supervisora un plazo 20 días para que subsane las observaciones notificadas por el PSI.*
- 6.55. Asimismo, a través del Informe N° 010-COMITÉ-MINAGRI-PSI-OGZ-CH del 21 de mayo de 2018 se hace referencia a los incumplimientos esenciales en los que se ha incurrido respecto al control del servicio, por parte de la supervisión contratada para tal fin, siendo los mismos:
- (i) Incumplimiento total en el control topográfico del volumen y metrados de cada una de las partidas del presupuesto de la Ficha Técnica Definitiva. Toda vez que mediante Informe topográfico diferente, dispuesto por la Dirección de Infraestructura de Riego, presente como resultado un volumen estimado

ejecutado de 1'316,489.37 m³ lo cual representa el 41.79% de lo programado según ficha técnica definitiva;

- (ii) Los planos post construcción presentados por el Supervisor del Servicio no guardan relación con lo observado campo; y
- (iii) El Supervisor del Servicio ha omitido mencionar en su informe lo constatado por el Presidente del Comité de Recepción, respecto del Informe de Subsanación de Observaciones del Contratista Ejecutor: “Hasta la fecha la empresa contratista no hace entrega formal de los planos post construcción y la memoria descriptiva”.

6.56. Sostiene que, de esa manera, se puede advertir un encubrimiento manifiesto por parte del Supervisor del Servicio al no haber advertido sobre ningún incumplimiento o adversidad respecto de la ejecución de los trabajos por el Ejecutor del Servicio.

6.57. Por su parte, en el Informe N° 011-COMITÉ-MINAGRI-PSI-OGZ-CH, del 15 de junio de 2018, que dirige el Presidente del Comité de Recepción del Servicio (Ing. Marco Polo Lucero Bernilla) al Director Ejecutivo de la Entidad se precisa que su calidad de presidente, manifestó su renuencia a suscribir el acta de Recepción del Servicio, toda vez que los trabajos ejecutados por la empresa contratista no cumplían con las especificaciones técnicas ni con las metas programadas de acuerdo a la Ficha Técnica Definitiva. Lo cual se encuentra debidamente sustentado con el informe de levantamiento con DRON, levantamiento topográfico solicitado por la Entidad y los informes de control concurrente de la Contraloría General de la República.

6.58. A través del Informe Técnico N° 003-2018-JLFR, comunica que mediante la fotogrametría se determina un volumen estimado ejecutado de 1'316,189.37 m³ lo cual representa el 41.79% de lo programado según ficha técnica definitiva.

6.59. A través de los informes de tres presidentes de comités de recepción se pudo evidenciar el incumplimiento contractual por parte del Contratista en la ejecución del servicio.

6.60. Por otro lado, mencionan que el Contratista habría incurrido en la máxima penalidad tanto en mora (pendiente de cobro) como en la de otras penalidades, conllevando a la respectiva resolución del contrato.

- 6.61. Asimismo, con los informes de control topográfico pedidos por la Entidad para asegurar la más aproximada medición de lo ejecutado por el Contratista respecto a la partida descolmatación de cauce de río, arribaron a la conclusión de que no se ha concluido con la totalidad de los trabajos materia del contrato.
- 6.62. De esta manera, mediante Comprobante de Pago N° 2018-06825 de fecha 03 de diciembre de 2018, el Jefe de Tesorería tramita el pago por concepto de Valorización Única por un monto facturado de S/. 11'533,246.89, incluido el IGV, del cual se aplicó una penalidad de S/. 2'136,817.34 por concepto de otras penalidades.
- 6.63. De acuerdo a lo anteriormente expuesto, alegan que es posible determinar que el Contratista incurrió en diversos incumplimientos consignados dentro de las infracciones denominadas "otras penalidades", además de haber llegado al máximo de penalidad por mora, lo que amerita la aplicación de penalidades.
- 6.64. Además, alegan que no efectuaron el cobro correspondiente a la penalidad por mora, el cual se encuentra pendiente. Adicionalmente, señalan que el Contratista no solo ha incumplido con ejecutar la totalidad de las prestaciones del contrato, sino que en lo ejecutado no se ha observado los términos de referencia y especificaciones técnicas.
- 6.65. Por tanto, teniendo en cuenta dicha situación de incumplimiento y al haber acumulado el monto máximo de penalidades la Entidad procedió a resolver el contrato a estar frente a los supuestos estipulados en los numerales i) y ii) del artículo 135 del Reglamento. En esa medida, existiendo causal para la resolución del contrato y habiéndose observado el procedimiento previsto en la normativa de Contrataciones del Estado solicitamos al Tribunal Arbitral declarar infundada la primera pretensión principal de la demanda.

SOBRE LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL

- 6.66. Respecto a la segunda pretensión principal, indicaron que a través de la Ley N° 30556, Ley que Aprueba Disposiciones de Carácter Extraordinario para las Intervenciones del Gobierno Nacional Frente a Desastres y que Dispuso la Creación

de la Autoridad para la Reconstrucción con Cambios, se declaró prioritario, de interés nacional y necesidad pública la implementación y ejecución de un plan integral para la rehabilitación, reposición, reconstrucción y construcción de la infraestructura de uso público de calidad incluyendo salud, educación, programas de vivienda de interés social y reactivación económica de los sectores productivos, con enfoque de gestión del riesgo de desastres, que incluya intervenciones que en conjunto tienen alto impacto económico, social y ambiental, como consecuencia de acciones que califiquen como nivel de emergencia 4 y 5 en las zonas de riesgo alto y muy alto de conformidad con la legislación sobre la materia, así como las intervenciones de alcance nacional en dichas zonas.

- 6.67. Asimismo, el numeral 1 del artículo 7 de dicha ley, autorizó a las Entidades involucradas a cumplir sus objetivos y finalidades realizando las contrataciones de bienes, servicios, obras y consultorías conforme a la Adjudicación Simplificada prevista en la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, sin que resulte aplicable el límite fijado para dicha modalidad en la Ley de Presupuesto.
- 6.68. Adicionalmente, la Resolución Ministerial N° 0374-2017-MINAGRI aprobó los “Lineamientos para la ejecución de actividades de necesidad inmediata formulados por la autoridad Nacional del Agua” y los “Lineamientos para la Ejecución de actividades de necesidad inmediata formulados por los Gobiernos Subnacionales”.
- 6.69. En el numeral 6 de los “Lineamientos para la Ejecución de actividades de necesidad inmediata formulados por los Gobiernos Subnacionales” se reguló la “Supervisión, Liquidación y Cierre de las Actividades de necesidad inmediata, entre otros, lo siguiente:

“La Contratista presentará la liquidación del contrato de la actividad luego de haber recibido la conformidad de la última prestación, por parte de las unidades ejecutoras mediante el acto resolutivo correspondiente a la liquidación físico financiero de la Actividad”.

- 6.70. Al respecto, indican que debe contener todos los conceptos que forman parte del costo total de la misma, tales como: las valorizaciones, los impuestos que afectan la prestación, las penalidades aplicables al contratista, los adelantos otorgados y sus

amortizaciones, entre otros conceptos, los cuales deben estar debidamente sustentados con la documentación y los cálculos detallados que correspondan.

- 6.71. En ese sentido, proponen definir la liquidación del contrato como un proceso de cálculo técnico, bajo las condiciones normativas y contractuales aplicables, que tiene por finalidad determinar, principalmente, el costo total del servicio contratado y el saldo económico que pueda existir a favor o en contra de alguna de las partes.
- 6.72. No obstante, indican haber verificado incumplimientos de la prestación, pagos por prestaciones no ejecutadas y penalidades no descontadas; aspectos que han sido controvertidos y se vienen tramitando en el presente proceso, así como en el proceso tramitado en el Expediente N° 2174-136-19 también ante el Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- 6.73. En esa medida, alegan que no resulta posible proceder a una liquidación, toda vez que existen pendientes de solución arbitral aspectos que son propios de una liquidación, por tanto, solicitamos al Tribunal Arbitral declare infundada la segunda pretensión principal de la demanda.

SOBRE LA TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL

- 6.74. En relación a que se proceda a la devolución de la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento, precisan que dicha solicitud no tiene asidero legal, toda vez que conforma a lo estipulado en la Cláusula Séptima del Contrato, dicha Garantía deberá mantener vigente hasta el consentimiento de la liquidación final, lo que no ha ocurrido en el presente caso.
- 6.75. Adicionalmente, resaltan que, respecto al Contrato, el Contratista ha iniciado dos procesos arbitrales bajo los expedientes N° 2239-201-19 y N° 2174-136-19, los que actualmente se encuentran en trámite.
- 6.76. De esta manera, concluyen que en tanto existan controversias (como la presente) relacionadas al contrato garantizado, la garantía deberá seguir vigente, es decir, en poder de la Entidad, razón por la cual la pretensión del Contratista carece de

sustento. Por tanto, solicitamos al Tribunal Arbitral que declare infundada la tercera pretensión principal del Contratista.

SOBRE LA CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL

- 6.77. En relación a esta pretensión, recalcan que la vigencia que debe tener la garantía de fiel cumplimiento se encuentra expresamente regulada en la normativa de contrataciones del Estado. En esa medida, los contratistas que participan en un procedimiento de selección y contratación con el Estado, se someten a la normativa de contrataciones del Estado y conocen de antemano que existe la posibilidad de que se presenten controversias en la ejecución contractual, y que tienen la obligación de mantener vigente la carta fianza del fiel cumplimiento hasta que la Entidad brinde la conformidad a su prestación en caso de servicios, como lo es el presente contrato.
- 6.78. De otro lado, indican que el incumplimiento en el presente contrato por parte del contratista ha imposibilitado su culminación, no siendo ello imputable a la Entidad, conllevando a que deba mantenerse vigente la Garantía de Fiel Cumplimiento en aplicación de la normativa de Contrataciones del Estado, situación que no es responsabilidad de la Entidad sino del propio Contratista.
- 6.79. En esa medida, alegan que adecuan su actuar a la norma, manteniendo la Garantía de Fiel Cumplimiento hasta que se cumplan los supuestos que la norma exige para su devolución, no configura una situación que conlleve a que la Entidad asuma los gastos financieros generados por su renovación. En consecuencia, solicitamos al Tribunal Arbitral declarar infundada la cuarta pretensión principal de la demanda.

SOBRE LA QUINTA PRETENSIÓN PRINCIPAL

- 6.80. Concluyen manifestando que, conforme han expuesto en lo que se refiere a las pretensiones del Contratista, éstas carecen de sustento y no deben ser amparadas por el Tribunal Arbitral, consideramos que deberá ser el Contratista quien asuma los costos que genere este proceso arbitral, por lo que solicitan al Tribunal Arbitral que se declare infundada la quinta pretensión principal de la demanda.

- 6.81. Terminados los argumentos de contestación, la Entidad señaló que se reservan el derecho de ampliar y modificar los argumentos de su contestación de la demanda y reconvencción, así como de ofrecer los medios probatorios conforme los faculta el reglamento de arbitraje del Centro.

De la ampliación de la contestación presentada por la Entidad

- 6.82. En relación al párrafo anterior, con fecha 4 de diciembre de 2019, la Entidad presentó un escrito adjuntando cincuenta anexos con medios probatorios.

Del escrito de absolución de la contestación presentado por el Contratista

Mediante escrito de fecha 13 de diciembre de 2019, el contratista presentó un escrito respondiendo a la contestación de la demanda y señalando que:

RESPECTO A LA PRIMERA PRETENSIÓN

- 6.83. En primer lugar, alegan que si bien es cierto que se puede resolver un contrato cuando se haya acumulado el monto máximo de la penalidad por mora o por otras penalidades en la ejecución de la prestación sin requerir previamente el cumplimiento al contratista, en el presente caso no estamos frente a un incumplimiento de una prestación que implique aplicación de penalidad máxima por mora, toda vez que el procedimiento para la aplicación de penalidades se inicia con la verificación de parte del área usuaria del cumplimiento del plazo establecido para la entrega del servicio, pero tal como se puede evidenciar del cuaderno de ocurrencia, se ha verificado el cumplimiento de las obligaciones en el plazo establecido habiéndose con la ejecución de actividades el 18 de enero de 2018.
- 6.84. En ese sentido, manifiestan que la Entidad pretende resolver el contrato tomando como sustento la aplicación de penalidad máxima por mora señalada por el Informe de control concurrente emitido por la Contraloría Regional de Chiclayo; sin embargo, se debe tener presente que el procedimiento para la aplicación y cálculo de penalidades corresponden al órgano encargado de las contrataciones y no a la Comisión de Contraloría Regional de Chiclayo. Sin percance de ello, reiteran que en

el presente caso no ha existido incumplimiento de plazo por su parte que amerite una aplicación de penalidad por mora.

- 6.85. Por otro lado, en relación con lo indicado por la Entidad en el punto 9 de su contestación, tanto en el contrato como en las bases que forman parte del mismo, se estableció en las cláusulas cuarta y décima lo siguiente:

“Cláusula cuarta: La entidad se obliga a pagar la contraprestación al contratista de acuerdo a lo siguiente:

a) Elaboración de la Ficha Técnica Definitiva.- En una sola armada (pago único), previa validación por parte de la Autoridad Nacional del Agua (ANA), debiendo presentarse junto con la solicitud de pago, el documento de validación de la Ficha Técnica Definitiva por parte del ANA y el comunicado por la Entidad.

Cláusula Décima: La Autoridad Nacional del Agua (ANA), es la Entidad encargada de la validación de la Ficha Técnica Definitiva”.

- 6.86. Han presentado la Ficha Técnica Definitiva dentro del plazo establecido, siendo aprobada por la Autoridad Nacional del Agua (ANA), aprobación que luego fue comunicada por la Entidad al Contratista mediante Carta N° 057-2017-MINAGRI-PSI-OGZ-CH del 28 de diciembre de 2017.
- 6.87. Cumplieron con el servicio a cabalidad dentro del plazo y forma establecidos en el Contrato, habiendo culminado el servicio de descolmatación el 18 de enero de 2018 como está indicado en el asiento N° 38 de fecha 18 de enero de 2018 del cuaderno de ocurrencia, los mismos que fueron verificados por la supervisión, conforme se observa en el asiento N° 39 del 19 de enero de 2018.
- 6.88. Manifiestan que la Entidad señaló que el Informe de Control Concurrente de la Contraloría Regional de Chiclayo evidenció en diferentes visitas posteriores a la fecha de la culminación de actividades que el Contratista continuaba efectuando diversos trabajos; sin embargo, precisan que existió demora en la visita del comité para la realización de la recepción de la actividad, dicha demora ocasionó que se

vieran en la responsabilidad de tratar de mantener los trabajos realizados hasta la efectiva recepción de la misma.

- 6.89. Al tener la responsabilidad de la actividad hasta la entrega, tomaron la decisión de preservar algunas maquinarias mínimas en el campo, con el fin de hacer mantenimiento a los trabajos realizados ya culminados el 18 de enero de 2018, hasta la recepción de la actividad. Asimismo, aprovecharon la presencia de la maquinaria con la finalidad de realizar la limpieza y eliminación de materia excedente respecto del terreno de los beneficiarios, con el fin de evitar conflictos y mayores reclamos por parte de la población, tal como dejaron constancia en el Acta de Solicitud y Acuerdo firmada por el Contratista con el presidente de la Junta de Usuario Río La Leche.
- 6.90. Respecto a lo indicado en el numeral 11 de la contestación, mencionan que cumplieron con subsanar las observaciones notificadas por la Entidad dentro de los 10 días establecidos, conforme acreditan con la Carta N° 022-2018-A.C.G.D.R.L. del 17 de marzo de 2018.
- 6.91. Lo señalado por la Entidad en el numeral 13 de la contestación, indicar que existió un encubrimiento por parte del supervisor del servicio al no haber advertido ningún incumplimiento o adversidad respecto de la ejecución de los trabajos a realizar por el Contratista, es totalmente falso y tendencioso; sin embargo, consideran que estos argumentos resultan incongruentes, toda vez que la empresa supervisora fue contratada por la propia Entidad, no existiendo por tanto ningún encubrimiento respecto a las obligaciones contractuales que debía realizar el Contratista.
- 6.92. Además, resulta incongruente que la Entidad haya recepcionado el servicio de decolmatación mediante Acta de Recepción de Actividad de fecha 19 de setiembre de 2018 sin realizar ninguna observación, como no podía ser de otra forma, por tanto, consideran que dio conformidad al servicio, tal como se aprecia del Acta de Recepción de Actividad de fecha 29 de setiembre de 2018, suscrita por todos los miembros del comité de recepción nombrados para tal efecto.
- 6.93. Finalmente, respecto a lo indicado por la Entidad con relación a que el contratista ha incumplido con ejecutar la totalidad de las prestaciones del contrato y que en lo ejecutado no se ha observado los términos de referencia y especificaciones técnicas,

alegan que a la fecha existe la conformidad del servicio, que cumplieron con las obligaciones contractuales y lo indicado en los términos de referencia, y que la prueba de ello es que la entidad procedió al pago. Dicho pago se realizó con la conformidad previa del informe del supervisor y del área usuaria, quienes después de constatar el servicio realizaron lo propio en cumplimiento de sus funciones.

- 6.94. En ese sentido, precisan que corresponde aplicar la doctrina de los actos propios, mediante la cual se establece que la Entidad no puede ir en contra de sus propios actos, es decir, no puede otorgarles la conformidad del servicio y pagarles, para luego regresar a una etapa anterior al pago y resolverles el contrato, cuando la relación contractual culminó con el cumplimiento de sus obligaciones evidenciadas con la mencionada conformidad y el pago realizado por la Entidad.

RESPECTO A LA SEGUNDA PRETENSIÓN

- 6.95. Manifiestan que la Entidad señala que se ha verificado incumplimientos de la prestación, pagos por prestaciones no ejecutadas y penalidades no descontadas, aspectos que han sido controvertidos y se vienen tramitando en otro proceso arbitral y que, por tanto, no resulta posible proceder a una liquidación.
- 6.96. Al respecto, comentan que, mediante Carta N° 064-2018-A.C.G.D.R.L. del 20 de noviembre de 2018, subsanaron las observaciones efectuadas por la Entidad al informe final del servicio, a fin de que se proceda al pago final. Lo cual efectivamente ocurrió.
- 6.97. Señalan que, aunque la norma no señala que para contratos de servicios deba presentarse una liquidación, la Entidad notificó al Contratista la Carta N° 1735-2018-MINAGRI-PSI-DIR del 10 de diciembre de 2018, la cual, además de informar la conformidad de la última prestación, solicita al Contratista que presente la liquidación técnica financiera en un plazo de 3 días, de conformidad con la Resolución Ministerial N° 374-2017-MINAGRI. Asimismo, la demandante cumplió con presentar su liquidación técnico financiera mediante Carta N° 082-2018-A.C.G.D.R.L. del 13 de diciembre de 2018, la cual fue aprobada y pagada.

6.98. Por lo tanto, habiendo ellos cumplido con la presentación de la liquidación técnico financiera y luego de haber sido aprobada por las áreas respectivas, la Entidad cumplió con el pago correspondiente, habiendo precluido dicha etapa. En ese sentido, dicha liquidación habría quedado consentida, toda vez que no existe observación alguna a la misma y por ende solicitan que su pretensión sea amparada en este extremo.

RESPECTO A LA TERCERA Y CUARTA PRETENSIÓN

6.99. La Entidad indica que el incumplimiento en el presente contrato por parte del contratista ha imposibilitado su culminación, no siendo imputable a la Entidad, lo que conlleva que deba mantenerse vigente la garantía.

6.100. Al respecto, indican que, siendo un contrato de servicios, la carta fianza presentada para garantizar el fiel cumplimiento de las obligaciones solo debe mantenerse vigente hasta la conformidad de la prestación del servicio, situación que ya ocurrió en el presente caso, toda vez que la Entidad procedió a otorgarles la conformidad del servicio mediante comunicación enviada el 10 de diciembre de 2018 al demandante y también ha procedido con el pago respectivo. Por tanto, alegan que han cumplido con la totalidad de las obligaciones asumidas en el Contrato, que no les corresponde seguir renovando la referida carta fianza y que la Entidad debería cumplir con devolverles dicha carta garantía.

RESPECTO A LA QUINTA PRETENSIÓN

6.101. Reiteran su solicitud del pago de los gastos, costas y costos que se generen durante este proceso, así como los gastos incurridos para su defensa.

Del alegato presentado por la Entidad

Mediante escrito de fecha 24 de enero de 2020, la Entidad presentó su escrito de contestación de demanda señalando que:

6.102. El plazo de servicio, de acuerdo con lo establecido en las bases, era de 7 días calendarios para la elaboración de la Ficha Técnica Definitiva y de 23 días

calendarios para la Ejecución de Actividades. Encontrándose establecido como fecha para la culminación del contrato de 18 de enero de 2018.

- 6.103. El Informe de Control Concurrente N° 316-2018-CG/CORECH-CC de la Contraloría Regional de Chiclayo estableció que las verificaciones realizadas a través de diferentes visitas de campo evidenciaron que el contratista continuaba efectuando diversos trabajos, tales como conformación de diques con material de préstamo (Contando con 1 excavadora y un cargador frontal para realizar trabajos de vestido de talud), dejando constancia en acta de visita de campo de 1 de marzo de 2018, la cual fue suscrita por el Jefe de la Comisión de Control Concurrente y el Director Zonal del PSI – Chiclayo.
- 6.104. Lo expuesto en el párrafo anterior desvirtúa por completo lo alegado por el contratista en su escrito del 13 de diciembre del 2019, pues dicho informe -emitido por un órgano imparcial- claramente señala que el contratista efectuó no solo actividades de “mantenimiento”, sino la realización de actividades propias del servicio contratado, lo cual claramente muestra que no resulta ser cierto que al 18 de enero de 2018 se culminó con la totalidad de los trabajos contratados.
- 6.105. En el Acta de Observaciones Realizadas en la Recepción de la Actividad de fecha 07 de marzo de 2018 que se adjunta al referido informe se menciona, entre otros, que:
- “Se constata que en tramos donde se tiene proyectado la colocación de material de préstamo en el talud de la cara húmeda del dique, no mantiene un espesor específico”.*
- 6.106. Por tanto, si al 7 de marzo de 2018 se pudo advertir un claro incumplimiento contractual, el mismo que trajo como consecuencia la formulación de observaciones, el Contratista no puede afirmar que el servicio de descolmatación culminó el 18 de enero de 2018.
- 6.107. Asimismo, a través de Informe N° 010-COMITÉ-MINAGRI-PSI-OGZ-CH del 21 de mayo de 2018 se mencionan los incumplimientos esenciales en los que se ha incurrido respecto al control del servicio, por parte de la supervisión contratada para tal fin:

- Incumplimiento total en el control topográfico del volumen y metrados de cada una de las partidas del presupuesto de la Ficha Técnica Definitiva. Toda vez que, mediante Informe topográfico diferente, dispuesto por la Dirección de Infraestructura de Riego, presenta como resultado un volumen estimado ejecutado de 1'316,489.37 m³ lo cual representa el 41.79% de lo programado según ficha técnica definitiva”.
- Los planos post construcción presentados por el Supervisor del Servicio no guardan relación con lo observado en campo.
- El Supervisor del Servicio ha omitido mencionar en su informe lo constatado por el Presidente del Comité de Recepción, respecto del Informe de Subsanación de Observaciones del Contratista Ejecutor: “Hasta la fecha la empresa contratista no hace entrega formal de los planos post construcción y la memoria descriptiva”.
- Se advierte la existencia de un encubrimiento manifiesto del Supervisor del Servicio al no haber advertido sobre ningún incumplimiento o adversidad respecto de la ejecución de los trabajos por el Ejecutor del Servicio.

6.108. En el Informe N° 011-COMITÉ-MINAGRI-PSI-OGZ-CH del 15 de junio de 2018, que dirige el Presidente del Comité de Recepción del Servicio (Ing. Marco Polo Lucero Bernilla) al Director Ejecutivo de la Entidad, precisó que en su calidad de presidente, no firmaría el acta de Recepción del Servicio, toda vez que los trabajos ejecutados por la empresa contratista no cumplen con las especificaciones técnicas ni con las metas programadas de acuerdo a la Ficha Técnica Definitiva. Esto está fundamentado con el informe de levantamiento con DRON, levantamiento topográfico solicitado por el PSI y los informes de control concurrente de la Contraloría de la república.

6.109. Así pues, les resulta claro que el Contratista no culminó con la prestación del servicio el 18 de enero de 2018.

6.110. En cuanto a la resolución del contrato, precisan que, el Contratista incurrió también en la máxima penalidad tanto en mora, la misma que se encuentra pendiente de cobro, así como de otras penalidades, situación que claramente acarreo la respectiva

resolución del contrato al haber acumulado las máximas penalidades en “mora” y “otras penalidades”.

- 6.111. Mediante Informe N° 657-2019-MINAGRI-PSI-DIR-OS de fecha 18 de febrero de 2019, esta Oficina de Supervisión informó a la Dirección de Infraestructura de Riego que deberá solicitar a la Oficina de Administración y Finanzas resolver el Contrato. La solicitud se sustentó en el Informe N° 014-2019/WEHH, a través del cual se realizó el análisis del Informe de Control Concurrente N° 1395-2018-CG/GRLA de la Contraloría General de la República – Gerencia Regional de Control Lambayeque, mediante el cual se comunicó a la Entidad la siguiente situación adversa:

“1. La Entidad pagó la valorización única, validando en su totalidad la valoración presenta por el contratista, a pesar de la evidencia y advertencia, por parte de la Contraloría General de la República, de situaciones adversas comunicadas a la Entidad en los informes de control concurrente, sobre trabajos no ejecutados, trabajos cuantificados no ejecutados y trabajos que no cuentan con sustento técnico; a su vez solo ha aplicado la penalidad por el rubro de “otras penalidades” y no la penalidad por mora en la ejecución de la prestación; (...).”

- 6.112. La empresa contratista indica en el punto 2 de su absolución de la contestación que: “La Entidad pretende resolver el contrato tomando como sustento la aplicación de la penalidad máxima por mora señaladas por el Informe de control concurrente emitido por la Contraloría Regional de Chiclayo; sin embargo, se debe tener presente que el procedimiento para la aplicación y cálculo de penalidades corresponden al órgano encargado de las contrataciones y no a la Comisión de Contraloría Regional de Chiclayo. A pesar de ello, consideran que en el presente caso no ha existido incumplimiento de plazo por nuestra representada que ameriten una aplicación de penalidad por mora y menos la máxima”.
- 6.113. Efectivamente el Órgano de Contrataciones es la Oficina de Administración y Finanzas de la Entidad y es la encargada de calcular las penalidades en las que haya incurrido la empresa contratista ejecutora durante la prestación del servicio materia del Contrato; sin embargo, es la Dirección de Infraestructura de Riego, como área usuaria, la encargada de supervisar la ejecución técnica de dicho contrato a

través de la Oficina de Supervisión, teniendo esta última por función informar los incumplimientos injustificados de la empresa contratista durante la ejecución del servicio.

6.114. En ese sentido, mediante Informe N° 657-2019-MINAGRI-PSI de fecha 18 de febrero de 2019, la Oficina de Supervisión solicitó la resolución del Contrato, debido a que se ha aplicado al Contratista el monto máximo del 10% en “otras penalidades” y debido a que había incurrido en penalidad por “mora” por el valor máximo del 10% la cual está pendiente de cobrar.

6.115. Ahora, en cuento al incumplimiento por parte del Contratista, por presentar Ficha Técnica Definitiva fuera del plazo establecido, corresponde señalar que mediante Oficio N° 0123-2017-MINAGRI-PSI-OGZ-CH del 15 de diciembre del 2017, el Jefe de la Oficina Gestión Zonal Chiclayo, comunicó a la empresa contratista ejecutora, observaciones para validación de la ficha técnica definitiva.

6.116. Ahora bien, en la CLÁUSULA DÉCIMA: CONFORMIDAD DE LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO, se estableció lo siguiente:

“(…)

De encontrarse observaciones, EL CONTRATISTA tiene un plazo de 48 horas a partir de la notificación por parte de LA ENTIDAD (oficina de coordinación local), para subsanarlas y presentarlas y nuevamente a la ANA, (...).”

6.117. En ese sentido, habiendo sido notificadas las observaciones por parte de la Oficina de Gestión Zonal Chiclayo el día 15 de diciembre del 2017, el Contratista debió presentar la subsanación de observaciones el día 17 de diciembre de 2017 mediante la Cara N° 002-2017-AMERICAN CG. SAC el día 18 de diciembre de 2017, es decir, un día después del plazo pertinente.

6.118. Lo señalado en el párrafo anterior, permite desvirtuar lo afirmado por el Contratista respecto de que presentó el levantamiento de observaciones a la Ficha Técnica Definitiva dentro del plazo establecido; concluyendo que sí se presentó incumplimiento injustificado de un día, motivo por el cual sí le corresponde la aplicación de las “otras penalidades” correspondientes.

6.119. Del punto 8 de la Absolución de Contestación, el Contratista indica lo siguiente:

“(…), al indicar que existió un encubrimiento por parte del supervisor del servicio al no haber advertido sobre ningún incumplimiento o adversidad respecto de la ejecución de los trabajos a realizar por el demandante, es totalmente falso y tendencioso; (…)”.

6.120. Al respecto, señalan que el Consorcio Supervisor Río La Leche ha incumplido sus funciones, esto debido a que ha ocasionado a que la Entidad incurra en error al pagar por metrados no ejecutados; dicho incumplimiento será motivo de aplicación de las penalidades establecidas y las posteriores acciones legales que correspondan.

6.121. Existe incumplimiento de funciones de parte de la supervisión al suscribir el Asiento N° 39 del 19 de enero de 2018 del cuaderno de ocurrencias, mediante el cual indica que el servicio está concluido, que usa como sustento para iniciar el proceso de recepción del servicio. Tal es así que, la Entidad designa y reconfirma hasta en 3 oportunidades el Comité de Recepción cuyos presidentes han evidenciado con informes que el servicio no estaba concluido.

6.122. Advierten que el Contratista también señala:

“La conformidad del servicio será emitida por la Dirección de Infraestructura de Riego de la Entidad, previa opinión favorable de conformidad de la Supervisión encargada, una vez culminado el servicio”.

6.123. En consideración a ello alegan que, a la fecha, la Dirección de Infraestructura de Riego de la Entidad no ha otorgado la conformidad del servicio; por lo tanto, se desvirtúa lo indicado la empresa contratista respecto de que existe la conformidad del servicio realizado.

6.124. Asimismo, en cuanto al pago realizado, efectivamente, procedieron con el pago por la valorización única a favor de la empresa contratista; este pago se generó en base a la conformidad de la empresa supervisora y del acto de recepción avalado por los

miembros del comité de recepción correspondiente; sin embargo, debido a que la Contraloría y la Entidad evidenciaron, posteriormente, que el servicio sólo logró un avance de ejecución del 42.89%, iniciarán las acciones legales contra la empresa supervisora y los integrantes del comité de recepción por inducirla al error y pagar por metrados no ejecutados.

Del escrito “presenta medios probatorios” presentado por el contratista

6.125. El Contratista presentó el 22 de febrero de 2021 un escrito adjuntado facturas en relación a su cuarta pretensión referida a la renovación de las cartas fianzas de fiel cumplimiento.

7. POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL:

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 el 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.

ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

Sobre este particular, tomando en consideración las pretensiones planteadas en la demanda, las cuales han generado los puntos controvertidos señalados en la Decisión N° 6, de fecha 10 de marzo de 2020, este Tribunal Arbitral considera conveniente agrupar los puntos controvertidos del siguiente modo, en tanto las pretensiones planteadas en la demanda han sido formuladas como pretensiones principales independientes:

PRIMERA CUESTIÓN CONTROVERTIDA: DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO QUE EL TRIBUNAL ARBITRAL DEJE SIN EFECTO, SE DECLARE NULA, INVALIDA O INEFICAZ LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO EFECTUADA POR LA ENTIDAD MEDIANTE CARTA NOTARIAL N° 0025-2019-MINAGRI-PSI-OAF.

- 7.1. Este Tribunal Arbitral determinará si corresponde o no dejar sin efecto la resolución del Contrato realizada por la Entidad mediante Carta Notarial N° 0025-2019-MINAGRI-PSI-OAF; y antes de valorar el marco normativo y los medios probatorios para determinar si hubo o no una situación que meritase la resolución del contrato por parte de la Entidad, es pertinente atender el siguiente argumento planteado por el Contratista, “la culminación del contrato” pues representa un primer punto de partida.

De la culminación del contrato de servicios

- 7.2. El Contratista argumenta que no es posible resolver un contrato cuyo pago ya se realizó, toda vez que se habría originado el agotamiento de la relación jurídico contractual, haciendo imposible acabar con una relación jurídica que ya no existe. En ese sentido, debemos analizar primero lo referente a dicho argumento y ver en qué momento se debe entender por culminado el contrato para este caso.
- 7.3. Al respecto, debemos recordar que la base legal del presente Contrato no está exclusivamente circunscrita a la normativa en contrataciones con el Estado sino

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

también a la Ley N° 30556, un marco normativo especial que busca dar celeridad a ciertas contrataciones en el contexto de la reconstrucción con cambios y de posibles desastres naturales. Además, son de aplicación para el presente caso los lineamientos aprobados por la Resolución N° 374-2017-MINAGRI, en particular, los “Lineamientos para la ejecución de actividades de necesidad inmediata formulados por la Autoridad Nacional del Agua”.

7.4. Así tenemos que en el contrato se hace referencia a una contratación directa:

CLÁUSULA PRIMERA: ANTECEDENTES

Mediante Resolución Directoral N° 520-2017-MINAGRI-PSI, de fecha 06 de diciembre de 2017, LA ENTIDAD aprobó la contratación directa para la “Contratación del Servicio de Elaboración de la Ficha Técnica Definitiva y Descolmatación del Cauce del río La Leche, Tramo I”, por la suma de S/ 21'292,689.21 (Veintiún Millones doscientos noventa y dos Mil seiscientos ochenta y nueve con 21/100 soles), incluido los impuestos de Ley.

Las citadas actividades se aprobaron, por la causal de situación de emergencia, de conformidad con lo previsto en el numeral 2) del artículo 85° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante D.S. N° 350-2015-EF, en adelante el Reglamento.

Asimismo, en la referida resolución directoral se encargó que el perfeccionamiento del contrato debía realizarse en observancia estricta del plazo de regularización previsto en el numeral 2 del Art. 85° del Reglamento. Al respecto, teniendo en cuenta que la fecha de inicio de ejecución del servicio fue el 29 de noviembre de 2017; la fecha límite para regularizar la Contratación Directa N° 074-2017-MINAGRI-PSI es el 14 de diciembre de 2017.

Con fecha 11 de diciembre de 2017, el Órgano Encargado de las Contrataciones de LA ENTIDAD adjudicó la buena pro de la Contratación Directa N° 074-2017-MINAGRI-PSI para la contratación del SERVICIO DE ELABORACIÓN DE FICHA TÉCNICA DEFINITIVA Y DESCOLMATACIÓN DEL CAUCE DEL RIO LA LECHE, TRAMO I, conforme a las Bases y los documentos que forman parte de ella.

7.5. Sin embargo, debemos indicar que, no obstante de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Contrataciones y su Reglamento las contrataciones de bienes y servicios, distintos a la consultoría de obras, culminan con la conformidad y pago de la última prestación; el presente caso en concreto nos lleva a aplicar una **norma especial**, distinta a la de contrataciones del Estado (y de mayor especialidad) pues se encuentra dentro del espectro de aplicación de la materia de reconstrucción, para contrataciones extraordinarias. De este modo, desde su convocatoria, fue de aplicación expresa la Ley N° 30556, Ley que aprueba Disposiciones de carácter Extraordinario para las intervenciones del Gobierno Nacional frente a desastres y que dispone la creación de la Autoridad para la Reconstrucción con Cambios; tal como lo dispone la base legal contenida en las Bases y los términos de referencia que demarcaron la **Contratación Directa N° 074-2017-MINAGRI-PSI**

1.9. BASE LEGAL

- Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, modificada por Decreto Legislativo N° 1341, en adelante la Ley.
- Decreto Supremo N°350-2015-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, modificado por el Decreto Supremo N° 0556-2017-EF, en adelante el Reglamento.
- Ley N° 30518, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2017.
- Ley N° 30519, Ley de Equilibrio Financiero del Presupuesto del Sector Público del año fiscal 2017.
- Ley 29783 Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo y Reglamento de Seguridad y Salud en el Trabajo.
- Ley N° 27806, Ley de Transparencia y de Acceso a la Información Pública.
- Decreto Supremo N° 007-2008-TR - Texto Único Ordenado de la Ley de Promoción de la Competitividad, Formalización y Desarrollo de la Micro y Pequeña Empresa y del acceso al empleo decente, Ley MYPE.
- Decreto Supremo N° 008-2008-TR - Reglamento de la Ley MYPE.
- Decreto Supremo N° 011-79-VC.
- Decreto Supremo N° 108-2017-PCM.
- Ley N° 30556, Ley que aprueba disposiciones de carácter extraordinario para las intervenciones del gobierno nacional frente a desastres y que dispone la creación de la autoridad para la reconstrucción con cambios.

Las referidas normas incluyen sus respectivas modificaciones, de ser el caso.

7.6. De este modo, dentro de los alcances y aplicación de la Ley 30556, con fecha 20 de septiembre de 2017, se emitió la Resolución Ministerial N° 374-2017-MINAGRI² que aprobó los “Lineamientos para la ejecución de actividades de necesidad inmediata

² Tal como puede apreciarse de las normas aplicables, de la aplicación de la disposición complementaria final de la Ley 30556, con fecha 20.09.17 se emite la citada Resolución ministerial, la misma que indica que mediante el artículo 1 de la Ley N° 30556, se declara de prioridad, de interés nacional y necesidad pública la implementación y ejecución de un plan integral para la rehabilitación, reposición, reconstrucción y construcción de la infraestructura de uso público de calidad, como consecuencia de acciones que califiquen como nivel de emergencia 4 y 5 en las zonas de riesgo alto y muy alto de conformidad con la legislación sobre la materia, así como las intervenciones de alcance nacional en dichas zonas; asimismo, de acuerdo al número 2.1 del artículo 2 y el artículo 3 de la citada Ley, se dispone que el Plan Integral, es aprobado por el Consejo de Ministros a propuesta de la Autoridad para la Reconstrucción con Cambios, como una entidad adscrita a la Presidencia del Consejo de Ministros, encargada de liderar e implementar el Plan que incluye, entre otros, infraestructura de calidad y actividades priorizadas sostenibles en el tiempo, propuestas por los sectores del Gobierno Nacional y Gobiernos Regionales y Locales.

Y es la Primera Disposición Complementaria Transitoria de la Ley N° 30556, la cual autoriza la ejecución de proyectos de necesidad inmediata correspondiente a los tres niveles de Gobierno antes de la aprobación del Plan por parte de la Presidencia del Consejo de Ministros. Es así que la Autoridad para la Reconstrucción Con Cambios mediante la resolución de Dirección Ejecutiva N° 002-2017-PCM-RCC, dispone que los proyectos de necesidad inmediata, a que se refiere la Primera Disposición Complementaria Transitoria de la Ley 30556, comprende también las actividades, como las intervenciones que la entidad pública lleva a cabo de acuerdo con sus competencias que resultan permanentes y continuas en el tiempo, con el objeto de garantizar la provisión de servicios públicos, tales como la gestión integral del manejo de cuencas que incluye encauzamiento y escalonamiento de ríos, canalización y descolmatación.

De este modo, mediante Resolución Ministerial N° 0227-2017-MINAGRI, se crea la Comisión Sectorial denominada “Comisión Sectorial de Reconstrucción Agraria” dependiente del Ministerio de Agricultura y Riego, encargada de proponer y supervisar la ejecución del Plan Sectorial, en el marco de la Ley N° 30556; y, mediante el inciso g) del artículo 3 de la citada Resolución Ministerial, establece, entre otras funciones, proponer lineamientos para el cumplimiento de los objetivos del Plan Sectorial;

Dicha Comisión Sectorial de Reconstrucción Agraria mediante Acta N° 010-2017-MINAGRI-CSRA de fecha 12 de setiembre de 2017, acordó aprobar las propuestas de "Lineamientos para la ejecución de actividades de necesidad inmediata formulados por la Autoridad Nacional del Agua" y "Lineamientos para la ejecución de actividades de necesidad inmediata formulados por los Gobiernos Subnacionales", en el marco de lo establecido en la Primera Disposición Complementaria Transitoria de la Ley N° 30556 y la Resolución de Dirección Ejecutiva N°0002-2017-PCM-RCC; por lo que derivado de dichos antecedentes normativos, se llega a la emisión de esta Resolución Ministerial, **aplicable al Contrato.**

formulados por la Autoridad Nacional del Agua”, norma que ambas partes han coincidido en que es de aplicación para el presente caso.

- 7.7. En efecto, las partes no han manifestado su disconformidad con seguir dicho lineamiento, teniéndose en el presente caso que es el CONTRATISTA que en la segunda pretensión hace referencia directa a la presentación de la liquidación técnico financiera de acuerdo con la Resolución Ministerial N° 374-2017-MINAGRI:

En fecha 10 de diciembre de 2018, La Entidad notifica al Contratista la CARTA 1735-2018 - MINAGRI-PSI-DIR, que adjuntamos como **Anexo 12**, la cual contiene LA CONFORMIDAD DE LA ULTIMA PRESTACIÓN y asimismo solicita que en un plazo de 3 días se presente la LIQUIDACIÓN TÉCNICA FINANCIERA, de conformidad con la Resolución Ministerial N° 374-2017- MINAGRI.

- 7.8. Respecto a este último punto, tenemos que en el artículo 6 de los lineamientos antes mencionados se señala justamente la obligación de, luego de emitida la conformidad de la ultima prestación, deba aún realizarse una liquidación físico financiera, la misma que debe ser (como es lógico entender) objeto de pago y no controversia, para que se entienda culminado el contrato:

6.- DE LA SUPERVISIÓN, LIQUIDACIÓN Y CIERRE DE LAS ACTIVIDADES

La supervisión será realizada por una persona natural o jurídica, y en su ausencia las Unidades Ejecutoras podrán designar un Inspector; en ambos casos, se deberá garantizar el desarrollo de actividades de supervisión durante todo el periodo de ejecución de las Actividades.

Las Unidades Ejecutoras deberán de conformar el Comité de Recepción de la Actividad, la misma que deberá ser participe la parte beneficiaria.

La contratista presentará la liquidación del contrato de la actividad luego de haber recibido la conformidad de la última prestación, por parte de las Unidades Ejecutoras, quienes aprobarán mediante el acto resolutivo correspondiente la liquidación físico financiero de la Actividad.

- 7.9. Por lo tanto, tenemos que para el presente caso la legislación ha establecido ciertas exigencias particulares como es la existencia de un acto de liquidación. En particular, se ha establecido que la última obligación del contratista será la de “presentar la liquidación del contrato de la actividad luego de haber recibido la conformidad de la

última prestación, por parte de las Unidades Ejecutoras, quienes aprobarán mediante el acto resolutorio correspondiente la liquidación físico financiera de la actividad”.

- 7.10. Dicho esto, no puede ser aplicable el argumento señalado por el Contratista, cuando sostiene que el contrato habría culminado (no pudiendo ser resuelto luego – según indica), puesto que es incluso el mismo contratista quien en el **Anexo 18** de su escrito de demanda – para sustentar que ya se le otorgó la conformidad de la última prestación – indica expresamente que estaría quedando pendiente la presentación de la Liquidación del Servicio de acuerdo a la Resolución Ministerial N° 374-2017-MINAGRI.

“Decenio de la igualdad de oportunidades para mujeres y hombres”
“Año del Diálogo y la Reconciliación Nacional”

INFORME N° 206 - 2018-JCR

4

A : ING. PERCY FLORES FLORES
Jefe de Oficina de Supervisión (e)

ASUNTO : Notificación sobre Conformidad de Última Prestación – Servicio de Elaboración de Ficha Técnica Definitiva y Descolmatación del cauce del río La Leche Tramo I.

REFERENCIA: a) Reporte SAP's
b) Memorando N° 5871-2018-MINAGRI-PSI-DIR
c) Informe N° 5360-2018-MINAGRI-PSI-DIR-OS

FECHA : Lima, 06 de Diciembre de 2018

Es grato dirigirme a usted, a fin de informarle que a efectos de que el contratista Ejecutor del Servicio AMERICAN CONTRATISTA GENERALES S.A.C., presente la Liquidación del Servicio, tal cual se establece en la Resolución Ministerial N° 0374-2017-MINAGRI, de fecha 20 de setiembre de 2017, es necesario notificar al contratista la conformidad de la última prestación.

En tal sentido, considerando que con Informe N° 5360-2018-MINAGRI-PSI-DIR-OS, de fecha 26-11-2018, la Oficina de Supervisión de la DIR brindó la conformidad de Pago de la Valorización Única y con Memorando N° 5871-2018-MINAGRI-PSI-DIR, de fecha 26-11-2018, la DIR como área usuaria brindó la Conformidad de pago a la Valorización indicada, recomendando a la Oficina de Administración y Finanzas continuar con el trámite correspondiente.

Así mismo mediante el reporte del Estado de Cuenta del SAP's de fecha 06/12/2018 se evidencia que la Entidad ya realizó el pago de la Valorización Única (Última Prestación).

Por lo tanto se debe de notificar al contratista que cuenta con la Conformidad de su última prestación a efectos de solicitar presente a la brevedad posible la Liquidación Técnica - Financiera de la Actividad.

Es cuanto informo a usted, para los fines consiguientes.

Atentamente;

Ing. José Carril Ruiz
Ingeniero de Seguimiento y Monitoreo
CIP N° 118798

- 7.11. Para este colegiado entonces, lo expuesto hasta este punto, bastaría para concluir que el argumento del contratista utilizado no sería suficiente - en tanto es el único



que esgrime en su escrito de demanda para referirse a la imposibilidad de resolver el contrato - para rebatir la legitimidad que tendría una de las partes para hacer efectiva dicha resolución.

Sin embargo, adicional a ello, tenemos que en el **Anexo 17** de la demanda, tampoco estaría acreditando que se hubiera realizado el pago efectivo de dicha última prestación, pues se advierte que estamos ante un estado de cuenta que no representa un deposito en sus cuentas – para utilizar el término de pago efectivo.



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

Exp. 2239-201-19



Ministerio de Agricultura y Riego
Viceministerio de Desarrollo e Infraestructura Agraria y Riego

Programa Subsidiado de Injirrigaciones

ESTADO DE CUENTA

NOUEVOS SOLES
CÓD. PROYECTO: 1003

PROVEEDOR: AMERICAN CONTRATISTAS GENERALES SAC

CONTRATO: 2017-00361

R.U.C.:

20521378531

DEPARTAMENTO: LIMA

COMPONENTE: Atención de Emergencia

FECHA INICIO: 15/12/2017

FECHA TÉRMINO:

FECHA DE FIRMA: 13/12/2017

CONCEPTO: SERVICIO DE ELABORACIÓN DE FICHA TÉCNICA DEFINITIVA Y DESCOLMATACIÓN DEL CAUCE DEL RIO LA LECHE, TRAMO I

MONTO DEL CONTRATO	PSI	JUS	TOTAL
INICIAL	21,292,689.21	0.00	21,292,689.21
ADICIONAL	0.00	0.00	0.00
DEDUCTIVO	0.00	0.00	0.00

Fecha Emisión	Nro.	Docu. mento	Nro. Emisión	C/P			IMPORTE	ADEUDO	VARIATA	REA. JUSTE	AMORTIZ. EFEC.	AMORTIZ. MATER.	VNETO	I.G.V.	EJEC. PSI	EJEC. JUS	DSCTO. F. GARANTIA MULTA	NETO A PAGAR
				Fecha Emisión	Fecha Pago	F.F.												
18/12/2017	2017-06617	ADL 00001	2017-07230	18/12/2017	00	00	6,387,806.76	5,413,395.56	213,968.20	64,190.46	0.00	0.00	974,411.20	6,387,806.76	0.00	0.00	0.00	6,387,806.76
27/02/2018	2018-00338	VAL 00000	2018-01130	01/03/2018	00	00	176,737.73	15,187,333.60	5,413,395.56	9,773,938.04	1,759,308.85	11,533,246.89	0.00	2,136,817.24	9,396,429.55	0.00	2,136,817.24	15,980,974.04
28/11/2018	2018-05768	VAL 00001	2018-06825	03/12/2018	00	00	18,097,791.38	15,401,301.80	0.00	5,477,586.02	0.00	9,923,715.78	2,760,680.04	18,097,791.38	0.00	2,136,817.24	15,980,974.04	
TOTALES:							18,097,791.38	5,413,395.56	15,401,301.80	0.00	5,477,586.02	0.00	9,923,715.78	2,760,680.04	18,097,791.38	0.00	2,136,817.24	15,980,974.04

NRO.	FECHA	IMPORTE	N° RESOL.
ADICIONALES / DEDUCTIVOS			

NRO.	FECHA	IMPORTE	N° RESOL.
ADL		5,413,395.56	
ADM		0.00	

TPO.	OTORGADO	SALDO
ADL		-64,190.46
ADM		0.00

EJECUCIÓN POR F.F.		SALDO	
F.F.	IMPORTE		
00	18,097,791.38		
88	0.00		

AVANCE FINANCIERO		SALDO	
TOTAL PAGADO	SALDO / PAGAR		
18,097,791.38	3,194,897.83		
	-64,190.46		
	3,194,897.83		
	0.00		

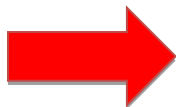
- 7.12. Finalmente, aunado a lo desarrollado hasta este punto, tenemos que el contratista estaría reclamando como **segunda pretensión de su demanda**, aspectos pendientes de pago – o devolución de penalidades por una liquidación consentida - aspectos económicos que no se habrían culminado aún, por lo que estaríamos ante una contradicción muy clara de, por un lado reclamar todavía obligaciones pendientes de pago de parte de la entidad derivado de esta liquidación, y por otro indicar que el contrato no podría ser resuelto por encontrarse culminado.
- 7.13. En ese sentido, para este colegiado resulta claro que este contrato aún no habría concluido, y existirían aún pendiente de pago y acuerdo/solución entre las partes, la materia relacionada con el pago del monto de la liquidación del contrato.
- 7.14. Ahora bien, la legislación aplicable, ha establecido ciertas particularidades que debemos tener claras para hablar de una liquidación en el caso concreto. En particular, se ha establecido que la última obligación del contratista será la de “presentar la liquidación del contrato de la actividad luego de haber recibido la conformidad de la última prestación, por parte de las Unidades Ejecutoras, quienes aprobarán mediante el acto resolutivo correspondiente la liquidación físico financiera de la actividad”.
- 7.15. De lo expuesto, este Tribunal Arbitral no tiene la menor duda de que dicha liquidación NO resulta en modo alguno, una equiparable a la Liquidación de un contrato de obra (Art. 180 del Reglamento), donde cada parte tiene un plazo para practicarla; sino que se trata de una liquidación donde las partes deban desarrollar y sustentar (de un modo similar claro esta) los pagos, avances, penalidades, sumas y restas - y demás conceptos que consideren aplicables para dicho documento – con el cual ambas esten de acuerdo para determinar un saldo a favor o en contra que deba ser pagado (o deba tenerse por conciliado), luego de lo cual se entendería culminado el contrato.
- 7.16. Es decir, que el pago final para este contrato de servicios, típico de la Ley de Contrataciones, aunque especial para el caso del objeto de esta materia (la contratada bajo el ambito de la reconstrucción con cambios), debe entenderse (según este colegiado) como el pago de dicha liquidación.

- 7.17. Por lo tanto, al no estar todavía consentida la liquidación del contrato, consentimiento que además forma parte de una de las pretensiones, este Tribunal Arbitral considera que la relación jurídico contractual se mantiene vigente hasta la aprobación de la liquidación físico financiera de la actividad.

Sobre la resolución contractual

- 7.18. Ahora bien, debemos recordar que la resolución del contrato en el marco de las contrataciones con el Estado exige cumplir con ciertos requisitos procedimentales, los mismos que están recogidos en el contrato y en la normativa aplicable de contrataciones del Estado.
- 7.19. De esta forma, apreciamos que el Contrato regula la resolución contractual conforme al siguiente detalle:

CLÁUSULA DÉCIMO CUARTA: RESOLUCIÓN DEL CONTRATO



Cualquiera de las partes puede resolver el contrato, de conformidad con los artículos 32, inciso c), y 36 de la Ley de Contrataciones del Estado, y el artículo 135 de El Reglamento. De darse el caso, LA ENTIDAD procederá de acuerdo a lo establecido en el artículo 136 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Asimismo, de acuerdo a lo establecido en la Ley N° 30556 "LEY QUE APRUEBA DISPOSICIONES DE CARÁCTER EXTRAORDINARIO PARA LAS INTERVENCIONES DEL GOBIERNO NACIONAL FRENTE A DESASTRES Y QUE DISPONE LA CREACIÓN DE LA AUTORIDAD PARA LA RECONSTRUCCIÓN CON CAMBIOS", cada uno de los integrantes del consorcio ha presentado la Declaración Jurada establecida en el artículo 7, numeral 7.6, lo cual, de verificarse la falsedad de la información consignada, el contrato quedará resuelto de pleno derecho, de conformidad con lo previsto en el artículo 1430 del Código Civil.

Todo contrato que suscriba la Autoridad o cualquier entidad involucrada con la ejecución del Plan, debe contener una cláusula que obligue a la persona natural o jurídica que contrate con el Estado a presentar una declaración jurada en la que manifieste:

- a) Si sus representantes legales, accionistas, gerentes, directores y la misma contratista, tienen sentencia condenatoria, consentida o ejecutoriada, o sanción administrativa, por la comisión de delitos contra la Administración Pública o infracción a las normas sobre contrataciones públicas.
- b) Si a la fecha de suscripción del contrato, cuenta con algún proceso penal o procedimiento administrativo sancionador en trámite, por la comisión de delitos e infracciones.

De verificarse la falsedad de la información consignada en la referida declaración jurada, el contrato quedará resuelto de pleno derecho, de conformidad con lo previsto en el artículo 1430 del Código Civil.

- 7.20. En ese sentido, de acuerdo a la base legal establecida en el Contrato, tenemos que el artículo 32 de la LCE señala que:

“Artículo 32. Contrato

32.1 El contrato debe celebrarse por escrito y se ajusta a la proforma incluida en los documentos del procedimiento de selección con las modificaciones aprobadas por la Entidad durante el mismo.

32.2 En los contratos de obra deben identificarse y asignarse los riesgos previsible de ocurrir durante su ejecución, según el análisis realizado en la planificación. Dicho análisis forme parte del expediente técnico y se realizará conforme a las directivas que se emitan para tal efecto, según los criterios establecidos en el reglamento.

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.

32.4 El reglamento establece el procedimiento, plazos y requisitos para el perfeccionamiento del contrato, así como los casos en que el contrato puede perfeccionarse mediante una orden de compra o servicio, no debiendo necesariamente en estos casos incorporarse las cláusulas indicadas, sin perjuicio de su aplicación legal.

32.5 En el caso de la contratación de ejecución de obras, la Entidad debe contar con la disponibilidad física del terreno. Excepcionalmente dicha disponibilidad puede ser acreditada mediante entregas parciales siempre que las características de la obra a ejecutar lo permitan. Esta información debe estar incluida en los documentos del procedimiento de selección.

Para el caso de ejecución de obras que cuentan con residentes o supervisores a tiempo completo, estos no podrán prestar servicios en más de una obra a la vez.

32.6 El contratista es responsable de realizar correctamente la totalidad de las prestaciones derivadas de la ejecución del contrato. Para ello, debe realizar todas las acciones que estén a su alcance, empleando la debida diligencia y apoyando el buen desarrollo contractual para conseguir los objetivos públicos previstos.

32.7 La responsabilidad por la adecuada formulación del Expediente Técnico o Estudios Definitivos corresponde al proyectista y a la supervisión, de acuerdo al alcance de los respectivos contratos, y la aprobación a la Entidad.

De igual modo, la entrega completa de la información que es puesta a disposición de los postores corresponde a la Entidad”.

7.21. Por su parte, el artículo 36 de la LCE señala que:

“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.

36.2 Cuando se resuelva el contrato por causas imputables a alguna de las partes, se debe resarcir los daños y perjuicios ocasionados. No corresponde el pago de daños y perjuicios en los casos de corrupción de funcionarios o servidores propiciada por parte del contratista, de conformidad a lo establecido en el artículo 11 de la presente Ley”.

7.22. A su vez, el artículo 135 del RLCE establece que:

“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.

135.2. El contratista puede solicitar la resolución del contrato en los casos en que la Entidad incumpla injustificadamente con el pago y/u otras obligaciones esenciales a su cargo, pese a haber sido requerida conforme al procedimiento establecido en el artículo 136.

135.3. Cualquiera de las partes puede resolver el contrato por caso fortuito, fuerza mayor o por hecho sobreviniente al perfeccionamiento del contrato que

no sea imputable a las partes y que imposibilite de manera definitiva la continuación de la ejecución del contrato.” (el subrayado es nuestro)

7.23. Al mismo tiempo, el artículo 136 del RLCE prescribe que:

“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 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.

La resolución parcial solo involucra a aquella parte del contrato afectada por el incumplimiento y siempre que dicha parte sea separable e independiente del resto de las obligaciones contractuales, siempre que la resolución total del contrato pudiera afectar los intereses de la Entidad. En tal sentido, el requerimiento que se efectúe debe precisar con claridad qué parte del contrato queda resuelta si persistiera el incumplimiento. De no hacerse tal precisión, se entiende que la resolución es total”.

7.24. Siendo esta la base legal especial aplicable al caso concreto resulta evidente que son las partes las que saben en qué supuesto se encuentran y **cual es el tipo de resolución contractual** que deciden ejecutar.

Al respecto, de una revisión de la **Carta Notarial N° 0025-2019-MINAGRI-PSI-OAF verificamos que la Entidad habría decidido resolver el Contrato invocando los siguientes supuestos:**

- a) Por un lado, sosteniendo que el Contratista habría incurrido en la penalidad máxima, tanto por mora como por otras penalidades, como se puede apreciar en el siguiente detalle:

Por la presente, me dirijo a usted, con la finalidad de comunicarle que mediante los documentos a) y b) de la referencia, la Dirección de Infraestructura de Riego, informa que su representada, en la ejecución del servicio a su cargo, no ha cumplido la finalidad pública del contrato, generando dicho incumplimiento la aplicación de penalidad máxima por concepto de otras penalidades así como la determinación de penalidad por mora que supera el 10% del monto contractual.

- b) Que se verificó un incumplimiento contractual de acuerdo con el siguiente detalle:

Asimismo, se indica que el incumplimiento de su representada fue evidenciado en 05 Informes de Control Concurrente de la Contraloría General de la República (Informes de Control Concurrente N° 100 y 316-CG/CORECH-CC, N° 671, 935 y 1395-2018-CG/GRLA-CC).

- 7.25. De esta manera, tenemos que la Entidad habría decidido resolver el contrato invocando el tercer párrafo del artículo 136, el cual reproducimos a continuación:

*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 subrayado es nuestro)*

- 7.26. Dicha resolución contractual realizada por la Entidad posee diversos puntos que este Tribunal deberá abordar, en un orden que privilegie la eficiencia para la emisión de la decisión, relacionados con:

a) La forma: “basta con comunicar al contratista mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato”:

- ¿La resolución contractual practicada por la Entidad cumplió con el procedimiento establecido en la normativa legal aplicable?

b) El fondo: ¿Se verificaron los supuestos para el Contratista?

- Se acumuló el monto máximo de la penalidad por mora.

- Se acumuló el monto máximo de la penalidad por el concepto de otras penalidades.

Sobre los requisitos de forma

7.27. Al respecto, a criterio de este Colegiado, resulta necesario analizar primero las cuestiones de forma para determinar si la resolución practicada por la Entidad cumplió con el procedimiento legal y si la misma quedó consentida o no; para luego, dependiendo de dicho análisis, analizar los aspectos de fondo antes señalados.

7.28. Respecto a los requisitos de forma, debemos indicar que para el caso concreto de aplicación del máximo de penalidad, NO estamos ante la necesidad de un apercibimiento previo, por lo que **"basta con comunicar al contratista mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato"**.

Y siendo ese el caso, se ha verificado en el presente que la comunicación hecha por la Entidad al Contratista a través de la Carta Notarial N° 0025-2019-MINAGRI-PSI-OAF fue notificada debidamente al contratista el 1 de abril de 2019, cumpliéndose con los requisitos de forma para la resolución del contrato.

Sobre los requisitos de fondo

7.29. En consecuencia, pasaremos a examinar si se cumplen los requisitos de fondo, esto es, si se cumple alguno de los supuestos establecidos en el artículo 136 de la RLCE ya mencionados y que facultan a la Entidad para resolver el contrato sin requerir

previamente el cumplimiento al contratista. Tal como está redactada la norma, bastará con que se cumpla uno de estos supuestos para que la resolución del contrato resulte procedente.

- 7.30. De tal manera, para verificar el supuesto de “cuando la situación de incumplimiento no puede ser revertida” tiene que cumplirse: a) Existe una situación de incumplimiento y b) esta situación de incumplimiento no puede ser revertida.
- 7.31. Si bien no estamos ante la invocación de dicho supuesto, sirve el ejercicio para determinar cuando estamos ante un incumplimiento; y al respecto tenemos que el civilista Vincenzo Roppo³ comenta:

“El primer presupuesto de la resolución es el incumplimiento, es decir, la objetiva no actuación o defectuosa actuación de la prestación contractual. En estos términos generales, el presupuesto del incumplimiento condiciona también la demanda de cumplimiento y la de resarcimiento. La carga de probarlo, como ya se ha dicho, es del actor en la resolución”.

- 7.32. Por su parte, el objeto del contrato según el artículo 1402 del Código Civil consiste en crear, regular, modificar o extinguir obligaciones. De esta forma, el objeto del contrato resume la obligación asumida por el Contratista y responde a la pregunta “¿qué se contrata?”, siendo así que en la cláusula segunda del contrato se estableció que el objeto del contrato es “el servicio de elaboración de ficha técnica definitiva y descolmatación del cauce del río la leche, tramo I” de acuerdo al siguiente detalle:

CLÁUSULA SEGUNDA: OBJETO

El presente contrato tiene por objeto la contratación del SERVICIO DE ELABORACIÓN DE FICHA TÉCNICA DEFINITIVA Y DESCOLMATACIÓN DEL CAUCE DEL RIO LA LECHE, TRAMO I.

- 7.33. En el mismo sentido, respecto al cumplimiento de las prestaciones, Morón Urbina⁴ señala que:

³ ROPPO, Vincenzo. *El Contrato. Gaceta Jurídica* (2009). Primera edición para el Perú. Lima. p. 877.

⁴ MORÓN URBINA, Juan Carlos - *Aspectos jurídicos de la Contratación Estatal* (2019), p. 98.

“Cada uno de los contratos administrativos tiene un objeto contractual típico o nominal expuesto por el propio ordenamiento. Así, podemos diferenciar los contratos de bienes, de servicios y de obras. Ese objeto está constituido por las prestaciones y derechos recíprocos existentes entre la administración y el contratista para alcanzar una finalidad pública pero siempre determinados por la normativa. (...)” (el subrayado es nuestro)

- 7.34. De tal manera, se deberán valorar los medios probatorios ofrecidos por las partes, de forma general para advertir la existencia de algún incumplimiento. Ello, en tanto **la norma de contrataciones ni las bases ni los términos de referencia establece un procedimiento para que las partes demuestren el incumplimiento de obligaciones de su contraparte.**

Y este aspecto, conviene resaltarlo en la medida que para hablar de incumplimientos y penalidades, solo las materias calificadas como “otras penalidades” no podrían apartarse de la forma pactada por las partes o establecida en las bases; sin embargo, el incumplimiento de obligaciones (en general) y la mora (que aborda la demora en el cumplimiento de las obligaciones) no regula procedimiento alguno y las partes son libres de probarlo.

- 7.35. Dicho esto, se han aportado los Informes de Control Concurrente N° 100 y 316-CG/CORECH-CC, 671, 935 y 1395-2018-CG/GRLA-CC, dado que, según la Carta Notarial N° 0025-2019-MINAGRI-PSI-OAF, la Entidad habría verificado el incumplimiento como causal de resolución del contrato tomando dichos informes como sustento.
- 7.36. Ahora bien, se constató en el presente caso una discrepancia en torno a la pertinencia de la valoración de los medios probatorios producidos a partir del control concurrente de la Contraloría General de la República. En relación a ello, tenemos que la **Ley N° 30556 establece para el caso particular lo siguiente:**

“Artículo 7. Herramientas de gestión

(...)

7.4 Las contrataciones de bienes, servicios, obras y consultorías que se ejecuten en el marco de la presente Ley se someten a procedimientos de

control gubernamental, con el fin de garantizar un control eficaz sin afectar el dinamismo de la ejecución. El control se realiza de manera simultánea y está a cargo de la Contraloría General de la República, la cual podrá desarrollar directamente el control gubernamental o a través de empresas auditoras. Para tal efecto, la Contraloría General de la República aprueba un Plan de Acción de Control y podrá dictar las directivas que estime pertinentes. El control se concentra en el cumplimiento de la legalidad, mas no en decisiones técnicas sobre las que tienen discrecionalidad los funcionarios". (el subrayado es nuestro)

- 7.37. Además, hay que tener presente lo que prescribe el numeral 1 del artículo 10 de la LCE:

“Artículo 10. Supervisión de la Entidad

10.1. La Entidad debe supervisar el proceso de contratación en todos sus niveles, directamente o a través de terceros. El hecho de que la Entidad no supervise los procesos, no exime al contratista de cumplir con sus deberes ni de la responsabilidad que le pueda corresponder(...).”

- 7.38. En consecuencia, este Tribunal considera pertinente valorar los medios probatorios producidos por la Contraloría, toda vez que la Ley N° 30556 ha dispuesto para la presente contratación que se someta a procedimientos de control gubernamental a cargo de la Contraloría, los mismos que debieron ser y fueron realizados de forma simultánea a la ejecución; no cumpliendo únicamente un fin de responsabilidad administrativa de los funcionarios en cuestión, a cargo de la contratación, sino por el contrario, una verificación contractual del cumplimiento de las metas y objetivos del Contrato que, en modo alguno podría ser obviado para probar algún incumplimiento de obligaciones (pues no esta prohibido como ya indicamos).

Respecto al incumplimiento

- 7.39. En ese orden de ideas, pasaremos a hacer un recuento de las acciones que la Contraloría General de la República llevó a cabo a modo de control concurrente en el marco de la ejecución del contrato en cuestión.

- 7.40. A través del Informe de Control Concurrente N° 316-2018-CG/CORECH-CC, de 2 de mayo de 2018, la Contraloría detectó la situación adversa 01, en el cual detectó que “los trabajos ejecutados no han cumplido con las especificaciones técnicas y planos de la ficha técnica definitiva, lo que podría generar un potencial perjuicio económico y una exposición de la población ante inundaciones provocadas por desbordes”.
- 7.41. También, en el mismo informe, establecieron la situación adversa 02: “la Entidad a pesar de tener conocimiento que el servicio se encontraba al 41.79% designó un comité para su recepción; lo cual ante una eventual inobservancia del cumplimiento de las especificaciones técnicas y la ejecución de los trabajos podría generar perjuicio económico al Estado”.
- 7.42. Desarrollando los párrafos anteriores, se tiene que la Contraloría, con el fin de verificar el cumplimiento del diseño geométrico de los trabajos de movimiento de tierras (descolmatación del cauce del río y conformación de bordos), contrató a la empresa TOPOCAJ S.R.L. a través de Orden de Servicio N° 00000539 de 01 de febrero de 2018, advirtiendo lo siguiente:

- a) Se han encontrado numerosos tramos en los que el eje longitudinal de la intervención del contratista no coincide con el eje longitudinal previsto en la Ficha Técnica Definitiva, teniéndose como más representativas las siguientes desviaciones (distancia horizontal entre el eje diseñado y el realmente ejecutado):

Cuadro n.º 3
Máximas desviaciones del eje, del contratista y el ejecutado

ITEM	PROGRESIVA	COORDENADAS DE FTD	COORDENADAS SEGÚN TOPOCAJ	DESVIACIÓN (m)
1	1+620	E= 644677,3940 N= 9285322,3321	E= 644691,1438 N= 9285296,8302	28,99
2	7+525	E= 640147,7604 N= 9285235,0056	E= 640139,1606 N= 9285224,7683	13,37
3	13+150	E= 636479,3886 N= 9283161,0563	E= 636452,3259 N= 9283157,4165	27,30
4	18+550	E= 633256,4618 N= 9284208,3846	E= 633259,6525 N= 9284188,1213	20,51
5	25+660	E= 627049,4070 N= 9286448,7221	E= 627044,8525 N= 9286431,8815	17,45

Fuente: Elaboración Propia
Elaboración: Equipo de Control Concurrente
Leyenda:
- FTD: Ficha Técnica Definitiva
- (m): Unidad de Metros
- (E): Coordenada UTM WGS 84 Este
- (N): Coordenada UTM WGS 84 Norte
- (N): Coordenada UTM WGS 84 Norte

- b) La caja hidráulica del río La Leche Tramo I de acuerdo a lo establecido en los Términos de Referencia de las Bases de la Contratación Directa n.º 074-2017-MINAGRI-PSI, es de 60.00 metros; sin embargo el cauce intervenido por la contratista tiene un ancho menor como se indica en las siguientes progresivas:

Cuadro n.º 4
Diferencia entre ancho de diseño y ancho ejecutado

ITEM	PROGRESIVA	ANCHO DE DISEÑO (m) a	ANCHO EJECUTADO (m) b	DIFERENCIA (m) a-b	ERROR $\left(\frac{a-b}{a}\right) * 100\%$
1	0+540	60,00	45,79	14,21	23,68
2	0+970	60,00	40,57	19,43	32,38
3	1+040	60,00	32,35	27,65	46,08
4	2+660	60,00	32,08	27,92	46,53
5	7+630	60,00	39,83	20,17	33,62
6	8+640	60,00	37,24	22,76	37,93
7	12+700	60,00	48,71	11,29	18,82
8	12+940	60,00	48,81	11,19	18,65
9	17+940	60,00	43,64	16,36	27,27
10	20+260	60,00	45,72	14,28	23,80
11	24+400	60,00	36,35	23,65	39,42
12	26+660	60,00	37,30	22,70	37,83

Fuente: Elaboración Propia
Elaboración: Equipo de Control Concurrente

- c) La contratista no construyó los bordos de 2,70 metros de altura en las siguientes progresivas:

Cuadro n.º 5
Altura de bordos no ejecutados

ITEM	PROGRESIVA	ALTURA DE DISEÑO (m) a	ALTURA EJECUTADA (m) b	DIFERENCIA (m) a-b	ERROR $\left(\frac{a-b}{a}\right) * 100\%$
1	11+700	2,70	0,0	2,70	100%
2	12+160	2,70	0,0	2,70	100%
3	17+770	2,70	0,0	2,70	100%
4	19+980	2,70	0,0	2,70	100%
5	20+410	2,70	0,0	2,70	100%

Elaboración: Equipo de Control Concurrente

- d) No existe corona de bordos de 2,00 metros de ancho establecido en los planos de secciones transversales, en las siguientes progresivas:

Cuadro n.º 6
No existe ancho de corona en Bordos

ITEM	PROGRESIVA	ANCHO DE DISEÑO (m) a	ANCHO EJECUTADO (m) b	DIFERENCIA (m) a-b	ERROR (%) $\left(\frac{a-b}{a}\right) * 100\%$
1	0+000	2,00	0,00	2,00	100%
2	12+810	2,00	0,00	2,00	100%
3	14+220	2,00	0,00	2,00	100%
4	19+020	2,00	0,00	2,00	100%
5	26+140	2,00	0,00	2,00	100%

Elaboración: Equipo de Control Concurrente

7.43. Además, la Contraloría realizó diversas visitas de campo luego del 18 de enero de 2018, en las que habrían constatado que el contratista habría seguido realizando actividades de acuerdo al siguiente detalle:

- a) Acta de visita de campo de 19 de enero de 2018
Se dejó constancia que el contratista se encontraba realizando labores de descolmatación con 1 (un) tractor y 2 (dos) excavadoras entre las progresivas 00+000 y 35+000; asimismo, se precisó la existencia de 8 (ocho) tractores y 6 (seis) excavadoras sin realizar labores. El acta fue suscrita por el Jefe de la Comisión de Control Concurrente y por el Supervisor del servicio.
- b) Acta de visita de campo de 23 de enero de 2018
Se dejó constancia que el contratista continuaba con la ejecución de los trabajos en forma parcial; asimismo, se verificó la existencia de una excavadora realizando trabajos de conformación de bordos aproximadamente en la progresiva 30+000. El acta fue suscrita por un integrante de la Comisión de Control Concurrente y por el Supervisor del servicio.
- c) Acta de visita de campo de 1 de marzo de 2018
Se dejó constancia que el contratista estaba realizando trabajos de conformación de diques con material de préstamo, contaba con 1 (una) excavadora y un cargador frontal para realizar trabajos de vestido de talud. El acta fue suscrita por el Jefe de la Comisión de Control Concurrente y el Director Zonal del PSI –Chiclayo.

7.44. Por su parte, mediante Informe Técnico N° 003-2018-JLFR de 28 de febrero de 2018, el especialista en sistemas de información y monitoreo fotogramétrico con dron de la Entidad, comunicó al Jefe de Supervisión de la Entidad que, como resultado del levantamiento fotogramétrico con dron realizado al cauce del río La Leche, tramo I, se llegó a determinar lo siguiente:

Realizado el trabajo de campo se procedió a procesar la información, generándose una superficie, con la nube de puntos obtenida del procesamiento de toda la información, la cual se comparó con la superficie de la Ficha Técnica Definitiva presentada por el contratista y se obtuvo un volumen estimado ejecutado de 1'316,489.37 m³ lo cual representa el 41.79% de lo programado según FTD.

7.45. Además, la Contraloría menciona que a través del acta N° 8 de visita de campo de 19 de enero de 2018, emitida por la comisión de la Contraloría y suscrita conjuntamente con el jefe de supervisión, dejaron constancia de los equipos y maquinarias encontradas en campo, entre otros incumplimientos:

14.- No se terminan aún los trabajos y actividades de descolmatación y conformación de bordos y diques, aún cuando la fecha de término es 18/01/2018		
Se firma la presente acta en señal de conformidad de lo descrito.		
 Enrique Cáceres 41849117 C.B.R.	 GAMALIEL CAHIRINA TORANZO 03177682	 JOSÉ MANUEL VÁSQUEZ SANCHEZ 41487378 C.B.R.

- 7.46. Por otro lado, mencionan en el informe que la Entidad habría contratado, a través de la orden de servicio N° 2018-00657-PSI de 28 de marzo de 2018, el servicio de levantamiento topográfico para el seguimiento, coordinación y control de las actividades de descolmatación en el río La Leche tramo I.
- 7.47. Dicho servicio concluyó con la elaboración del informe topográfico del río La Leche, tramo I, comunicado mediante a la Entidad mediante carta s/n de 19 de abril de 2018.
- 7.48. El resultado del levantamiento topográfico indicó que se obtuvo un volumen de corte (descolmatación) de 1'721,562.50 m³ lo cual representa el 54.65% de la partida 01.03 Descolmatación del río programada según Ficha Técnica Definitiva, la cual reporta un volumen 3'150,000.00 m³. Por su parte, indican que en el mencionado informe no cuantifica las partidas 01.04 Conformación de Bordos C/Material de Corte y 01.05 Encimado de Dique.
- 7.49. En tal sentido, se habría verificado que la empresa no concluyó con las actividades contratadas al 18 de enero de 2018.
- 7.50. Por su parte, a través del Informe de Control Concurrente N° 671-2018-CG/CORECH-CC, de 11 de julio de 2018, la Contraloría detectó la situación adversa 01, en el cual detectó que “la Entidad no cauteló que el contratista culmine la ejecución de los servicios en los plazos previstos en el contrato, exponiendo a la población a daños e inundaciones ante la ocurrencia de otro fenómeno natural y un potencial perjuicio económico por el pago de servicios no ejecutados”
- 7.51. También, en el mismo informe, establecieron la situación adversa 02: “la Entidad no cauteló que la ejecución contractual se lleve a cabo conforme a lo establecido en su contrato, debiendo supervisar las actuaciones en todos sus niveles conforme a la ley de contrataciones del Estado, situación que generó que se lleve a cabo el acto de recepción del servicio sin lograr el fin del mismo”.
- 7.52. En dicho informe se tiene que producto de la constatación directa se levantaron las siguientes actas:

a) Acta de visita de campo n.º 8 de 19 de enero de 2018 (Anexo n.º 1)

Se dejó constancia que el contratista se encontraba realizando labores de conformación de bordos y descolmatación con 1(un) tractor D8 y 2 (dos) excavadoras entre las progresivas 0+000 y 35+000, se evidencia que los trabajos de conformación de bordos y diques con material de préstamo no se habían culminado.

b) Acta de visita de campo n.º 9 de 23 de enero de 2018 (Anexo n.º 2)

Se dejó constancia que el contratista se encontraba realizando labores de conformación de bordos en la margen izquierda del río la Leche Tramo I con 1 excavadora en la progresiva 30+000.

c) Acta de visita de campo n.º 10 de 1 de marzo de 2018 (Anexo n.º 3)

Se dejó constancia que el contratista continuaba con la ejecución de los trabajos de la conformación de diques con material de préstamo; asimismo, se verificó la existencia de 1(una) excavadora y 1(un) cargador frontal.

d) Acta n.º 011-2018-CG/CORECH-CCRC-RÍO LA LECHE TRAMO I con fecha 14 de mayo 2018 (Anexo n.º 4)

Esta comisión realizó visita en campo donde se verificó que en la progresiva 00+000 margen izquierda no existe la ejecución de bordos; y, en la continuación del tramo los bordos no se ejecutaron conforme a las especificaciones técnicas contenidas en los planos.

e) Acta n.º 013-2018-CG/CORECH-CCRC-RÍO LA LECHE TRAMO I de 28 de mayo de 2018 (Anexo n.º 5)

En la progresiva 00+000 de la margen izquierda se constató la ejecución de bordos, a diferencia de la visita detallada en el literal anterior (Acta n.º 011-2018-CG/CORECH-CCRC-RÍO LA LECHE TRAMO I con fecha 14 de mayo 2018) y como se precisó en el Informe de Control Concurrente n.º 316-2018-CG/CORECH-CC de 2 de mayo del 2018, precisando que dicha ejecución se llevó a cabo fuera del plazo de ejecución del servicio

7.53. A su vez, a través del Informe de Control Concurrente N° 935-2018-CG/CORECH-CC, de 3 de octubre de 2018, la Contraloría detectó la situación adversa 02, en el cual detectó que “la Entidad no cauteló que la ejecución de los bordos (altura) del cauce del río La Leche Tramo I, sean concordantes con el diseño hidráulico validado y aprobado en la ficha técnica definitiva, lo cual genera el riesgo de presentarse desbordes e inundaciones, ante un eventual aumento de caudal”.

7.54. En tal documento se remiten al Informe N° 004-2018-PCM de 6 de agosto de 2018, emitido por el señor Paul A. Celis Mendoza, contratado mediante orden de servicio N° 2018-1337-MINAGRI-PSI, el mismo que cuenta con la base digital de los planos adjuntos del servicio topográfico con drone, de los cuales se evidencia que los trabajos de descolmatación del cauce del río La Leche – Tramo I, no cumplirían con las especificaciones técnicas de la Ficha Técnica Definitiva, en cuanto a los niveles

estipulados de secciones transversales, determinándose diferentes alturas de eje subrasante a bordo, los que en algunos casos resultan ser menores a las del diseño hidráulico (rango de altura de 2 mts). Detallando sus observaciones como sigue:

Del análisis del tramo comprendido entre la progresiva 00+000 a la 03+980 podemos determinar que existen tramos que se encuentran vulnerables ante la presencia de avenidas extraordinarias, ya que la altura de bordo con respecto al eje de la subrasante del río, está por debajo de su tirante de diseño que es de 2.00 m. Dicha situación se produce en una longitud total aproximada de 220 m, correspondientes a 120 m en la margen izquierda entre las progresivas 3+600 - 3+820 y 100 m correspondiente a la margen derecha entre las progresivas 3+660 - 3+740.

Del análisis del tramo comprendido entre la progresiva 04+000 a la 07+980 podemos determinar que existen tramos que se encuentran vulnerables ante la presencia de avenidas extraordinarias, ya que la altura de bordo con respecto al eje de la subrasante del río, está por debajo de su tirante de diseño que es de 2.00 m. Dicha situación se produce en una longitud total aproximada de 1700 m, correspondientes a 1080 m en la margen izquierda entre las progresivas 5+980-7+100 y 620 m correspondiente a la margen derecha entre las progresivas 5+720-6+800.

Del análisis del tramo comprendido entre la progresiva 12+000 a la 15+980 podemos determinar que existen tramos que se encuentran vulnerables ante la presencia de avenidas extraordinarias, ya que la altura de bordo con respecto al eje de la subrasante del río está por debajo de su tirante de diseño que es de 2.00 m. Dicha situación se produce en una longitud total aproximada de 4980 m, correspondientes a 2440 m en la margen izquierda entre las progresivas 5+980 - 7+100 y 2540 m correspondiente a la margen derecha entre las progresivas 5+720-6+800.

Del análisis del tramo comprendido entre la progresiva 16+000 a la 19+980 podemos determinar que existen tramos que se encuentran vulnerables ante la presencia de avenidas extraordinarias, ya que la altura de bordo con respecto al eje de la subrasante del río, está por debajo de su tirante de diseño que es de 2.00 m. Dicha situación se produce en una longitud total aproximada de 3880 m, correspondientes a 2060 m en la margen izquierda y 1820 m correspondiente a la margen derecha.

Del análisis del tramo comprendido entre la progresiva 20+000 a la 23+980 podemos determinar que existen tramos que se encuentran vulnerables ante la presencia de avenidas extraordinarias, ya que la altura de bordo con respecto al eje de la subrasante del río, está por debajo de su tirante de diseño que es de 2.00 m. Dicha situación se produce en una longitud total aproximada de 480 m, correspondientes a 260 m en la margen izquierda entre las progresivas 23+760-23+980 y 220 m correspondiente a la margen derecha entre las progresivas 23+760-23+980.

Del análisis del tramo comprendido entre la progresiva 24+000 a la 27+980 podemos determinar que existen tramos que se encuentran vulnerables ante la presencia de avenidas extraordinarias, ya que la altura de bordo con respecto al eje de la subrasante del río, está por debajo de su tirante de diseño que es de 2.00 m. Dicha situación se produce en una longitud total aproximada de 6 620 m, correspondientes a 3640 m en la margen izquierda y 2980 m correspondiente a la margen derecha.

Del análisis del tramo comprendido entre la progresiva 28+000 a la 31+980 podemos determinar que existen tramos que se encuentran vulnerables ante la presencia de avenidas extraordinarias, ya que la altura de bordo con respecto al eje de la subrasante del río, está por debajo de su tirante de diseño que es de 2.00 m. Dicha situación se produce en una longitud total aproximada de 3200 m, correspondientes a 2060 m en la margen izquierda y 1140 m correspondiente a la margen derecha.

Del análisis del tramo comprendido entre la progresiva 32+000 a la 34+868 podemos determinar que existen tramos que se encuentran vulnerables ante la presencia de avenidas extraordinarias, ya que la altura de bordo con respecto al eje de la subrasante del río, está por debajo de su tirante de diseño que es de 2.00 m. Dicha situación se produce en una longitud total aproximada de 3120 m, correspondientes a 2180 m en la margen izquierda y 940 m correspondiente a la margen derecha.

7.55. Ahora bien, tenemos que el primer comité de recepción designado por la Entidad, suscribió el 7 de marzo de 2018, el Acta de Recepción de la Actividad, donde acuerdan que no es posible realizar la recepción del servicio debido a las siguientes razones:

- a) Es necesario explicar que el día 06.03.2018 se solicita a la empresa contratista y supervisora que alcance la documentación técnica requerida para realizar el acto de recepción de la actividad, como es, los planos post construcción y la memoria descriptiva de la Ficha Técnica Definitiva, pero manifestaron que no lo habían traído al lugar de la actividad, aduciendo la misma referencia el día 07.03.2018.
- b) Se constata que no se representa in situ la monumentación de BMs en el tramo intervenido conforme se especifica en los términos de referencia.
- c) Se constata la no existencia de progresivas numéricas en todo el intervenido.
- d) Se constata que existen tramos en tangente y en curvas donde el alineamiento no mantiene un trazo adecuado.
- e) Se constata que en tramos donde se tiene proyectado la colocación de material de préstamo en el talud de cara húmeda, no mantiene un espesor específico.
- f) Por lo manifestado en los ítems precedentes, se puntualiza que la participación de la empresa supervisora no ha tenido la diligencia para cautelar los intereses del Estado, en su calidad de representante de la Entidad.

Por todo ello, decidieron otorgarle al contratista un plazo de diez (10) días para subsanar las observaciones.

- 7.56. En vista de lo anterior, la Entidad conformó un segundo comité de recepción (mediante Resolución N° 229-2018-MINAGRI-PSI de 6 de julio de 2018). En virtud de ello, el 23 de julio de 2018, el nuevo comité efectuó una inspección de los trabajos ejecutados, concluyendo con la suspensión del acto de recepción, por cuanto el Contratista no había llevado los documentos técnicos para realizar dicha actividad, suscribiendo el Acta de Suspensión en la Recepción de la Actividad y precisando:

“(...) no es posible realizar la recepción de la actividad, por lo tanto, es razonable que el presidente del comité eleve el informe respectivo a la Entidad y ésta a la vez comuniquen a las empresas contratista y supervisora de lo acontecido durante el acto de recepción de la actividad”.

- 7.57. Posteriormente, el presidente del comité de recepción, el Ing. Cristian Reque Abad, emitiría el Informe N° 0031-2018-MINAGRI-PSI-OGZ-CH de 23 de julio de 2018, el cual dirige al Director Ejecutivo quien es el Titular de la Entidad, indicándole que se ha firmado el Acta de Suspensión en la Recepción de la Actividad Río La Leche Tramo I.
- 7.58. Mediante el Informe N° 002-COMITÉ-MINAGRI-PSI-OGZ-CH de fecha 13 de marzo de 2018, el presidente del comité de recepción y entonces jefe de la oficina de gestión zonal de Chiclayo – PSI, el ingeniero Marco Polo Lucero Bernilla, informa al Director Ejecutivo, (Titular de la Entidad), que el proceso de recepción no se llevó a cabo.
- 7.59. Por último, mediante resolución Directoral N° 269-2018-MINAGRI-PSI-OGZ-CH de 23 de julio de 2018, la Entidad designa como Asesor en Gestión Administrativa de la dirección Ejecutiva al Ing. José Wilberth Oblitas Chicoma; al mismo tiempo, mediante memorando N° 072-2018-MINAGRI-PSI de 31 de julio de 2018, el PSI le encarga la jefatura de la oficina de Gestión Zonal Chiclayo, a partir del 1 de agosto de 2018.
- 7.60. El 14 de agosto de 2018, el Ing. José Wilberth Oblitas Chicoma, jefe zonal de la Oficina de Gestión Zonal Chilayo, y a la vez en condición de presidente del comité de recepción, emite el informe N° 0036-2018-MINAGRI-PSI-OGZ-CH dirigido al

ingeniero Leónidas Huber Valdivia Pinto, Director Ejecutivo del Programa Subsectorial de Irrigaciones – PSI, en el cual concluye lo siguiente:

“(…)

- *No se ha podido cuantificar los volúmenes de las partidas ejecutadas en obra y contempladas en la Ficha Técnica Definitiva y Descolmatación del Cauce del Río La Leche, Tramo I.*
- *A la fecha debe firmarse el Acta de No Recepción de dichos trabajos.*
- *Por lo tanto, se comunica la No Conformidad del servicio a la Dirección de Infraestructura de Riego para que tome las acciones pertinentes según la Ley de Contrataciones del estado y su Reglamento.*

(…)”

7.61. El 24 de agosto del 2018, el ingeniero José Wilberth Oblitas Chicoma, jefe zonal de la oficina de gestión zonal Chiclayo – PSI, en su condición de presidente del comité de recepción, emite el informe N° 0040-2018-MINAGRI-PSI-OGZ-CH dirigido al ingeniero Leónidas Huber Valdivia Pinto, Director Ejecutivo del Programa Subsectorial de irrigaciones – PSI, en donde precisa que:

- *No habiéndose concluido con las metas establecidas en el contrato N° 149-2017-MINAGRI-PSI, por el servicio de Elaboración de Ficha Técnica Definitiva y Descolmatación del Cauce del Río La Leche, tramo I, se debe firmar el acta de No Recepción de la Actividad por lo expuesto en los antecedentes del presente informe.*
- *Se comunique a Dirección de Infraestructura de Riego para que tome las acciones pertinentes establecidas en la Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento.*

7.62. Mediante Informe N° 0049-2018-MINAGRI-PSI-OGZ-CH de 24 de septiembre de 2018, el ingeniero José Wilberth Chicoma, jefe de la oficina zonal de gestión zonal de Chiclayo – PSI y en condición de presidente del comité de recepción, emitió el siguiente pronunciamiento:

“(…)”

Con fecha 19 de setiembre del presente después de deliberar con el ing. Delmi Gomez sobre los actuados, se decide firmar el Acta de Recepción de la mencionada actividad en la misma que se observa:

a. Se precisa que en cuando al control volumétrico de las partidas ejecutadas es responsabilidad de la Empresa Supervisora de la Actividad en su calidad de representante de la Entidad; la cuantificación, verificación y aprobación de los metrados ejecutados es responsabilidad de la Dirección de Infraestructura de Riego-DIR, cualquier regularización de los mismos deberá efectuarse en la liquidación del servicio.

b. El Comité de Recepción no está facultado para aprobar cualquier tipo de modificación efectuada durante el proceso constructivo y que la presente Acta no convalida acciones irregulares ni vicios ocultos que el contratista tenga pendientes o por cumplir y que no se hizo de conocimiento oficial al Comité de Recepción.

La conformidad del Servicio será otorgada por la Dirección de Infraestructura de Riego-DIR, Sede Central de acuerdo a lo establecido en la Reunión con los funcionarios citados en la reunión del 18 y 19 de setiembre del presente, de acuerdo a lo establecido en los Términos de Referencia firmados para la ejecución de este servicio y de la cláusula décima del contrato N° 149-2017-MINAGRI-PSI, celebrado entre la Entidad y el Contratista.

(...)"

- 7.63. Por lo antes expuesto, este Tribunal Arbitral considera que queda verificada la existencia de un incumplimiento⁵, el mismo será utilizado para desarrollar el siguiente argumento.
- 7.64. Ahora bien, la normativa estipula una variedad de opciones para resolver el contrato, pero el juzgador solo responde ante los argumentos que esgrimen las partes. En el caso particular, la Entidad ha resuelto el Contrato por las siguientes razones: a) acumulación de máxima penalidad por mora y b) acumulación de la máxima penalidad por concepto de otras penalidades.

⁵ Si bien aquí se podría configurar la causal de resolución del contrato "cuando la situación de incumplimiento no pueda ser revertida", no es lo que la Entidad ha invocado para resolver el contrato.

- 7.65. En consecuencia, este Tribunal Arbitral se ceñirá a lo expuesto por la Entidad para sustentar la resolución del contrato, comenzando por analizar si se verificó el supuesto de la acumulación máxima de penalidad por **mora**.
- 7.66. No abordaremos un análisis de “otras penalidades” porque NO ha sido defendido por las partes, ni como argumentos de defensa escrita u oral (que ameriten insertarse en este análisis – máxime cuando se han abordado en otro proceso arbitral según lo han señalado las partes) ni como pruebas ofrecidas que no hayan sido invocadas mas bien para la mora.

Sobre la máxima penalidad por mora

- 7.67. Por lo tanto, pasaremos a analizar si se cumplió el supuesto del máximo de penalidad por mora como sostiene la Entidad a través del Informe N° 014-2019/WEHH.

Segundo: Aplicación de penalidad en “Mora”, al valor máximo 10%.

Primero: Aplicar la penalidad por mora cuyo valor diario es según lo siguiente:

- Elaboración de Ficha Técnica Definitiva : SI.
252,482.48
- Descolmatación del Cauce del Río La Leche Tramo I : SI.
21'040,206.73



Cláusula décimo tercera: penalidades:
 Penalidad por mora en forma diaria
 Fórmula: $(0.1 * \text{Monto} / (F * \text{Plazo en días}))$
 Monto: Monto de la Ejecución 21'040,206.73 soles
 F= 0.4, para plazos menores o iguales a 60 días
 Plazo en días: 23 días para la ejecución del servicio.

Cuadro N° 20, Penalidad por Mora (Cuadro referencial)

FORMULA POR MORA	228,697.90
MONTO	21,040,206.73
F	0.40
PLAZO EN DIAS	23.00
Numero de días con penalidad	42.00
TOTAL	9,605,311.77

Fuente: Elaboración propia

- 7.68. Asimismo, de acuerdo a la cláusula quinta del Contrato tenemos que:

CLÁUSULA DÉCIMO TERCERA: PENALIDADES

Si **EL CONTRATISTA** incurre en retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, **LA ENTIDAD** le aplicará automáticamente una penalidad por mora por cada día de atraso, de acuerdo a la siguiente fórmula:

$$\text{Penalidad Diaria} = \frac{0.10 \times \text{Monto}}{F \times \text{Plazo en días}}$$

Dónde:

F = 0.25 para plazos mayores a sesenta (60) días o;
0.40 para plazos menores o iguales a sesenta (60) días.

Esta penalidad también se aplicará en caso de retraso de las "Actividades" que correspondan a los "Trabajos Preliminares".

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

Se considera justificado el retraso, cuando **EL CONTRATISTA** acredite, de modo objetivamente sustentado, que el mayor tiempo transcurrido no le resulta imputable. Esta calificación del retraso como justificado no da lugar al pago de gastos generales de ningún tipo, conforme el artículo 133° del Reglamento.

- 7.69. Por su parte, en el Anexo de Definiciones del RLCE tenemos que la mora está definida como:

"El retraso parcial o total, continuado y acumulativo en el cumplimiento de prestaciones consistentes en la entrega de bienes, servicios en general, consultorías o ejecución de obras sujetos a cronograma y calendarios contenidos en las Bases y/o contratos".

- 7.70. Además, el OSCE comentó en su Opinión N° 209-2016/DTN:

"(...) las penalidades que la Entidad puede aplicar al contratista son la "penalidad por mora en la ejecución de la prestación" y las "otras penalidades", reguladas en los artículos 133 y 134 del Reglamento, respectivamente.

Así, la penalidad por mora se aplica automáticamente por cada día de retraso injustificado en el cumplimiento de las prestaciones a cargo del contratista;

mientras que las otras penalidades⁶ se aplican cuando la Entidad verifica los supuestos contemplados en los documentos del procedimiento de selección - distintos al retraso o mora-, y siempre que dichas penalidades previstas sean objetivas, razonables, congruentes y proporcionales con el objeto de la contratación”. (el subrayado es nuestro)

- 7.71. Ahora bien, como bien se ha expresado en los considerandos anteriores, de acuerdo con la Ley N° 30556, es pertinente valorar los medios probatorios ofrecidos por las partes y ya analizados en los considerandos precedentes. Además, se ha observado que la penalidad por mora –a diferencia de la penalidad por concepto de otras penalidades – no sigue una formalidad establecida, sino que se “aplica automáticamente por cada día de retraso injustificado en el cumplimiento de las prestaciones a cargo del contratista”.
- 7.72. En ese sentido, apreciamos que en el Informe de Control Concurrente N° 1395-2018-CG/GRLA (el último informe de los que fueron usados como sustento por la Entidad), se desarrolla el concepto de penalidad por mora de acuerdo con el siguiente detalle:

Penalidad por mora

Asimismo, mediante oficio n.° 00608-2018-CG/CORECH de 2 de mayo de 2018, la Contraloría Regional Chiclayo, en la misma fecha, remitió al Titular de la Entidad el Informe de Control Concurrente n.° 316-2018-CG/CORECH-CC, el cual contiene el resultado del control concurrente realizado a la ejecución del contrato n.° 149-2017-MINAGRI-PSI, donde se identificaron situaciones adversas, una de las cuales hace referencia a que el contratista seguía ejecutando trabajos después de vencido el plazo contractual, el 18 de enero de 2018.

Como ya se ha señalado, posteriormente al 18 de enero de 2018, la comisión de control concurrente realizó diferentes visitas a campo, con la finalidad de verificar el cumplimiento total de las partidas contratadas; encontrándose en todas ellas, que el contratista continuaba efectuando diversos trabajos, tales como:

⁶ Cabe señalar que, en el caso de obras, dentro de las “*otras penalidades*” que se establezcan en los documentos del procedimiento, deben incluirse las previstas en el capítulo VII del título VI del Reglamento, tales como: la penalidad que se aplica cuando culminada la relación contractual entre el contratista y el personal ofertado, la Entidad no haya aprobado la sustitución del personal por no cumplir con las experiencias y calificaciones del profesional a ser remplazo (artículo 162 del Reglamento); o, la penalidad que se aplica cuando el contratista o su personal, no permite el acceso al cuaderno de obra al inspector o supervisor, impidiéndole anotar las ocurrencias (artículo 163 del Reglamento).

a) Acta de visita de campo n.º 8 de 19 de enero de 2018 (Anexo n.º 13)

Se dejó constancia que el contratista se encontraba realizando labores de conformación de bordos y descolmatación con 1(un) tractor D8 y 2 (dos) excavadoras entre las progresivas 0+000 y 35+000; se evidenció también que los trabajos de conformación de bordos y diques con material de préstamo no se habían culminado.

b) Acta de visita de campo n.º 9 de 23 de enero de 2018 (Anexo n.º 14)

Se dejó constancia que el contratista se encontraba realizando labores de conformación de bordos en la margen izquierda del río la Leche Tramo I, con 1 excavadora, en la progresiva 30+000.

c) Acta de visita de campo n.º 10 de 1 de marzo de 2018 (Anexo n.º 15)

Se dejó constancia que el contratista continuaba con la ejecución de los trabajos de la conformación de diques con material de préstamo; asimismo, se verificó la existencia de 1(una) excavadora y 1(un) cargador frontal.

d) Acta n.º 011-2018-CG/CORECH-CCRC-RÍO LA LECHE TRAMO I de 14 de mayo 2018 (Anexo n.º 16)

Esta comisión realizó visita en campo, donde se verificó que en la progresiva 00+000 margen izquierda no existe la ejecución de bordos; y, en la continuación del tramo, los bordos no se ejecutaron conforme a las especificaciones técnicas contenidas en los planos.

e) Acta n.º 013-2018-CG/CORECH-CCRC-RÍO LA LECHE TRAMO I de 28 de mayo de 2018 (Anexo n.º 17)

En la progresiva 00+000, margen izquierda, se constató la ejecución de bordos, a diferencia de la visita detallada en el literal anterior (Acta n.º 011-2018-CG/CORECH-CCRC-RÍO LA LECHE TRAMO I de 14 de mayo 2018) y en el Informe de Control Concurrente n.º 316-2018-CG/CORECH-CC de 2 de mayo del 2018; como se precisó, dicha ejecución se llevó a cabo fuera del plazo de ejecución del servicio.

7.73. Luego de lo cual el mismo informe viene a concluir lo siguiente:

De la aplicación de la penalidad por retraso injustificado

Ante el retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones, la cláusula décimo tercera del contrato establece que la entidad aplicará automáticamente una penalidad por mora, por cada día de atraso, de acuerdo a la siguiente fórmula:

$$\text{Penalidad diaria} = \frac{0.10 \times \text{Monto}}{F \times \text{Plazo en días}}$$

Donde F tiene el valor de 0.40 para plazos menores o iguales a sesenta (60) días y M es el monto contractual, equivalente a S/ 21 292 689,21. Reemplazando estos valores en la fórmula se obtiene:

$$\text{Penalidad diaria} = \frac{0.10 \times 21\,292\,689.21}{0.40 \times 30}$$

$$\text{Penalidad diaria} = \text{S/ } 175\,335.06$$

De acuerdo a las actas de visita de campo, suscritas por la comisión de control concurrente y el jefe de la oficina de gestión del PSI Chiclayo, se determina, que después de 42 días de culminado el plazo contractual(18 de enero de 2018) el contratista seguía realizando labores de conformación de diques con material de préstamo, hasta el 1 de marzo de 2018.

$$\begin{aligned} \text{Penalidad diaria} &= \text{S/ } 175\,335.06 \times 42 \text{ días} \\ \text{Total Penalidad} &= \text{S/ } 7\,364\,072.52 \\ \text{Penalidad máxima: } &10\% \text{ del monto contractual} \\ \text{Total Penalidad} &= \text{S/ } 2\,129\,268.92 \end{aligned}$$

De las verificaciones en campo, se determina que se permitió que el contratista siga realizando labores fuera del plazo contractual, el cual venció el 18 de enero de 2018; es así que, mediante actas se ha ido documentando la permisividad de la Entidad, respecto al accionar del contratista; en consecuencia, se concluye que después del 18 de enero del 2018 el Contratista estuvo realizando labores de trabajos de conformación de diques con material de préstamo, para lo cual contaba con 1 (una) excavadora y un cargador frontal, lo cual se plasmó en acta suscrita por el Jefe de la Comisión de Control Concurrente y el Director Zonal del PSI-Chiclayo el 1 de marzo de 2018; por lo que, se determina que después de 42 días de culminado el plazo contractual se seguían realizando trabajos en el servicio de descolmatación. Al realizar el respectivo cálculo de penalidad, se determina que sobrepasa el 10% del monto contractual, lo cual fue advertido el 2 de mayo de 2018, cuando se remitió al Titular de la Entidad el Informe de Control Concurrente n.° 316-2018-CG/CORECH-CC.

Por lo que, se concluye que la supervisión elaboró informe final de valorización, sin objetar trabajos no ejecutados, trabajos cuantificados no ejecutados y trabajos cuantificados sin sustento técnico.

- 7.74. Por todo lo antes expuesto, este Colegiado considera que el Contratista no habría cumplido con realizar el servicio de descolmatación de río, dentro del plazo establecido en el Contrato, por lo que se habría verificado la concreción del supuesto de máxima penalidad por mora; y, por lo tanto, la resolución del Contrato llevada a cabo por la Entidad sería procedente.

7.75. Dicho esto, y siendo que a criterio de este Tribunal el Contratista **no ha rebatido el fondo** de lo que la Entidad ha demostrado como incumplimiento, corresponde al Tribunal Arbitral declarar INFUNDADA la Primera Pretensión Principal de la parte demandante, declarando la validez de la resolución del Contrato.

SEGUNDA CUESTIÓN CONTROVERTIDA: DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO QUE ESTE TRIBUNAL ARBITRAL DECLARE CONSENTIDA LA LIQUIDACIÓN TÉCNICA FINANCIERA DEL CONTRATO REMITIDA CON CARTA N° 082-2018- A.C.G.D.R.L. Y POR SU EFECTO SE ORDENE A LA ENTIDAD PROCEDA A PAGAR AL CONTRATISTA LA SUMA DE S/.2'503,634.25 SOLES POR CONCEPTO DE PENALIDAD.

7.76. Con respecto a la Segunda Cuestión Controvertida, este Tribunal Arbitral considera que es necesario primero recordar que la base legal del presente Contrato no está exclusivamente circunscrita a la normativa en contrataciones con el Estado sino también a la Ley N° 30556, un marco normativo especial que busca dar celeridad a ciertas contrataciones en el contexto de la reconstrucción con cambios y de posibles desastres naturales.

7.77. Además, como ya se ha analizado en el presente caso, son de aplicación los lineamientos aprobados por la Resolución N° 374-2017-MINAGRI; en particular, los “Lineamientos para la ejecución de actividades de necesidad inmediata formulados por la Autoridad Nacional del Agua”.

7.78. En ese sentido, tenemos que el objeto de este contrato es uno de servicios, con normativa especial aplicable, en lo cual, la liquidación físico financiera es una que se requiere para declarar el cierre de las actividades. En efecto, en el artículo 6 de los lineamientos antes mencionados se señala:

6.- DE LA SUPERVISIÓN, LIQUIDACIÓN Y CIERRE DE LAS ACTIVIDADES

La supervisión será realizada por una persona natural o jurídica, y en su ausencia las Unidades Ejecutoras podrán designar un Inspector; en ambos casos, se deberá garantizar el desarrollo de actividades de supervisión durante todo el periodo de ejecución de las Actividades.

Las Unidades Ejecutoras deberán de conformar el Comité de Recepción de la Actividad, la misma que deberá ser participe la parte beneficiaria.

La contratista presentará la liquidación del contrato de la actividad luego de haber recibido la conformidad de la última prestación, por parte de las Unidades Ejecutoras, quienes aprobarán mediante el acto resolutivo correspondiente la liquidación físico financiero de la Actividad.

- 7.79. En efecto, no debe quedar duda que el presente caso se trata de un servicio, que normalmente habría culminado con la conformidad y pago efectivo de la última prestación; pero que, por la normativa especial aplicable al caso, obliga a las partes a entender como cierre de actividades y culminación, al acto de aprobación (y correspondiente pago claro esta) de la liquidación físico financiera de la actividad, de acuerdo al Anexo de definiciones del RLCE, la liquidación del contrato es el:

Cálculo técnico efectuado, bajo las condiciones normativas y contractuales aplicables al contrato, que tiene como finalidad determinar el costo total del contrato y su saldo económico.

- 7.80. Por su parte, el OSCE ha manifestado en la Opinión N° 089-2012/DTN:

La liquidación final del contrato de obra podría definirse⁷ como un proceso de cálculo técnico, bajo las condiciones normativas y contractuales aplicables al contrato, que tenía por finalidad determinar, principalmente, el costo total de la obra y el saldo económico que podía ser a favor o en contra del contratista o de la Entidad.

- 7.81. Ahora bien, la obligación legal de presentar la liquidación en el presente caso surge del tercer párrafo del artículo 6 de los “Lineamientos para la ejecución de actividades de necesidad inmediata formulados por la autoridad Nacional del Agua”, aprobados

⁷ SALINAS SEMINARIO, Miguel. Costos, Presupuestos, Valorizaciones y Liquidaciones de Obra, Lima: Instituto de la Construcción y Gerencia (ICG), 2003, 2° edición, pág. 44.

por Resolución Ministerial N° 374-2017-MINAGRI, en el marco de la Ley N° 30556, párrafo que reproducimos a continuación:

La contratista presentará la liquidación del contrato de la actividad luego de haber recibido la conformidad de la última prestación, por parte de las Unidades Ejecutoras, quienes aprobarán mediante el acto resolutorio correspondiente la liquidación físico financiero de la Actividad.

- 7.82. En ese sentido, la legislación aplicable, ha establecido ciertas particularidades que debemos tener claras para hablar de una liquidación en el caso concreto. En particular, se ha establecido que la última obligación del contratista será la de “presentar la liquidación del contrato de la actividad luego de haber recibido la conformidad de la última prestación, por parte de las Unidades Ejecutoras, quienes aprobarán mediante el acto resolutorio correspondiente la liquidación físico-financiera de la actividad”.
- 7.83. De lo expuesto, y tal como se ha indicado anteriormente, este Tribunal Arbitral no tiene la menor duda de que dicha liquidación NO resulta en modo alguno, una equiparable a la Liquidación de un contrato de obra (Art. 180 del Reglamento), donde cada parte tiene un plazo para practicarla y que culminado el plazo expreso en la norma, la misma se encuentre consentida; sino que se trata de una liquidación donde las partes deben desarrollar y sustentar (de un modo similar claro esta) los pagos, avances, penalidades, sumas y restas - y demás conceptos que consideren aplicables para dicho documento – con el cual ambas esten de acuerdo para determinar un saldo a favor o en contra que deba ser pagado (o deba tenerse por conciliado), luego de lo cual se entendería sin controversia la liquidación (y culminado el contrato).
- 7.84. Es decir, que el pago final para este contrato de servicios, típico de la Ley de Contrataciones, aunque especial para el caso del objeto de esta materia (la contratada bajo el ambito de la reconstrucción con cambios), debe entenderse (según este colegiado) como el pago de dicha liquidación.
- 7.85. En este punto, se puede apreciar que existe una relación directa entre la Primera Cuestión Controvertida y la presente, toda vez que para declarar consentida la liquidación técnico financiera del Contrato y así darlo por culminado, el contrato debería encontrarse aún vigente. En la medida de que la resolución del contrato ha

quedado consentida, surge la interrogante de si se puede declarar consentida la liquidación luego de la resolución.

- 7.86. Según el civilista Rómulo Morales Hervias⁸, la resolución del contrato tiene un efecto liberatorio para las partes:

“La resolución de contrato “extingue las obligaciones no cumplidas”. El efecto liberatorio es el efecto característico como lo prevén los proyectos de armonización en materia de contratos.

Así lo indica el numeral 1 del artículo 7.3.5 de los Principios de Unidroit: “La resolución del contrato releva a ambas partes de la obligación de efectuar y recibir prestaciones futuras”. Del mismo modo lo señala el numeral 1 del artículo 9: 305 del Proyecto Lando: “La resolución del contrato libera a ambas partes de la obligación de cumplir y de recibir futuras prestaciones, pero (...), no afecta a los derechos y obligaciones que se hubieran generado hasta el momento de la resolución”.

Por otro lado, el numeral 1 del artículo 81 de la Convención de Viena sigue la tendencia de los proyectos de armonización en materia de contratos: “La resolución del contrato liberará a las dos partes de sus obligaciones (...).”

- 7.87. Por su parte, el maestro Manuel de la Puente y Lavallo⁹ comenta:

“El principal efecto de la resolución entre las dos partes, al declararse la ineficacia de la relación jurídica obligacional que las une, es liberar a ambas de la ejecución de sus recíprocas prestaciones”.

- 7.88. Mientras tanto, el profesor Luciano Barchi¹⁰ nos dice que:

“La resolución es un remedio a favor del interés particular de la parte que se ve afectada por el incumplimiento de la contraparte y su interés

⁸ MORALES HERVIAS, Rómulo. *En Aspectos jurídicos de la contratación estatal / Juan Carlos Morón Urbina, Zita Aguilera B., et al. 1era ed., 3ra reimpresión. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 2019 (Lima: Tarea Asociación Gráfica Educativa).*

⁹ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El Contrato en General. Comentarios a la sección Primera del Libro VII del Código Civil. Tomo II. Tercera Edición (2017), Palestra Editores, Lima. p. 115.*

¹⁰ BARCHI VELAOCHAGA, Luciano en *Teoría General del Contrato: Homenaje al profesor doctor Ricardo L. Lorenzetti: coordinado por Carlos A. Soto Coaguila. Primera edición, Buenos Aires, 2012. p. 1342.*

particular es el de verse liberado del vínculo contractual y, especialmente, de las obligaciones asumidas”.

- 7.89. Por lo tanto, habiéndose declarado la validez de la resolución del contrato, con el presente laudo, cabría preguntarse si resulta adecuado a derecho pronunciarse sobre un **consentimiento** de la liquidación del contrato – puesto que se habría dado lugar a un nuevo supuesto que no ha sido regulado en la normativa de servicios pero que corresponde a las partes determinar de que modo le dan solución.
- 7.90. Sin embargo, y aunque dicho ejercicio resulte uno muy interesante, este Tribunal considera pertinente remitirse al **texto expreso de la PRETENSIÓN** que indica a la letra: **DECLARAR CONSENTIDA LA LIQUIDACIÓN**, y que por su efecto (del consentimiento) se proceda al pago; e indicar que la norma aplicable no regula consentimiento alguno.
- 7.91. Esto se colige de modo sencillo con los argumentos desarrollados para la primera pretensión, y los precedentes, cuando se ha determinado que (evidentemente) este es un contrato de servicios (distinto al de una consultoría) y no pueden aplicarse por analogía normas que califiquen supuestos de hecho no regulados para esta figura (la de servicios en general).
- 7.92. No estamos pues ante una liquidación de obra, y no ha transcurrido **un plazo** en contra, pues el Contratista tampoco ha indicado qué plazo sería ese. La norma 30556 de la reconstrucción con cambios no regula dicho consentimiento, ni tampoco el contrato establece que transcurrido cierto plazo de presentada la liquidación contenida en el numeral 6 de la Resolución Ministerial N° 0374 opera el consentimiento.
- 7.93. Simplemente esta liquidación NO posee un plazo señalado en la norma para declarar el consentimiento de la misma, y por tanto no puede declararse consentida la liquidación en los términos solicitados por el demandante.
- 7.94. En base a lo anteriormente mencionado, correspondería al Tribunal Arbitral declarar INFUNDADA la Segunda Pretensión Principal de la demanda presentada por el Contratista.

TERCERA CUESTIÓN CONTROVERTIDA: DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO QUE ESTE TRIBUNAL ARBITRAL ORDENE A LA ENTIDAD CUMPLA CON DEVOLVER LA CARTA FIANZA DE FIEL CUMPLIMIENTO AL CONTRATISTA.

- 7.95. Con relación a la Tercera Cuestión Controvertida, respecto a la solicitud del demandante sobre la devolución de la Garantía de Fiel Cumplimiento por parte del demandado, este Tribunal considera necesario desarrollar algunas cuestiones previas en torno a la figura de la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento.
- 7.96. Respecto a la naturaleza jurídica de la Garantía de Fiel Cumplimiento, el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado hace mención a la doble función de las garantías¹¹, señalando en su Opinión N° 001-2019/DTN lo siguiente:

“Estas garantías cumplen una doble función: compulsiva y resarcitoria. Es compulsiva, pues lo que pretenden es compeler u obligar al contratista a cumplir con todas sus obligaciones contractuales, bajo apercibimiento de ser ejecutadas por la Entidad. Asimismo, es resarcitoria, pues lo que se pretende con su ejecución es indemnizar a la Entidad por los eventuales daños que haya sufrido debido al incumplimiento del contratista”.

- 7.97. En ese sentido, la característica resarcitoria de las garantías guarda relación con la ejecución de las mismas, en donde, para este caso arbitral, al existir una resolución contractual, se deberá hacer mención de lo establecido por el inciso 2) del Artículo 131° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado aprobado mediante Decreto Supremo N° 350-2015-EF, el cual desprende lo siguiente:

“Artículo 131.- Ejecución de garantías

Las garantías se ejecutan en los siguientes supuestos:

(...)

2. La garantía de fiel cumplimiento se ejecuta, en su totalidad, cuando la resolución por la cual la Entidad resuelve el contrato por causa imputable al contratista haya quedado consentida o cuando por laudo arbitral se declare procedente la decisión de resolver el contrato. En estos supuestos, el

¹¹ SEMINARIO ZAVALA, Patricia (2019). Opinión N° 001-2019/DTN. Dirección Técnico Normativa del OSCE.

*monto de la garantía corresponde íntegramente a la Entidad, independientemente de la cuantificación del daño efectivamente irrogado.
(...)”*

- 7.98. Por su parte, respecto al periodo de vigencia de las garantías, tenemos que el RLCE ha establecido sobre el mismo que:

Artículo 126.- Garantía de fiel cumplimiento

126.1. (...) Esta debe mantenerse vigente hasta la conformidad de la recepción de la prestación a cargo del contratista, en el caso de bienes, servicios en general y consultorías en general, o hasta el consentimiento de la liquidación final, en el caso de ejecución y consultoría de obras.

126.2. En caso se haya practicado la liquidación final y se determine un saldo a favor del contratista y este someta a controversia la cuantía de ese saldo a favor, la Entidad debe devolverle la garantía de fiel cumplimiento.

(...)”. (el subrayado es nuestro)

- 7.99. Mientras tanto, el Contrato establece que el periodo de vigencia de la garantía durará hasta el consentimiento de la liquidación final, tal como aparece en la Cláusula Séptima:

CLÁUSULA SÉPTIMA: GARANTÍAS

EL CONTRATISTA entregó al perfeccionamiento del contrato la respectiva garantía incondicional, solidaria, irrevocable, y de realización automática en el país a sólo requerimiento, a favor de LA ENTIDAD, por el concepto, importe y vigencia siguientes:

De fiel cumplimiento del contrato, por el monto de: **S/ 2'129,268.93 (Dos Millones Ciento Veintinueve Mil Doscientos Sesenta y Ocho con 93/100 Soles)**, a través de la **Carta Fianza N° 3002017004938**, emitida por AVLA Perú, monto que es equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato original, con una **vigencia hasta el día 04 de febrero de 2018**. Esta garantía ha sido emitida por una empresa bajo el ámbito de supervisión de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones. Dicha garantía deberá mantenerse vigente hasta el consentimiento de la liquidación final.

- 7.100. De lo antes mencionado, se puede concluir que la carta fianza de fiel cumplimiento tiene como función compeler al contratista a ejecutar sus obligaciones y por eso su vigencia y su ejecución estarán vinculadas al cumplimiento del contrato. Asimismo, tanto en el artículo 126 del RLCE como en la cláusula séptima del Contrato, se ha

establecido expresamente que la “garantía debe mantenerse vigente hasta el consentimiento de la liquidación final”.

- 7.101. Ahora bien, en este punto observamos que hay una relación directa entre la Tercera Cuestión Controvertida y la Segunda Cuestión Controvertida, pues para ordenar la devolución de la carta fianza de fiel cumplimiento se tiene que verificar que la liquidación final haya quedado consentida, consentimiento que se ha declarado infundado en el análisis de la cuestión controvertida anterior.
- 7.102. En razón de ello y dado que no se ha verificado el supuesto requerido para proceder con la devolución de la carta fianza de fiel cumplimiento, corresponde al Tribunal Arbitral declarar INFUNDADA la Tercera Pretensión Principal de la demanda presentada por el Contratista.

CUARTA CUESTIÓN CONTROVERTIDA: DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO QUE ESTE TRIBUNAL ARBITRAL ORDENE A LA ENTIDAD ASUMA LOS GASTOS DE RENOVACIÓN DE LA CARTA FIANZA DE FIEL CUMPLIMIENTO.

- 7.103. A efectos de desarrollar este cuarto pedido, el Tribunal Arbitral considera pertinente mencionar las razones por las cuales el Contratista solicita que se condene a la Entidad al pago de gastos financieros incurridos por mantener vigente las garantías objeto del Contrato.
- 7.104. El Contratista alega que, toda vez que en el presente caso hay una conformidad del servicio y el contrato se encuentra concluido, corresponde que el Tribunal Arbitral ordene a la Entidad la devolución de la carta fianza otorgada en garantía de fiel cumplimiento del contrato.
- 7.105. Además, sostienen que, teniendo en cuenta que los gastos de renovación de la carta fianza se deben a que la Entidad no la devolvió después de que el contrato quedó concluido, correspondería a la Entidad asumir el costo de la renovación de las cartas fianza.
- 7.106. Por su parte, el Contratista ha presentado como medios probatorios una serie de facturas emitidas por AVLA PERÚ COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. que adjuntó en su

último escrito, que presentó el 22 de febrero de 2021, en las que se puede leer como observación “PRIMA DE RENOVACIÓN Y GASTOS DE ENVÍO N° 3002017004938”.

7.107. Ahora bien, tenemos que el RLCE mantiene en el inciso 1 de su artículo 126:

“Como requisito indispensable para perfeccionar el contrato, el postor ganador debe entregar a la Entidad la garantía de fiel cumplimiento del mismo por una suma equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato original. Esta debe mantenerse vigente hasta la conformidad de la recepción de la prestación a cargo del contratista, en el caso de bienes, servicios en general y consultorías en general, o hasta el consentimiento de la liquidación final, en el caso de ejecución y consultoría de obras”.

7.108. Mientras tanto, tenemos que en la cláusula séptima del contrato se estipula lo siguiente:

De fiel cumplimiento del contrato, por el monto de: S/ 2'129,268.93 (Dos Millones Ciento Veintinueve Mil Doscientos Sesenta y Ocho con 93/100 Soles), a través de la Carta Fianza N° 3002017004938, emitida por AVLA Perú, monto que es equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato original, con una vigencia hasta el día 04 de febrero de 2018. Esta garantía ha sido emitida por una empresa bajo el ámbito de supervisión de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones. Dicha garantía deberá mantenerse vigente hasta el consentimiento de la liquidación final.

7.109. Ahora bien, debemos recordar una vez más que el presente contrato se rige -además de la normativa de contrataciones- por la Ley N° 30556, una norma especial que introduce la necesidad de una liquidación final. Siendo que en el artículo 6 se establece:

6.- DE LA SUPERVISIÓN, LIQUIDACIÓN Y CIERRE DE LAS ACTIVIDADES

La supervisión será realizada por una persona natural o jurídica, y en su ausencia las Unidades Ejecutoras podrán designar un Inspector; en ambos casos, se deberá garantizar el desarrollo de actividades de supervisión durante todo el periodo de ejecución de las Actividades.

Las Unidades Ejecutoras deberán de conformar el Comité de Recepción de la Actividad, la misma que deberá ser participe la parte beneficiaria.

La contratista presentará la liquidación del contrato de la actividad luego de haber recibido la conformidad de la última prestación, por parte de las Unidades Ejecutoras, quienes aprobarán mediante el acto resolutivo correspondiente la liquidación físico financiero de la Actividad.

- 7.110. Es un principio general del Derecho que la norma especial prime sobre la norma general, por lo tanto, ella tendrá a primar sobre aquella en este caso concreto. Al respecto, el Dr. Aníbal Torres¹² nos dice lo siguiente:

“Las normas generales, llamadas también de Derecho común, contienen reglas generales que abrazan una categoría muy amplia de relaciones que comprenden a todos los individuos o a un sector amplio de la población (por ejemplo, el libro de obligaciones del Código Civil) y las especiales contienen una disciplina particular de ciertas personas, bienes o relaciones jurídicas, por lo cual constituye una categoría más restringida ante las primeras (por ejemplo, el transporte aéreo se regula por normas que respecto de las normas del Código Civil son especiales). Una misma norma puede ser general respecto de unas y especial con referencia a otras. V. gr., las normas relativas a las “disposiciones generales de la contratación” son especiales ante las que regulan la “teoría general del acto jurídico” y generales en relación con las que regulan los “contratos nominados”. La norma general solamente rige cuando no existe una norma especial que la contradiga (la norma especial prima sobre la general). Las normas especiales constituyen aplicaciones particulares de las generales”.

- 7.111. En consiguiente y en concordancia con lo dispuesto por la normativa especial, se tiene que es de aplicación lo establecido en la cláusula séptima del contrato (“esta debe mantenerse vigente hasta la conformidad de la recepción de la prestación a

¹² TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Introducción al Derecho: Teoría General del Derecho* (2019). Sexta Edición. Instituto Pacífico, Lima. p. 62

cargo del contratista”), no habiéndose verificado el cumplimiento de dicho supuesto para el presente caso.

- 7.112. Por las razones antes expuestas, este Tribunal Arbitral considera que debe declararse INFUNDADA la solicitud de pago de mayores gastos financieros correspondientes a las cartas fianzas otorgadas en el contrato.

QUINTA CUESTIÓN CONTROVERTIDA: DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO QUE ESTE TRIBUNAL ARBITRAL ORDENE A LA ENTIDAD ASUMIR LA TOTALIDAD DE LAS COSTAS Y COSTOS QUE GENERE EL PRESENTE PROCESO.

- 7.113. El punto controvertido antes citado está relacionado con la asunción de los costos y costas del presente arbitraje. Respecto al cual el Contratista solicita se condene a la Entidad asumir en su integridad los costos y costas del presente proceso arbitral.
- 7.114. 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.
- 7.115. Sobre este particular, es necesario señalar que, de acuerdo con el artículo 70 del Decreto Legislativo N° 1071, que norma el arbitraje (en adelante, Ley de Arbitraje), los costos del arbitraje comprenden:
- a. Los honorarios y gastos del tribunal arbitral.
 - b. Los honorarios y gastos del secretario.
 - c. Los gastos administrativos de la institución arbitral.
 - d. Los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral.
 - e. Los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje.
 - f. Los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales.

- 7.116. Asimismo, de acuerdo con el artículo 73 de la Ley de Arbitraje, a falta de acuerdo de partes para distribuir los costos del arbitraje, éstos deben ser de cargo de la parte vencida; sin embargo, el Tribunal Arbitral tiene la facultad de distribuir y prorratear estos costos entre las partes si estimara que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.
- 7.117. En el presente caso, toda vez que no existe un acuerdo entre las partes respecto a la forma cómo se van a imputar o distribuir los costos y costas del arbitraje, corresponde que el Tribunal Arbitral, atendiendo a las circunstancias, evalúe si dichos costos y costas deben ser asumidos exclusivamente por una de ellas o si deben ser distribuidos entre ambas.
- 7.118. Luego de evaluar las posiciones de las partes, considerando el resultado o sentido de este laudo y, al mismo tiempo, atendiendo a que ambas partes tenían motivos suficientes y atendibles para litigar, en razón de la incertidumbre jurídica que existía entre ellas que, precisamente, motivó el presente arbitraje, tomando en cuenta, además, a efectos de regular el pago de tales conceptos, el buen comportamiento procesal de ambas partes, el Tribunal Arbitral estima razonable que:
- a) Cada una de las partes asuma los honorarios por concepto de defensa legal en los que hubiera incurrido o se hubiera comprometido a pagar; y
 - b) Las partes asuman los honorarios y gastos arbitrales en partes iguales.

Por las razones expuestas, este Tribunal Arbitral en Mayoría resuelve:

PRIMERO: DECLARAR INFUNDADAS a la Primera, Segunda, Tercera y Cuarta Pretensiones Principales.

SEGUNDO: DECLARAR INFUNDADA la Quinta Pretensión Principal y ordenar que cada parte asuma las costas y costos del arbitraje en un porcentaje del 50% cada uno.



Juan Carlos Pinto Escobedo
Presidente



PONTIFICIA **UNIVERSIDAD CATÓLICA** DEL PERÚ

Exp. 2239-201-19

Rita Castro-Prinz Rodríguez
Árbitro

Reiner Absalón Solís Villanueva
Árbitro



LAUDO ARBITRAL

DEMANDANTE: **CONSORCIO CHICAMA-ASCOPE** (en adelante, el CONSORCIO)

DEMANDADO: **PROGRAMA SUBSECTORIAL DE IRRIGACIONES** (en adelante, la ENTIDAD)

TIPO DE ARBITRAJE: Institucional y de Derecho.

TRIBUNAL ARBITRAL: **GONZALO GARCÍA CALDERÓN MOREYRA** (Presidente)
LEONARDO CHANG VALERAS (Árbitro de parte)
VÍCTOR MADRID HORNA (Árbitro de parte)

SECRETARÍA ARBITRAL: **LUPE BANCAYÁN CALDERÓN**
Secretaria Arbitral del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de PUCP.

DECISIÓN No. 10

En la ciudad de Lima, a los 13 días del mes de agosto del año dos mil veintiuno, 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 arbitral, dicta el siguiente laudo para poner fin, por decisión de las partes, a la controversia puesta a conocimiento y juicio de este colegiado.



1. EL CONVENIO ARBITRAL:

Se encuentra contenido en la Cláusula Décimo Octava del Contrato No. 138-2017-MINAGRI-PSI, suscrito entre las partes el 27 de noviembre de 2017.

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 PUCP) y en forma supletoria el Decreto Legislativo No. 1071, decreto legislativo que norma el arbitraje (en adelante, la LEY DE ARBITRAJE).

2. CONSTITUCIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL:

Mediante comunicación de fecha 25 de julio de 2019, el abogado Gonzalo García Calderón Moreyra, remitió su aceptación como presidente del tribunal arbitral, designado por la Corte del Centro de Arbitraje de la PUCP, quedando entonces el tribunal arbitral válidamente constituido.

3. RESUMEN DE LAS PRINCIPALES ACTUACIONES ARBITRALES:

Mediante Decisión No. 1 de fecha 11 de setiembre de 2019, el tribunal arbitral resolvió tener por reconstituido el tribunal arbitral, corriendo traslado al CONSORCIO del escrito presentado por PSI el día 27 de setiembre de 2018, a fin de que en el plazo de tres (3) días se pronuncie al respecto, luego del cual se fijarían las reglas aplicables y se dispondría el plazo para la presentación de la demanda.

Mediante Decisión No. 2 de fecha 20 de setiembre de 2019, el tribunal arbitral dispuso las reglas aplicables para el presente arbitraje, otorgando al CONSORCIO un plazo de diez (10) días hábiles para la presentación de su escrito de demanda. Este mismo plazo se otorgó a la ENTIDAD a fin de que acredite el registro del tribunal arbitral y de la secretaria arbitral en el SEACE.

Mediante Decisión No. 3 de fecha 10 de octubre de 2019, el tribunal arbitral corrió traslado al CONSORCIO del escrito de reconsideración presentado por la ENTIDAD, a fin de que absuelva su traslado. Del mismo modo, se admitió a trámite la demanda presentada por el CONSORCIO, otorgando a esta parte un plazo de 45 días para la presentación de la pericia de parte.



Mediante Decisión No. 4 de fecha 9 de diciembre de 2019, el tribunal arbitral declaró infundada la reconsideración presentada por la ENTIDAD. Asimismo, se resolvió tener por contestada la demanda arbitral presentada por el CONSORCIO y tener por ofrecidos los medios probatorios presentados por la ENTIDAD, con conocimiento de su contraparte.

Mediante Decisión No. 5 de fecha 7 de octubre de 2020, el tribunal arbitral fijó las cuestiones controvertidas del presente caso, admitiéndose los medios probatorios presentados por las partes, otorgando al CONSORCIO el plazo de cuarenta y cinco (45) días hábiles para que presente su pericia, fijándose además el cronograma de audiencias y actuaciones arbitrales.

Mediante Decisión No. 6 de fecha 14 de diciembre de 2020, el tribunal arbitral resolvió tener por ofrecidos los medios probatorios presentados por el CONSORCIO, con conocimiento de la ENTIDAD. De otro lado, se resolvió tener por presentada la pericia de parte, precisando que el plazo de 45 días para absolverla se empezó a computar desde el día siguiente de presentada la misma.

Mediante Decisión No. 7 de fecha 19 de enero de 2021, el tribunal arbitral resolvió tener por admitidos los medios probatorios presentados por el CONSORCIO mediante escrito de fecha 7 de diciembre de 2020, corriendo traslado al CONSORCIO de los nuevos medios probatorios presentados a la ENTIDAD, a fin de que en el plazo de 10 días hábiles manifieste lo pertinente a su derecho.

Mediante Decisión No. 8 de fecha 15 de marzo de 2021, el tribunal arbitral resolvió tener presente lo señalado por el CONSORCIO mediante escrito de fecha 1 de febrero de 2021 y tener por admitidos los medios probatorios presentados por el PSI mediante escrito de fecha 4 de enero de 2021.

Mediante Decisión No. 9 de fecha 24 de junio de 2021, el tribunal arbitral resolvió tener presente lo señalado por ambas partes mediante los escritos presentados el día 15 de junio de 2021, declarando el cierre de las actuaciones arbitrales y fijando el plazo para laudar en cuarenta (40) días hábiles, prorrogables por diez (10) días hábiles adicionales.



4. SOBRE LOS GASTOS ARBITRALES:

Mediante Comunicación de Secretaría Arbitral de fecha 19 de noviembre de 2019, se efectuó la liquidación de los gastos arbitrales conforme lo siguiente:

Concepto	Monto
Honorarios del Tribunal Arbitral	S/. 108 834.37, es decir, S/. 37 278.12 neto para cada árbitro.
Gastos Administrativos del Centro	S/. 39 115.41 más IGV.

5. CUESTIONES CONTROVERTIDAS:

Mediante Decisión No. 5 de fecha 7 de octubre de 2020, se determinaron las cuestiones controvertidas del presente arbitraje conforme a lo siguiente:

- Primera cuestión controvertida:** Determinar si corresponde o no ordenar que el PSI pague al Demandante el importe del S/ 7,679,624.70 más IGV e intereses, de acuerdo a los ítems señalados en su demanda, siendo que de determinarse que alguno de los ítems no resultará procedente a favor del Consorcio, o resultará favorable solo parcialmente, el Tribunal establecerá el monto a pagar.
- Segunda cuestión controvertida:** Determinar si corresponde o no que se proceda a la imposición de penalidades por parte del PSI contra el Consorcio, por la ejecución del Servicio, incluyendo las imputadas por el PSI por un importe de S/. 1,681,922.14 y las que excedan de las mismas.

6. POSICIONES DE LAS PARTES:

Posición del CONSORCIO. -

De acuerdo con la posición del CONSORCIO, su representada habría sido obligada a prestar el servicio de descolmatación del cauce y enrocado, bajo condiciones distintas a las que fueron



establecidas por la ENTIDAD para la presentación de ofertas, razón por la cual sostiene que su contraparte habría obtenido un beneficio indebido, por lo que, de conformidad con la normativa de las contrataciones del Estado, debe compensarle económicamente.

Asimismo, sostiene que mediante Carta Notarial No. 0028-2018-MINAGRI-PSI-OAF de fecha 19 de marzo de 2018, la ENTIDAD le obligó a retomar la ejecución de los servicios, bajo el supuesto de que las aguas del río Chicama se encontrarían en un cauce normal, ello a pesar que, a través de diversas comunicaciones, el CONSORCIO le informó acerca de las situaciones de riesgo existentes para el personal y equipos en el sitio de trabajo.

Entre los principales impactos identificados por el CONSORCIO que se derivarían de hechos no imputables al CONSORCIO durante la ejecución del servicio, son las siguientes:

- Disrupción en la actividad de descolmatación del cauce de río Chicama – Tramo 03, 04 y 05.
- Impacto económico por cambio de precio unitario de las partidas de roca colocada y excavación de uña para roca.
- Impacto económico por demora en la aprobación de las valorizaciones y los pagos.
- Impacto económico por aplicación de penalidades no justificadas y unilaterales por parte del PSI.
- Impacto económico por trabajos fuera de plazo.
- Mayores gastos generales por ampliaciones de plazo.
- Denegatorias inválidas por parte de la Entidad respecto de las solicitudes de ampliación de plazo, expresadas a través de las Resoluciones Directorales No. 094-2018-MINAGRI-PSI y No. 131-2018-MINAGRI-PSI.
- Imprudencia de las penalidades imputadas por la Entidad.

Sobre la disrupción en la actividad de descolmatación del cauce del río Chicama – Tramos No. 03, 04 y 05.

Sobre este primer punto, el CONSORCIO refiere que, debido al retraso en la firma del CONTRATO, por causas ajenas a su representada, se vio obligado a ejecutar el servicio dentro del periodo de



lluvias, condición que no era prevista en las Bases Integradas. Ese cambio de condiciones originó que los rendimientos previstos y considerados en la oferta del CONSORCIO se vean mermados significativamente por la presencia de agua en la zona de trabajo.

Además, considerando que el CONTRATO disponía un plazo de 102 días calendarios para la ejecución del servicio contratado, este plazo de ejecución debía culminar antes del inicio de la temporada de lluvias, sin interrupciones ni impactos negativos generados por lluvias, sin embargo, debido a hechos ajenos al contratista, el inicio de la ejecución del CONTRATO se postergó, generando una situación negativa no prevista respecto al alcance de los trabajos.

De ahí que, a criterio del CONSORCIO, estas condiciones perjudicaron notablemente los trabajos del contratista, sin responsabilidad de este, por lo que, por consideraciones legales, técnicas y de seguridad, solo podía encontrarse obligado a proseguir con el servicio una vez que se hubiesen verificado las condiciones originalmente previstas en el CONTRATO para la rendición de las prestaciones, es decir, trabajo en temporada de estío.

Adicionalmente, el CONSORCIO sostiene que ha prestado el servicio de descolmatación bajo una serie de interrupciones ocurridas por causas no atribuibles a su representada. Así, si bien la ENTIDAD difirió la fecha de inicio de la ejecución del servicio, lo cierto es que la ENTIDAD habría inducido al CONSORCIO a ofertar un precio para efectuar el servicio entre el 23 de octubre de 2017 y el 1 de febrero de 2018 cuando realmente parte de este servicio debió efectuarse en temporada de lluvias.

Sobre el Impacto económico por cambio de precio unitario de las partidas de roca colocada y excavación de ña para roca.

Sobre este punto, el CONSORCIO ha señalado que su contraparte le ha exigido realizar nuevas actividades que sean necesarias para ejecutar el servicio de enrocado, la cual debía efectuarse con ña de cimentación y roca acomodada, es decir, se debía incluir en la ficha técnica parcial y definitiva las nuevas actividades que sean necesarias para ejecutar el servicio de enrocado de acuerdo al requerimiento del Oficio No. 024-2017-UE 02 MGRH-ANA/CDLL.



En ese sentido, mediante carta CCA-0002-17/PSI de fecha 30 de noviembre de 2017, el CONSORCIO le envió al ingeniero Cesar Calderón, Supervisor del Tramo I, los precios de las partidas nuevas para conciliación, los cuales fueron aprobados por el referido profesional a través de correo electrónico del 4 de diciembre de 2018 previa reunión de coordinación, elaborándose la estructura de presupuesto de la ficha técnica parcial, la que luego fue aprobada por la ENTIDAD.

Sin embargo, durante la aprobación de la ficha técnica definitiva, los precios de las partidas nuevas ya aprobadas fueron observados por PSI y reducidos de forma arbitraria y unilateral, causando un impacto económico en el presupuesto y sobre la utilidad esperada, por lo que, a pesar de haberse prestado el servicio de enrocado, la ENTIDAD habría desconocido el precio pactado y solo reconoce el trabajo por una actividad de roca “al volteo”.

Sobre el impacto económico por demora en la aprobación de las valorizaciones y pagos.

Respecto a este punto, el CONSORCIO ha procedido a hacer el cálculo de intereses para las valorizaciones abonadas a la fecha, aspecto que debe compensar la ENTIDAD por la demora injustificada en los pagos de las valorizaciones del CONTRATO, siendo las siguientes:

Valorización	Trabajos realizados	Interés
Valorización No. 1	Del 14 al 22 de diciembre de 2017	S/ 8,337.32
Valorización No. 2	Del 23 de diciembre de 2017 al 6 de enero de 2018	S/ 11,061.24
Valorización No. 3	Del 7 al 21 de diciembre de 2017	S/ 20,200.83
Valorización No. 4	Del 7 al 21 de diciembre de 2017	S/ 10,546.63
Valorización No. 5	Del 6 de febrero de 2018 al 20 de febrero de 2018	No se encuentra definida la fecha de pago
Valorización No. 6	Del 21 de febrero de 2018 al 7 de marzo de 2018	No se encuentra definida la fecha de pago.

Sobre el Impacto económico por aplicación de penalidades no justificadas y unilaterales por parte del PSI.

Respecto a este punto, el CONSORCIO refiere que la ENTIDAD le ha aplicado penalidades basándose en criterios subjetivos, oscuros y ambiguos, reteniendo pagos de servicios efectivamente prestados por el CONSORCIO, por lo que la ENTIDAD habría obtenido un beneficio por haber retenido dinero aplicando penalidades de manera discrecional y subjetiva en perjuicio del CONSORCIO, aspecto que debe compensar económicamente la ENTIDAD.

En ese sentido, la aplicación de penalidades por supuesta ausencia de personal, se basa en un supuesto asumido por el funcionario público que interpretaría el reporte de otro funcionario. En ese sentido, el CONSORCIO sostiene que la obligación de contar con un relevo calificado como sustento de aplicación de penalidades, corresponde a una condición subjetiva y ajena a las condiciones establecidas en las Bases Integradas.

Además, el CONSORCIO refiere que las penalidades impuestas no resultan válidas desde que las actividades sancionadas por ellas estaban previstas originalmente en el CONTRATO como sustancialmente distintas a aquellas que el contratista ha debido enfrentar, razón por la cual, las penalidades se sustentan únicamente en interpretaciones oscuras y ambiguas, contraviniendo los requerimientos y condiciones que rigen el marco legal del CONTRATO.

Adicionalmente, el CONSORCIO sostiene que las penalidades impuestas no resultan válidas desde que las actividades sancionadas estaban previstas originalmente en el CONTRATO como sustancialmente distintas (mas simples y sencillas) a aquellas que el CONSORCIO ha debido enfrentar (ruptura de su supuesto de hecho por llevar adelante el proyecto en plena temporada de lluvias, por hechos ajenos a su responsabilidad).

En este punto, el CONSORCIO refiere que su contraparte ha modificado unilateralmente el alcance de las prestaciones del CONTRATO (trabajos durante la temporada de lluvias y fuera del plazo contractual) generando la novación del CONTRATO, por lo que, de conformidad con el Código Civil, no se transmitirían a las nuevas obligaciones las garantías de la obligación extinguida, lo cual resulta aplicable también a las penalidades o cláusulas penales.

Sobre el impacto económico por trabajos fuera de plazo.

Sobre este punto, el CONSORCIO ha manifestado que el día 9 de marzo de 2018 culminó la vigencia del plazo de ejecución del servicio, conforme a la cláusula quinta del CONTRATO y su modificatoria, razón por la cual se procedió con la desmovilización del equipo y personal del contratista a fin de no generar mayores costos que impacten el equilibrio económico financiero del CONSORCIO. No obstante, sostiene que su contraparte le obligó a cumplir sus prestaciones.

Así, el día 19 de marzo de 2018, la ENTIDAD le envió la carta notarial No. 028-2018-MINAGRI-PSI-OAF por la cual le insta a cumplir con la ejecución del servicio a pesar de no indicar cual sería la opción contractual que permita viabilizar esta solicitud. Ante esta comunicación, el CONSORCIO sostiene que de buena fe cursó carta a la ENTIDAD a fin de colaborar y proseguir con la ejecución del servicio, debiendo su contraparte solucionar la extensión del plazo contractual.

En ese sentido, el CONSORCIO refiere que se estima un costo referencial de removilización y desmovilización de S/ 733,936.08 sin incluir IGV. De otro lado, sostiene que los diques conformados por los tramos 3 y 4 han sido deteriorados en su base, en ese sentido, ante el requerimiento de la ENTIDAD de completar los trabajos de acomodo de roca se debió evaluar las condiciones de sitio, pues durante la vigencia del CONTRATO estos diques fueron culminados satisfactoriamente.

De ahí que el costo referencial para estas actividades no previstas en el alcance contractual asciende a S/ 947,986.06, incluyendo gastos generales y utilidad por ser nuevas. Por lo expuesto, el CONSORCIO sostiene que ha incurrido en gastos operativos por los daños a los servicios ya ejecutados, los cuales se han generado únicamente como consecuencia de que la ENTIDAD ha dispuesto la prosecución de los servicios en época de lluvias.

Mayores gastos generales por ampliaciones de plazo.

Sobre este punto, el CONSORCIO sostiene haber solicitado una ampliación de plazo parcial indicando la vigencia de la causal desde el día 10 de enero de 2018, señalando que el cierre de la causal de esta ampliación de plazo se da bajo la conminación por parte de la ENTIDAD a reiniciar las actividades

mediante Carta Notarial No. 0028-2018-MINAGRI-PSI-OAF de fecha 19 de marzo de 2018 en la que asume que las aguas del río se encuentran en un cauce normal.

En ese sentido, y conforme a lo establecido en la normativa de las contrataciones del Estado, la solicitud de ampliación de plazo lleva accesoriamente y de forma necesaria el reconocimiento de mayores gastos generales, que según el CONSORCIO estos ascienden a S/ 2,782,837.80. Dentro de este marco, y luego de exponer sus argumentos, el CONSORCIO ha presentado un resumen de las controversias que son objeto de la demanda arbitral, siendo los montos reclamados, los siguientes:

N°	CONCEPTO	MONTO REFERENCIAL (Sin inc. IGV) (S/.)
1.0	DISRUPCIÓN EN LA ACTIVIDAD DE DESCOLMATACIÓN DEL CAUCE DE RÍO CHICAMA – TRAMOS 03, 04 y 05	1,572,699.90
2.0	IMPACTO ECONÓMICO POR CAMBIO DE PRECIO UNITARIO DE LAS PARTIDAS DE ROCA COLOCADA Y EXCAVACIÓN DE UÑA PARA ROCA	1,592,018.75
3.0	IMPACTO ECONÓMICO POR DEMORA EN LA APROBACIÓN DE LAS VALORIZACIONES Y LOS PAGOS	50,146.02
4.0	IMPACTO ECONÓMICO POR APLICACIÓN DE PENALIDADES NO JUSTIFICADAS Y UNILATERALES POR PARTE DEL PSI	1,600,861.21
5.0	IMPACTO ECONÓMICO POR DAÑOS Y TRABAJOS FUERA DE PLAZO	1,681,922.14
6.0	MAYORES GENERALES POR AMPLIACIÓN DE PLAZO	2,782,837.89
	TOTAL	9,280,485.91

Posición de la ENTIDAD. -

Respecto de la demanda formulada, la ENTIDAD sostiene que su contraparte trata de disfrazar con su pedido de interrupciones las ampliaciones de plazo que en su momento no solicitó y por ende la causal feneció. Así, respecto del primer concepto reclamado, considera que no ha demostrado con información técnica que se haya producido un evento de tal magnitud y aun en el supuesto que haya ocurrido, el CONSORCIO no siguió el procedimiento que la norma prevé para estos casos.

Sobre el segundo concepto reclamado, la ENTIDAD sostiene que, de conformidad con la norma, el costo de los adicionales se determina sobre la base de las especificaciones técnicas del bien o términos de referencia del servicio en general y de las condiciones o precios pactados en el contrato,



y solo en defecto, estos se determinan por acuerdo de las partes, sin embargo, la norma no otorga a la supervisión la facultad de otorgar conformidad y/o aprobación de adicionales.

De ahí que el contratista estaría atribuyendo a la supervisión del servicio facultades que la ENTIDAD no le haya otorgado porque la ENTIDAD, por norma expresa, es la única que tiene ese nivel de decisión, respecto de otorgar conformidad y/o aprobación de la inclusión de partidas nuevas y a sus respectivos valores de precios unitarios, mientras que la supervisión no está habilitada o facultado para pactar precios, pues la decisión de aprobar o denegar el adicional es de la ENTIDAD.

De otro lado, respecto del tercer concepto reclamado, la ENTIDAD sostiene que su contraparte ha propuesto una fórmula para el pago de intereses por demora en el pago de las valorizaciones, no obstante, en el marco jurídico vigente para esta situación, la ENTIDAD advierte que existen determinadas fórmulas para el cálculo de los intereses, las cuales difieren de las propuestas por el CONSORCIO, por lo que existe demora se tendría que aplicar el interés legal.

Respecto del cuarto concepto reclamado, la ENTIDAD sostiene que las penalidades aplicadas corresponden a otras penalidades y mora, las cuales se encuentran en los memorandos que señala la ENTIDAD, por lo que rechaza las afirmaciones efectuadas por el CONSORCIO, señalando que, en el procedimiento de selección, el CONSORCIO no se pronunció en contra a lo referido a “otras penalidades” contempladas en las Bases Integradas.

Respecto del quinto concepto reclamado, la ENTIDAD refiere que la solicitud de ampliación de plazo No. 01 y 02 fueron desestimadas, no siendo controvertidas en su oportunidad por lo que se tienen consentidas, aspecto que lleva a concluir que el CONTRATO no fue ejecutado y cumplido en el plazo determinado, por lo que pretende ahora que se le reconozca trabajos realizados fuera del plazo contractual cuando era su obligación efectuarlas en dicho plazo.

De otra parte, respecto del sexto concepto reclamado, la ENTIDAD señala que no ha otorgado ninguna ampliación de plazo, aspecto que no ha sido cuestionado por el CONSORCIO en el momento pertinente. En ese sentido, la decisión de la ENTIDAD habría quedado consentida, por lo que no sería posible solicitar ampliación de plazo y menos el pago por los mayores gastos generales como lo ha sostenido el CONSORCIO en el presente caso.



Por otra parte, respecto de la segunda pretensión principal formulada por el CONSORCIO, la ENTIDAD ha señalado que el contratista no ha presentado el informe correspondiente, no ha cumplido con proveer la maquinaria o personal ofrecido, ha cambiado el personal sin contar con la autorización de la entidad, el director técnico no se encuentra en el lugar de prestación del servicio y ha reemplazado al ingeniero director técnico propuesto en la oferta técnica.

7. POSICIÓN DEL TRIBUNAL:

Cuestiones Preliminares. -

Antes de entrar a analizar la materia controvertida puesta a conocimiento y juicio de este tribunal arbitral, resulta pertinente confirmar lo siguiente:

- i) Que, el tribunal arbitral se constituyó de conformidad con las disposiciones establecidas en el CONTRATO y la Ley.
- ii) Que, en ningún momento se interpuso recusación contra los miembros del tribunal arbitral o se efectuó algún reclamo contra las reglas del presente proceso.
- iii) Que, el CONSORCIO presentó su escrito de demanda dentro de los plazos dispuestos, ejerciendo plenamente su derecho al debido proceso.
- iv) Que, la ENTIDAD cumplió con contestar la demanda arbitral dentro de los plazos dispuestos, ejerciendo plenamente su derecho de contradicción.
- v) Que, las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, y en todo momento ejercer su derecho a la defensa.

Asimismo, el tribunal arbitral deja constancia de que las cuestiones controvertidas podrán ser ajustadas, reformuladas y/o analizadas en el orden que considere pertinente para resolver las pretensiones planteadas por el CONSORCIO, sin que el orden empleado o el ajuste genere nulidad de ningún tipo y sin que exceda en la materia sometida a arbitraje.

En cuanto a las pruebas, el tribunal arbitral expresa que los medios probatorios deben tener por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el tribunal arbitral respecto a las cuestiones controvertidas y fundamentar las decisiones, conforme a los principios generales de la prueba; necesidad, originalidad, pertinencia y utilidad de la prueba.

Para tal efecto, es necesario precisar que constituye un principio general de todo proceso, el de la carga de la prueba. Dicha norma elemental de lógica jurídica en materia de probanza se encuentra recogida en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 196° del Código Procesal Civil, norma que establece literalmente lo siguiente:

“Artículo 196.- Carga de la prueba

Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos”.

Asimismo, el tribunal arbitral hace notar que, de conformidad con lo establecido en las reglas del proceso, el tribunal arbitral tiene la facultad de determinar, de manera exclusiva, la admisibilidad, pertinencia y valor de las pruebas ofrecidas, estando en concordancia con lo establecido en el artículo 43 del Decreto Legislativo 1071, Ley que norma el arbitraje en el Perú.

Ello ha sido resaltado por HINOJOSA SEGOVIA, cuando se ha indicado que “(...) la actividad probatoria en el arbitraje ofrece una serie de peculiaridades respecto del proceso civil; (...) Los árbitros han de pronunciarse sobre la pertinencia y admisibilidad de los medios probatorios, pero no vienen vinculados por las peticiones de las partes...” (Sentencia de fecha 30/11/87) (1)

Siendo ello así, el tribunal arbitral pasa a analizar los argumentos vertidos por las partes, así como la valoración de los medios probatorios que obran en el expediente.

Análisis. -

PRIMERO.

En primer lugar, es preciso señalar que el proceso se deriva de las controversias surgidas del Contrato No. 138-2017-MINAGRI-PSI² para el servicio de elaboración de ficha técnica definitiva y descolmatación del cauce del río Chicama – Tramo 1, en el marco de lo dispuesto en la Ley No. 30556,

¹ HINOJOSA SEGOVIA, Rafael. “El Recurso de Anulación contra los Laudos Arbitrales (Estudio Jurisprudencial)”. Editorial Revista de Derecho Privado / Editoriales de Derecho Reunidas S.A. Madrid. España. 1991. Pág. 309.

² Derivado del Procedimiento de Adjudicación Simplificada No. 017-2017-MINAGRI-PSI, de acuerdo con la cláusula primera del CONTRATO.



Ley que aprueba disposiciones de carácter extraordinario para las intervenciones del Gobierno Nacional frente a desastres y que dispone creación de la autoridad para la reconstrucción con cambios.

El plazo de ejecución del CONTRATO era de ciento dos (102) días calendarios, de acuerdo con la cláusula quinta del CONTRATO, disponiéndose de la siguiente manera:

“Elaboración de Ficha Técnica Definitiva:

De hasta veintiún (21) días calendarios. Debiendo tener en consideración, que a partir del día 13 se inicia la ejecución de las actividades, entendiéndose que a partir de esa fecha se desarrollarán paralelamente, las actividades de elaboración de la Ficha Técnica Definitiva y la Ejecución de las actividades.

Ejecución de las Actividades:

De hasta noventa (90) días calendarios.

El plazo para la elaboración de la Ficha Técnica Definitiva se iniciará al día siguiente de la firma del contrato.

(...)”

En cuanto al monto contractual, de acuerdo con la cláusula tercera del CONTRATO, este asciende a S/ 44,359,293.16 que incluye los impuestos de ley y comprendía los siguientes servicios:

Concepto	Monto
Servicio de elaboración de ficha técnica definitiva (Suma Alzada)	S/ 457,119.46
Servicio de elaboración de ficha técnica definitiva (Precios Unitarios)	S/ 43,902,173.70
Total	S/ 44,359,293.16

En cuanto al pago, de acuerdo con la cláusula cuarta del CONTRATO, la ENTIDAD se encontraba obligada a pagar su contraprestación en moneda nacional y de acuerdo con el siguiente detalle:

“Elaboración de la Ficha Técnica Definitiva. - *En una sola armada (pago único), previa verificación por parte de la Autoridad Nacional del Agua (ANA) y presentada ante la Dirección de Infraestructura Agraria y Riego del PSI.*

(...)

Ejecución de Actividades. - *Se pagarán en valorizaciones quincenales, como pagos a cuenta, según el avance correspondiente al cronograma de ejecución de las actividades*



presentadas en el Informe Quincenal respectivo, y con la conformidad de la Dirección de Infraestructura Agraria y Riego del PSI, previa opinión favorable de conformidad de la empresa de Supervisión encargada”.

Luego de haber examinado alguna de las principales cláusulas del CONTRATO, para un desarrollo metódico y exacto de la controversia suscitada, este tribunal arbitral estima pertinente analizar cada uno de las cuestiones controvertidas fijadas en la Decisión No. 5 de fecha 7 de octubre de 2020, efectuando un análisis conjunto de las mismas, pues la materia controvertida que se analizará en estas cuestiones controvertidas tiene una ajustada vinculación o relación.

SEGUNDO.

Para tal efecto, este tribunal estima pertinente referirse, de manera previa, al marco jurídico que resulta aplicable al presente proceso, pues será sobre la base de estas disposiciones normativas que este colegiado adoptará su decisión. En ese sentido, es preciso hacer referencia a la cláusula décimo séptima del CONTRATO suscrito por las partes, la misma que señala literalmente lo siguiente:

“Cláusula Décimo Séptima: Marco Legal del Contrato

Solo en lo no previsto en este contrato, en la Ley y su Reglamento, en las directivas que emita el OSCE y demás normativa especial que resulte aplicable, serán de aplicación supletoria las disposiciones pertinentes del Código Civil vigente, cuando corresponda, y demás normas de derecho privado”.

En ese sentido, considerando que la convocatoria del proceso de selección se realizó el día 11 de agosto de 2017, el presente caso se rige por la Ley de Contrataciones del Estado (en adelante, la LEY), aprobada mediante Ley No. 30225, modificada por Decreto Legislativo No. 1341; y su Reglamento (en adelante, el REGLAMENTO), aprobado por D.S. No. 350-2015-EF, modificado por D.S. No. 056-2017-EF.

De otro lado, considerando que las normas de derecho privado se aplican de manera supletoria al presente proceso arbitral, de conformidad a lo previsto en la cláusula décimo séptima del CONTRATO, es preciso tener en consideración el artículo IX del Título Preliminar del Código Civil, el mismo que establece la aplicación supletoria de dicho cuerpo legal, como se observa a continuación:



Artículo IX del Título Preliminar del Código Civil. -

“Las disposiciones del Código Civil se aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza”.

En atención a lo anterior, la base jurídica para amparar los considerandos y evaluar las cuestiones controvertidas del presente proceso, se encuentra constituida por las disposiciones del CONTRATO, la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, las directivas del OSCE, y supletoriamente, las normas de derecho privado, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza.

Análisis de las Cuestiones Controvertidas. -

TERCERO.

Tomando en consideración el marco jurídico antes expuesto, corresponde a este tribunal arbitral pasar a analizar las cuestiones controvertidas fijadas en la Decisión No. 5 de fecha 7 de octubre de 2020, efectuando un análisis conjunto de las mismas. En ese sentido, debemos traer a colación que la primera y segunda pretensión principal de la demanda formulada por el CONSORCIO se encuentran reflejadas en las siguientes cuestiones controvertidas del proceso:

Primera cuestión controvertida: Determinar si corresponde o no ordenar que el PSI pague al Demandante el importe del S/ 7,679,624.70 más IGV e intereses, de acuerdo a los ítems señalados en su demanda, siendo que de determinarse que alguno de los ítems no resultará procedente a favor del Consorcio, o resultará favorable solo parcialmente, el Tribunal establecerá el monto a pagar.

Segunda cuestión controvertida: Determinar si corresponde o no que se proceda a la imposición de penalidades por parte del PSI contra el Consorcio, por la ejecución del Servicio, incluyendo las imputadas por el PSI por un importe de S/. 1,681,922.14 y las que excedan de las mismas.

En atención a las cuestiones controvertidas derivadas de la primera y segunda pretensión principal de la demanda, este colegiado aprecia que la controversia sometida a su conocimiento y juicio, se encuentra dirigida a solicitar un pronunciamiento respecto de los supuestos incumplimientos

contractuales de la ENTIDAD, los mismos que han sido deducidos por el CONSORCIO en el presente arbitraje, solicitando como consecuencia de ello, el pago de los siguientes conceptos:

Nº	CONCEPTO	MONTO REFERENCIAL (Sin inc. IGV) (S/.)
1.0	DISRUPCIÓN EN LA ACTIVIDAD DE DESCOLMATACIÓN DEL CAUCE DE RÍO CHICAMA – TRAMOS 03, 04 y 05	1,572,699.90
2.0	IMPACTO ECONÓMICO POR CAMBIO DE PRECIO UNITARIO DE LAS PARTIDAS DE ROCA COLOCADA Y EXCAVACIÓN DE UNA PARA ROCA	1,592,018.75
3.0	IMPACTO ECONÓMICO POR DEMORA EN LA APROBACIÓN DE LAS VALORIZACIONES Y LOS PAGOS	50,146.02
4.0	IMPACTO ECONÓMICO POR APLICACIÓN DE PENALIDADES NO JUSTIFICADAS Y UNILATERALES POR PARTE DEL PSI	1,600,861.21
5.0	IMPACTO ECONÓMICO POR DAÑOS Y TRABAJOS FUERA DE PLAZO	1,681,922.14
6.0	MAYORES GENERALES POR AMPLIACIÓN DE PLAZO	2,782,837.89
	TOTAL	9,280,485.91

Antes de empezar con el análisis correspondiente, este tribunal advierte que, al momento de presentar el escrito de demanda, el CONSORCIO incurrió en un error al consignar en su segunda pretensión principal el monto que involucra el impacto económico por aplicación de penalidades no justificadas (ítem 4), pues de acuerdo con el monto especificado en esta pretensión, este asciende a S/ 1,681,922.14, sin embargo, esta suma corresponde al ítem 5 señalado en su demanda.

Incluso de acuerdo con los argumentos que sostienen este extremo de la demanda formulada por el CONSORCIO, relativa a la imposición de penalidades por parte de PSI, el contratista presentó la siguiente tabla por la cual se evalúa el impacto de la penalidad aplicada sobre las valorizaciones No. 2, 3 y 4, las cuales sostiene que se habrían aplicado basándose en criterios subjetivos, oscuros y ambiguos, reteniendo pagos de servicios efectivamente ejecutados. Veamos:

Descripción	Monto aprobado por la supervisión VCHISA (Sin inc. IGV)	Monto aprobado por el PSI (Sin inc. IGV)	Diferencia (Sin inc. IGV)
Valorización N°02	3,124,020.05	2,086,254.45	1,037,765.60
Valorización N°03	6,793,492.28	6,581,614.03	211,878.25
Valorización N°04	5,143,519.93	4,792,302.57	351,217.36
			1,600,861.21



En ese sentido, queda verificado por este colegiado que el monto involucrado en la segunda cuestión controvertida derivada de la segunda pretensión principal de la demanda formulada no es correcto, pues la suma consignada alude al ítem 5 del cuadro consignado en su demanda (impacto económico por daños y trabajos fuera de plazo) cuando en realidad debió haber hecho referencia al ítem 4 (impacto económico por aplicación de penalidades no justificadas y unilaterales por parte del PSI)

Sin perjuicio de lo expuesto, este colegiado hace notar que, durante el decurso de las actuaciones arbitrales, el CONSORCIO actualizó los montos involucrados en cada uno de los ítems de su demanda arbitral. En efecto, de acuerdo con la pericia de parte elaborada por el ingeniero Guillermo Vega Gonzáles, el perito concluyó -y así lo expuso en la Audiencia de Sustentación Pericial- que los montos que debían ser reconocidos y pagados por la ENTIDAD eran los siguientes:

CUADRO RESUMEN DE MONTOS SOLICITADOS A RECONOCER Y PAGAR.

3

ITEM	CONCEPTO	MONTO (NO INCLUYE IGV) S/.
1.0	DISRUPCIÓN EN LA ACTIVIDAD DE DESCOLMATACIÓN DEL CAUCE DEL RÍO CHICAMA - TRAMOS 03,04,05	1,108,505.57
2.0	IMPACTO ECONÓMICO POR CAMBIO DE PRECIO UNITARIO DE LAS PARTIDAS EXCAVACIÓN DE UÑA PARA ROCA Y DE ROCA COLOCADA	1,591,665.61
3.0	DEVOLUCIÓN DE LOS MONTOS RETENIDOS POR PENALIDADES NO APLICABLES	1,788,484.21
4.0	IMPACTO ECONOMICO POR DAÑOS Y TRABAJOS FUERA DE PLAZO	1,907,668.34
5.0	MAYORES GASTOS GENERALES QUE CORRESPONDEN POR AMPLIACIÓN DE PLAZO	1,620,352.92
6.0	INTERESES POPR RETRASO EN EL PAGO DE VALORIZACIONES	48,597.84
	SUBTOTAL	8,065,274.49
	IGV	1,451,749.41
	SUBTOTAL	9,517,023.90

Estos nuevos montos fueron recogidos por el CONSORCIO en su escrito de alegatos finales, haciendo suya la pericia de parte, y concluyendo que el impacto económico derivado de los supuestos incumplimientos de la ENTIDAD ascendía a S/ 9,517,023.90, monto que debía resarcirse a su representada por tratarse de una indemnización por daño emergente como consecuencia de haber ejecutado el CONTRATO en condiciones distintas a las originalmente pactadas.

³ Obtenido del Dictamen Pericial presentado por el CONSORCIO.

En efecto, de acuerdo con la posición del CONSORCIO en su escrito de alegatos finales, como consecuencia de los incumplimientos incurridos por la ENTIDAD, el patrimonio del contratista se habría visto afectado por tener que asumir costos que se derivan del retraso en la suspensión del CONTRATO, la negativa de pagar las partidas de enrocado, la aplicación arbitraria de penalidades retenidas en la liquidación de la obra y el retraso en el pago de las valorizaciones de obra.

En ese sentido, como consecuencia de los supuestos incumplimientos incurridos por la ENTIDAD, el CONSORCIO sostiene que el daño emergente reclamado en el presente arbitraje se ha determinado en la pericia de parte ofrecida por su representada, debiendo la ENTIDAD indemnizar al CONSORCIO por la suma de S/ 9,517,023.90 para resarcir los daños y perjuicios causados a raíz de su incumplimiento contractual, de acuerdo con el siguiente cuadro consignado en sus alegatos:

Pretensión Vinculada	Concepto	Monto
Primera Pretensión Principal	Disrupción en la actividad de descolmatación del cauce del río Chicama – Tramos 03,04 y 05	S/ 1,108,505.57
	Impacto económico por cambio de precio unitario de las partidas de roca colocada y excavación de uña para roca	S/ 1,591,665.61
	Impacto económico por demora en la aprobación de las valorizaciones y los pagos	S/ 48,597.84
	Impacto económico por daños y trabajos fuera de plazo	S/ 1,907,668.34
	Mayores gastos generales por ampliaciones de plazo	S/ 1,620,352.92
Segunda Pretensión Principal	Penalidades impuestas por PSI retenidas en la liquidación del CONSORCIO	S/ 1,788,484.21
TOTAL (con IGV)		S/ 9,517,023.90

Tomando en cuenta estos aspectos, considerando que las pretensiones formuladas por el CONSORCIO se encuentran dirigidas en puridad a sustentar el daño emergente reclamado, el mismo que se materializa en el sobrecosto que habría incurrido el contratista para ejecutar el CONTRATO en



condiciones distintas a las inicialmente previstas, corresponde a este colegiado pronunciarse al respecto, con la finalidad de verificar si existe y se encuentra probado el daño alegado.

CUARTO.

Antes de hacer el estudio de las cuestiones controvertidas, este tribunal considera necesario hacer referencia a los aspectos que comprenden la indemnización que reclama el CONSORCIO, pues si la ENTIDAD obtuvo una prestación indebida, este tendría derecho al pago respectivo, pues el Código Civil, aplicable de manera supletoria al presente caso, establece en su artículo 1954 que *“aquel que se enriquece indebidamente a expensas del otro está obligado a indemnizarlo”*.

Además, si bien la regulación normativa del CONTRATO, la cual se sustenta principalmente por la LEY y el REGLAMENTO, solo prevé el derecho del contratista al resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la resolución de un contrato por incumplimiento de obligaciones esenciales de la ENTIDAD⁴, resulta necesario acudir a la aplicación supletoria del Código Civil, por remisión expresa de la Primera Disposición Complementaria Final de la LEY⁵ y el propio CONTRATO.

En ese sentido, en relación a los aspectos que comprende la indemnización por el daño, este se encuentra comprendido por *“el menoscabo que a consecuencia de un evento determinado sufre una persona, ya sea en sus bienes vitales naturales, ya sea en su propiedad, ya sea en su patrimonio”*⁶. Se debe tratar además de un daño sujeto a probanza, pues como expresa Alterini, *“el daño debe ser cierto en cuanto a su existencia misma, esto es, debe resultar objetivamente probable”*⁷.

⁴ Artículo 137 del Reglamento.

“Si la parte perjudicada es la Entidad, esta ejecuta las garantías que el contratista hubiera otorgado sin perjuicio de la indemnización por los mayores daños irrogados.

Si la parte perjudicada es el contratista, la Entidad debe reconocerle la respectiva indemnización por los daños irrogados, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad.

(...)”

⁵ Disposiciones Complementarias Finales.

“Primera. La presente Ley y su Reglamento prevalecen sobre las normas de derecho público y sobre aquellas de derecho privado que le sean aplicables. (...)”

⁶ Larenz, Karl. Derecho de obligaciones. Revista de Derecho Privado. Tomo I. Madrid. S.A. Pág. 193.

⁷ Alterini, Anibal Atillo y otros. Derecho de las Obligaciones Civiles y Comerciales. Editorial La Ley. Buenos Aires. 1994. Pág. 259.

Para efectos de la reparación del daño, como lo expresan los autores Pizarro y Vallespinos, “supone la necesidad de una razonable equivalencia jurídica entre el daño y la reparación. Se plasma en cuatro reglas fundamentales, (...): el daño debe ser fijado al momento de la decisión, la indemnización no debe ser inferir al perjuicio, la apreciación debe formularse en concreto y la reparación no debe ser superior al daño sufrido⁸”.

En el presente caso, este colegiado advierte que la normativa de las contrataciones del Estado ha regulado el derecho del CONSORCIO al resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados. No obstante, en cuanto a la probanza y la cuantificación del daño alegado, es preciso señalar que ni la LEY o el REGLAMENTO han establecido alguna disposición sobre el particular, motivo por el cual, corresponde recurrir supletoriamente y como ya hemos acotado, a las disposiciones del Código Civil:

Artículo 1321.-

“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. (...)”.
(énfasis agregado)

Artículo 1331.-

“La prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía también corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso”.

Como se observa, la indemnización por daños y perjuicios tiene un carácter resarcitorio y no sancionatorio, pues su finalidad es, como expresan Caseaux y Trigo Represas, “restablecer el equilibrio que el incumplimiento de la prestación o el daño han alterado, es decir, que se procura mediante ella colocar al acreedor en igual o semejante situación a la que hubiera tenido de no haberse producido la inejecución o la violación del derecho⁹”.

Para el caso del daño emergente, este se encontraría definido por la pérdida, el detrimento o el menoscabo que habría sufrido el CONSORCIO en su patrimonio y comprende el valor de las prestaciones derivadas del CONTRATO que a criterio del CONSORCIO le adeudaría la ENTIDAD,

⁸ Pizarro, Ramón Daniel y Vallespinos, Carlos Gustavo. Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones. Tomo 2. Hammurabi José Luis Depalma Editor. Buenos Aires. 1999. Pág. 485.

⁹ Caseaux, Pedro N. y Trigo Represas, Félix A. Compendio de Derecho de las Obligaciones. Tomo 1. Librería Editora Platense SRL. La Plata. 1984. Pág. 181.



debiendo cubrir o reembolsar los gastos o costos en que hubiera incurrido para realizar las prestaciones que de acuerdo al CONTRATO le correspondían ejecutar.

En ese sentido, para el pago de la indemnización por daño emergente, este viene a ser el detrimento en el patrimonio del sujeto afectado¹⁰, es decir, el daño efectivamente irrogado al patrimonio del CONSORCIO, pero no cualquier detrimento, sino aquel que esté relacionado con el incumplimiento del CONTRATO por parte de la ENTIDAD. Es decir, se trata de los gastos incurridos y que deberían retribuírsele al CONSORCIO, relacionados con el objeto del CONTRATO.

Nótese que haber definido lo anterior es sumamente importante, pues si se verifica que el CONSORCIO actuó de buena fe en la ejecución de sus prestaciones, pero sin expresión de causa, es decir, sin sustento legal para realizar el desplazamiento de la prestación patrimonial, como puede ser la ausencia de un CONTRATO o de la autorización correspondiente para la ejecución de una prestación adicional, entonces nos encontraríamos ante un supuesto de enriquecimiento sin causa.

Esta figura como conoce este colegiado se ejecuta en la vía correspondiente a fin de requerir el reconocimiento de prestaciones ejecutadas a favor de la ENTIDAD mediante una indemnización, no pudiendo ser sometida a conciliación o arbitraje, ni a otros medios de solución de controversias que prevé la LEY o el REGLAMENTO, pues corresponde su ventilación ante el Poder Judicial, conforme lo prevé el numeral 45.1 del artículo 45 de la LEY:

*“(...)**Las pretensiones referidas a enriquecimiento sin causa o indebido**, pago de indemnizaciones o cualquier otra que se derive u origine en la falta de aprobación de prestaciones adicionales o de la aprobación parcial de estas, por parte de la Entidad o de la Contraloría General de la República, según corresponda, no pueden ser sometidas a conciliación, arbitraje, ni a otros medios de solución de controversias establecidos en la presente Ley o el reglamento, correspondiendo en su caso, ser conocidas por el Poder Judicial. Todo pacto en contrario es nulo”. (énfasis agregado)*

QUINTO.

¹⁰ Pazos Hayashida, Javier. Código Civil Comentado, Lima, Gaceta Jurídica, 2003, Tomo VI.

Sin perjuicio de lo antes expuesto, si se demuestra que ha existido el daño emergente, es decir, si se corrobora la afectación del patrimonio del CONSORCIO y esta afectación comprende el valor de las prestaciones derivadas del CONTRATO, corresponderá a este colegiado ordenar el pago por concepto de indemnización, pues este concepto, se sustentaría en el beneficio indebido que habría obtenido la ENTIDAD, por haberse enriquecido a través de la ejecución de un CONTRATO que originalmente habría estado previsto para ser ejecutado de manera distinta.

Nótese que esta aseveración tiene asidero legal, pues de conformidad con el numeral 34.1 del artículo 34 de la LEY, se dispone lo siguiente en torno a la modificación del CONTRATO y la necesidad de mantener el equilibrio económico financiero del mismo:

*“El contrato puede modificarse en los supuestos contemplados en la Ley y el Reglamento, por orden de la Entidad o a solicitud del contratista, para alcanzar la finalidad del contrato de manera oportuna y eficiente. En este último caso la modificación debe ser aprobada por la Entidad. **Dichas modificaciones no deben afectar el equilibrio económico financiero del contrato, en caso contrario, la parte beneficiada debe compensar económicamente a la parte perjudicada para restablecer dicho equilibrio, en atención al principio de equidad**”.*
(énfasis agregado)

Como se observa, la citada disposición guarda vinculación con una de las características más importantes y principales de los contratos sujetos a la normativa de las contrataciones del Estado: las prestaciones recíprocas. Así, si bien es obligación del contratista ejecutar las prestaciones pactadas a favor de la ENTIDAD, es también obligación del Estado cumplir con las obligaciones que le corresponden, entre estas el pago de la respectiva contraprestación recibida.

Además, el mencionado artículo de la LEY regula los supuestos en los que se modifica el CONTRATO, que como conoce este colegiado, se encuentran debidamente contemplados en el REGLAMENTO¹¹, siendo los siguientes: (i) la aprobación de prestaciones adicionales, (ii) la reducción de prestaciones, (iii) la ampliación de plazo, (iv) la cesión de posición contractual y (v) las modificaciones convencionales al contrato.

A partir de lo antes expuesto, este tribunal corrobora que el CONTRATO puede ser modificado, en primer término, por la concurrencia de las voluntades de ambas partes. En efecto, para el caso de la

¹¹ De acuerdo a lo establecido en el Capítulo IV que regula las modificaciones del Contrato, correspondiente al Título VI del Reglamento.



ampliación de plazo, es el contratista quien debe solicitar esta solicitud respetando las formalidades, procedimiento y plazos establecidos en la normativa de las contrataciones del Estado, mientras que, para el caso de la modificación convencional, debe existir acuerdo entre las partes.

Por otro lado, a diferencia de lo que ocurre en los supuestos antes descritos, para el caso de las prestaciones adicionales y sus reducciones, de conformidad con el artículo 34 de la LEY se dispone que la ENTIDAD tiene la potestad de ordenar unilateralmente estas modificaciones, siendo esta una de sus prerrogativas públicas, siempre que estos actos sean además indispensables para alcanzar la finalidad del CONTRATO.

Independientemente de lo antes expuesto, si bien la normativa de las contrataciones del Estado permite que el CONTRATO pueda ser modificado por voluntad de ambas partes o por decisión unilateral de la ENTIDAD, en ambos casos debe preservarse el equilibrio económico financiero del CONTRATO, con la finalidad de concertar los intereses de ambas partes y exista una razonable equivalencia no solo entre sus derechos y obligaciones, sino también en sus respectivas prestaciones.

Sobre este último punto, la Dirección Técnico Normativa del OSCE ha señalado en la Opinión No. 182-2017/DTN lo siguiente en torno al equilibrio económico financiero del CONTRATO:

“En este supuesto, corresponderá a la Entidad adoptar las medidas que fueran pertinentes para reajustar el monto del contrato, a efectos que éste se ejecute de acuerdo con lo previsto originalmente, sin que ello determine un perjuicio económico para el contratista. Ello, con la finalidad de mantener el equilibrio económico financiero del contrato¹², como de manera unánime reconoce la doctrina: “(...) el acto lesivo emanado de cualquier órgano o repartición estatal, sea o no de la autoridad pública que celebró el contrato, habilita al contratista para requerir una reparación integral, invocando para ello la teoría del hecho soberano (hecho del príncipe). Para configurar el hecho del príncipe la decisión debe provenir de cualquier autoridad pública y afectar el desarrollo del contrato”.¹³ (subrayado agregado)

¹² Bandeira De Mello, brinda la siguiente definición: “Entiéndase por ecuación económico – financiera, la relación de igualdad y equivalencia, entre las obligaciones que el contratado tomará a su cargo como consecuencia del contrato y la compensación económica que en razón de aquellos le corresponderá”. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Las Cláusulas de Reajuste de Precios en los Contratos Administrativos*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998, Pág. 904.

¹³ DROMI, Roberto. *Licitación Pública*, Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1995, 2ª ed., Pág. 647.

Por su parte, SANTISTEVAN DE NORIEGA Y LOREDO ROMERO¹⁴ sostienen que la figura del equilibrio económico financiero surge como respuesta en el ámbito de la contratación con el Estado:

“(…) Como consecuencia del ejercicio de las atribuciones exorbitantes -pretendidamente inherentes a este en materia de contratación de obras y servicios públicos- la modificación contractual respetando el equilibrio económico financiero del contrato aparece como la alternativa más favorable para las partes y para el cumplimiento de los fines públicos a que se contraen los contratos que suscribe el Estado. En efecto, bajo el principio de dar prioridad al interés público en la culminación de una obra o en la dotación de un servicio público tradicionalmente se consideraba que el Estado quedaba facultado para exigir, en uso de sus facultades exorbitantes de ius variandi, el cumplimiento del contrato aun en condiciones negativas para el contratista, o sustituir al contratista para lograr la ejecución contractual por un tercero. Este principio nació como una protección a los privados que contraten con el Estado puesto que son estos quienes se encuentran más expuestos frente a una lesión a su patrimonio derivada de un cambio en las circunstancias de cumplimiento del contrato o del ejercicio de las facultades exorbitantes del Estado”. (subrayado agregado)

Conforme ha sido apreciado por este tribunal, el principio de mantener el equilibrio financiero económico del CONTRATO es una figura que busca armonizar los intereses de las partes, la cual surge además como consecuencia de hechos o circunstancias que no resultarían atribuibles a las partes, por haber acontecido con posterioridad o de manera sobreviniente a la celebración del CONTRATO, o por hechos o circunstancias que serían imputables a la administración pública.

Es sobre esta última circunstancia que el tribunal arbitral desea analizar y poner mayor énfasis, pues de acuerdo con la postura del CONSORCIO, su representada se habría visto obligada a ejecutar el CONTRATO bajo condiciones distintas a las que se había comprometido, pues habría recibido amenazas de parte de la ENTIDAD de imponer penalidades y resolver el CONTRATO si no cumplía con la ejecución del mismo, motivo por el cual se le generaron sobrecostos no previstos.

De ahí que, si el equilibrio económico financiero del CONTRATO se ha visto afectado como sostiene el CONSORCIO, este no se habría producido por algún hecho ajeno a las partes, sino por la conducta de la ENTIDAD (o como la doctrina sostiene, hecho del príncipe o de la administración) pues la parte actora ha reconocido que, por actuación de su contraparte, (arreglada a derecho o no, eso lo veremos más adelante), ha incurrido en sobrecostos, los cuales deberían ser resarcidos como daño emergente.

¹⁴ Santistevan de Noriega, J. y Loredó, A. (2006). El equilibrio económico financiero en los contratos que se suscriben con el Estado, con especial referencia a los contratos de concesión para la promoción de la inversión privada en obras de infraestructura pública. Revista *Ius Et Veritas*, No. 33, p. 42.



Nótese que el caso fortuito o la fuerza mayor son supuestos que en principio no deberían ser objeto de estudio, pues si bien se tratan de situaciones de exoneración de responsabilidad que se caracterizan por ser extraordinarios, imprevisibles e irresistibles, no resultarían aplicables al presente caso, pues si bien la venida de lluvias es un evento que afectó la ejecución del servicio, era predecible que ello sucediera para las partes, razón la cual acordaron condiciones especiales en el CONTRATO para su contingencia.

En efecto, ante el riesgo que de que se generaran alteraciones a las condiciones climatológicas, mediante la absolución de las consultas de las Bases, documento que forma parte del CONTRATO, conforme lo prevé el artículo 116 del REGLAMENTO¹⁵, se contempló la obligación de suspender las actividades ante la venida de lluvias, lo cual demuestra que los trabajos de descolmatación debían ejecutarse sin poner en riesgo al personal y equipo de trabajo.

Además, cuando el CONSORCIO le comunica a la ENTIDAD la metodología constructiva, se había previsto que se trabajaría únicamente en condiciones en el cauce de río Chicama sean adecuadas como para permitir el libre y continuo desplazamiento de los equipos y personal de piso, no contemplando actividades adicionales que podrían realizarse, como consecuencia del inicio de la temporada de lluvias en la quebrada del río Chicama.

SEXTO.

Tomando en cuenta el marco jurídico antes expuesto, de acuerdo con la demanda formulada, el CONSORCIO sostiene como primer ítem de su primera pretensión principal, relativo a la interrupción en la actividad de descolmatación del cauce del río Chicama – Tramos No. 03, 04 y 05, que la ejecución del servicio en condiciones distintas a las pactadas le generó un impacto económico de S/ 1,108,505.57 en perjuicio del CONSORCIO, conformados de la siguiente manera:

¹⁵ **Artículo 116.- Contenido del Contrato**

“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 procedimiento de selección que establezcan obligaciones para las partes”.

Concepto	Monto
Mayor costo de mano de obra	S/ 578,906.34
Mayor costo de maquinaria	S/ 529,599.23
Total costos por interrupción (sin IGV)	S/ 1,108,505.57

Para respaldar su posición, el CONSORCIO ha señalado, en primer término, que su contraparte no había cumplido con suspender el CONTRATO, a pesar de haber dejado constancia en el cuaderno de obra de la ocurrencia de precipitaciones desde el día 10 de enero de 2018 y a pesar de haber emitido el Informe No. 008-2018/PROD/1866 para la Supervisión dando a conocer la situación de los tramos 1, 3, 4 y 5 posterior a las precipitaciones ocurridas el 15 y 16 de febrero de 2018. Veamos:

Tramo 03:

En esta zona del tramo 03 se presente un incremento significativo del flujo, lo que a su vez origino que activaran cursos de agua desde 500m aguas arriba y fuera del tramo entre el km 41+700 al km 45+800, materia del servicio de descolmatación contratado y que a su vez origino que el flujo corriera fuera de la zona descolmatada y por la parte exterior del dique afectando a los agricultores cercanos a la zona del rio.

Cabe mencionar que en esta zona se habían culminado las actividades de descolmatación y conformación del dique y así mismo la ejecución de dren francés proyectados en la FTD y comunicados y visados por la Supervisión.

Tramo 04:

En el tramo 04, el incremento de las aguas en el cauce del rio, se dio dentro de la zona descolmatada, pero cabe mencionar que los trabajos pendientes en el km 56+300 al km 57+400, margen izquierda, generan un riesgo alto de desborde del rio, que compromete a los agricultores de la zona y además de exponer a la vía nacional que se encuentra a 400m de la zona de descolmatación.

En esta zona se cuenta con un avance físico de 90%, quedando pendiente la definición de los trabajos en la zona del km 56+300 al km 57+400, margen derecha.

Tramo 05:

En el tramo 05, el incremento de las aguas en el cauce del rio ha sido significativo. Se han tenido que realizar algunos diques de tierra de protección (fuera del alcance del proyecto), con la finalidad de continuar con el enrocado, sin embargo, la actividad se está viendo limitada por el rendimiento y por la calidad misma de la actividad.

En este tramo las actividades de descolmatación, conformación de bordos, etc., están terminados al 100%, quedando sólo pendiente los trabajos de enrocado, los que podrían detenerse por la imposibilidad de ejecutar estas actividades.

Al respecto, mediante Informe No. 040-2018/WEHH de fecha 9 de marzo de 2018, la ENTIDAD concluyó que el hecho generador invocado por el CONSORCIO para solicitar la paralización o



suspensión del CONTRATO no tenía sustento técnico pues de acuerdo con la visita de campo realizada por sus ingenieros, los caudales diarios del río durante su visita habían sido inferiores a los caudales diarios normales, por lo que se le apercibió al CONSORCIO a cumplir con sus obligaciones.

A raíz de esta decisión, el CONSORCIO refiere haber sufrido un perjuicio como consecuencia de la interrupción de la descolmatación de los tramos 3, 4 y 5, afectando el rendimiento asignado para la mano de obra y maquinaria pues su representada habría ejecutado un mayor trabajo en presencia de lluvias que en temporada de estiaje, debiendo adecuarse a nuevas condiciones de ejecución de la obra que originalmente no estaban previstas en el CONTRATO.

En estas circunstancias, el CONSORCIO sostiene que debió continuar con la ejecución de los trabajos de descolmatación, generándole sobrecostos por mano de obra y maquinaria pues a raíz de una comunicación notarial cursada por la ENTIDAD el día 19 de marzo de 2018, se le requirió el cumplimiento de sus obligaciones, bajo apercibimiento de resolver el CONTRATO debido que, para ese entonces, el contratista ya había abandonado la obra.

SÉPTIMO.

Sobre el particular, este tribunal estima pertinente señalar que los hechos que originaron las controversias suscitadas en torno a este primer ítem se encuentran claramente definidos. En efecto, existen indicios razonables para suponer que la presencia de las lluvias originó retrasos para ejecución del servicio prestado, condición climatológica que se encontraría probada con el cuaderno de obra y con los reportes emitidos por el Senamhi, los cuales forman parte de los anexos de la demanda.

Además, de acuerdo con los medios probatorios presentados al proceso, se advierte que la propia Supervisión había brindado su conformidad a la suspensión de la obra por haberse configurado un riesgo al personal de trabajo y maquinaria si continuaba con la ejecución de los trabajos bajo las condiciones climatológicas descritas, trayendo como consecuencia el incremento del río Chicama, por lo que recomendaba la suspensión de la actividad, según Carta No. 078-2018 CVG-TRAMO I.

En este punto, este colegiado estima pertinente señalar la inspección realizada por los ingenieros de la ENTIDAD, los cuales se describen en el Informe No. 040-2018/WEHH, no resulta ser prueba



suficiente para desestimar la solicitud de suspensión, pues la visita de campo realizada por la ENTIDAD solo fue efectuada en dos oportunidades, evaluación que resulta ser insuficiente si consideramos que los caudales de los ríos se incrementan considerablemente por aquellos meses.

No obstante, si bien existen, como expresamos, indicios razonables para suponer que el caudal del río se había incrementado, ello no significa que este tribunal deba reconocer de forma automática el sobre costo que demanda el CONSORCIO sobre este primer ítem, pues un primer aspecto que este colegiado considera pertinente analizar, se encuentra referido a determinar si ha existido por parte de la ENTIDAD obligación de suspender o paralizar los trabajos ante la presencia de las lluvias.

Como ha sostenido el CONSORCIO durante el desarrollo del presente proceso, en el pliego de preguntas y absolución de consultas a las Bases, el Comité de Selección manifestó que *“de producirse un evento extraordinario que ponga en riesgo al personal y equipo se suspenderá inmediatamente las actividades”*. Es sobre la base de esta “garantía” que el CONSORCIO decidió contratar con la ENTIDAD pues consideraba que se trataba de una obligación que ejecutaría la ENTIDAD.

Sin embargo, contrariamente a lo manifestado por el CONSORCIO, este colegiado considera que la absolución realizada a las consultas de las Bases, no requerían la aprobación de la ENTIDAD para suspender la actividad de descolmatación, no solo porque no ha existido una disposición contractual que regule esta obligación de la ENTIDAD, sino porque en el marco de la normativa de las contrataciones del Estado, no se encuentra regulada dicha obligación.

En efecto, si bien existe una regulación en el CONTRATO sobre la forma de mitigación de los efectos de la venida de lluvias, lo cierto es que la absolución realizada no termina siendo precisa, pues no desarrolla con amplitud cuál sería el procedimiento de suspensión del CONTRATO que las partes adoptarían ante tales eventos. En ese sentido, y al tratarse de una relación contractual ajustada a la normativa de las contrataciones del Estado, sus disposiciones resultan ser exigibles para las partes.

Así, el numeral 153.1 del artículo 153 del REGLAMENTO establece que *“(...) cuando se produzcan eventos no atribuibles a las partes que originen la paralización de la obra, **estas pueden acordar la suspensión del plazo de ejecución de la misma, hasta la culminación de dicho evento**, sin que*



ello suponga el reconocimiento de mayores gastos generales y costos, salvo aquellos que resulten necesarios para viabilizar la suspensión”. (énfasis agregado)

Como se observa, si bien el citado artículo del REGLAMENTO ha previsto la suspensión del plazo de ejecución de una obra en caso se produzcan eventos no atribuibles a las partes que paralicen la obra, este colegiado observa que la norma de contrataciones del Estado solo habilita a que las partes puedan acordar la suspensión del plazo de ejecución del contrato hasta que se finalice el evento invocado, no siendo una obligación de la ENTIDAD suspender las obligaciones del CONSORCIO.

En todo caso, si existe una obligación de suspender el CONTRATO que venía ejecutando el CONSORCIO, para este colegiado, dicha obligación recaía en el propio contratista pues la actividad de descolmatación se encontraba a su cargo y por tanto responsable de la calidad ofrecida de su servicio conforme lo dispone la LEY¹⁶, razón por la cual era también responsable de las prestaciones que venía ejecutando hasta su recepción y conformidad por parte de la ENTIDAD.

OCTAVO.

No obstante, independientemente de que la ENTIDAD debía o no suspender el CONTRATO por las razones que ha expuesto el CONSORCIO, lo cierto es que esta parte continuó ejecutando sus obligaciones, generándole como sostiene en su demanda “daños” por causa propia, pues como ha quedado corroborado por este colegiado, se aprecia que el CONSORCIO había consentido en continuar con la ejecución del CONTRATO cuando debió haber suspendido el mismo.

Ante tal escenario, este colegiado se cuestiona, ¿cuál debería ser la conducta razonable de una persona que se encuentra en una situación de riesgo? pues se observa que se encontraba en una situación de peligro inminente para continuar con ejecución del CONTRATO, no solo porque así lo demostró el propio CONSORCIO, sino también la Supervisión, razón por la cual, resulta razonable que el CONSORCIO adopte la conducta necesaria para mitigar el riesgo que estaba sufriendo.

¹⁶ **Artículo 40.- Responsabilidad del contratista.**

“40.1 El contratista es responsable de ejecutar la totalidad de las obligaciones a su cargo, de acuerdo a lo establecido en el contrato. (...)”



Nótese que lo anterior guarda estrecha vinculación con el principio de mitigación que se encuentra recogido en el artículo 1327 del Código Civil, el cual establece que *“el resarcimiento no se debe por los daños que el acreedor habría podido evitar usando la diligencia ordinaria, salvo pacto en contrario”*. En ese sentido, no sería posible pretender el resarcimiento de un daño si el menoscabo se produce por el propio actuar de la víctima por no haber ejecutado sus prestaciones de forma diligente.

En este punto, es preciso señalar que el CONSORCIO ha referido que su representada se vio en la necesidad de continuar ejecutando sus prestaciones como consecuencia de haber recibido la Carta Notarial No. 0028-2018-MINAGRI-PSI-OAF de fecha 19 de marzo de 2018, a través de la cual, la ENTIDAD le apercibió resolver el CONTRATO si no continuaba con la ejecución de los trabajos debido a que, para ese entonces, el CONSORCIO ya había abandonado la obra.

Al respecto, este tribunal hace notar que el informe por el cual el CONSORCIO solicita la suspensión de los trabajos data del 16.02.2018, mientras que el plazo de ejecución del CONTRATO venció el día 09.03.2018, de acuerdo con la Cláusula Quinta del CONTRATO, de tal manera que se desprenden dos conclusiones sumamente importantes, la primera, es que el CONSORCIO se encontraba bajo situación de riesgo por 22 días, sin tomar ninguna acción necesaria para su mitigación.

La segunda, es que la comunicación notarial por la cual el CONSORCIO refiere haberse sentido amenazado o apercibido fue cursada por la ENTIDAD con fecha posterior al término del plazo de ejecución contractual, con lo cual, carece de asidero fáctico y legal la posición formulada por el CONSORCIO sobre este punto, pues el contratista para aquel entonces, ya no tenía obligación que realizar o prestar a favor de la ENTIDAD pues el plazo de ejecución contractual ya había concluido.

En tal sentido, si bien el cumplimiento recíproco y oportuno de las prestaciones pactadas por las partes es la situación esperada en el ámbito de la contratación pública, a veces, dicha situación no siempre queda verificada durante la ejecución contractual pues alguna de las partes puede verse imposibilitada de cumplirlas. Para ello, la LEY y el REGLAMENTO han previsto la resolución del contrato por caso fortuito o fuerza mayor, ante la imposibilidad sobreviniente de ejecutar las prestaciones:



Artículo 36.- Resolución de los contratos.

“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”.

Artículo 135.- Causales de resolución.

“(…)

Cualquiera de las partes puede resolver el contrato por caso fortuito o fuerza mayor que imposibilite de manera definitiva la continuación del contrato”.

En ese sentido, considerado que la venida de las lluvias implica un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor que como el artículo 1315 del Código Civil lo define, *“es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso”*, queda claro que si el contratista actuaba con diligencia ordinaria quedaba exento de responsabilidad por la inejecución de sus obligaciones.

Además, si el CONSORCIO habría optado por suspender el CONTRATO o en todo caso resolverlo, ciertamente este colegiado habría coincidido con su postura de reconocer el supuesto daño alegado, sin embargo, considerando que el evento dañoso se produjo -en parte- por causa atribuible al CONSORCIO, pues tenía alternativas legales para mitigarlo, este colegiado concluye que debe asumir las consecuencias de su actuar, por lo que la demanda en este extremo debe ser declarada infundada.

NOVENO.

Respecto al segundo ítem de la primera pretensión principal, el CONSORCIO sostiene que su contraparte debe pagarle S/ 1,591,665.61 derivado del impacto económico por cambio de precio unitario de las partidas de roca colocada y excavación de uña para roca. Para sustentar su posición, el CONSORCIO refiere que el día 27.11.2017, la ENTIDAD le informó que la Junta de Usuarios de Agua Valle Chicama había decidido que se modificarían las labores de enrocado al volteo, que era la protección del cauce del río Chicama:

3. MODIFICACIONES EN LA PROTECCIÓN CON ENROCADO

La Junta de Usuarios de Agua Valle Chicama, mediante los documentos de las referencias f) y g), ha solicitado la modificación de los alcances de los metrados de Descolmatación (Disminución) en relación a los metrados de Protección con Enrocado (Incremento), con el argumento de que el descolmatado sin enrocado constituye una inversión casi inútil, pues desaparece en la primera crecida del río Chicama. Es más como obra de Prevención, el enrocado al volteo no será suficientemente efectivo, requiriéndose rehacer el enrocado en la etapa definitiva, lo que significa hacer doble inversión. Así mismo solicita una mayor longitud del enrocado contratado.

En el siguiente cuadro consignado en el Oficio No. 024-2017-UE 02 MGRH-ANA/CDLL de fecha 27 de noviembre de 2017, se indican las longitudes del enrocado propuesto por la Junta. Veamos:

CUADRO N° 03 COMPARATIVO ENTRE FICHA TECNICA REFERENCIAL Y SOLICITUD JUNTA DE USUARIOS DE AGUA VALLE CHICAMA						
TRAMO I	PROPUESTA JUNTA DE USUARIOS CHICAMA		FICHA TECNICA REFERENCIAL		EXCESO SOLICITADO POR LA JU CHICAMA	
	DESCOLMATACION (Km)	PROTECCION C/ROCA (Km)	DESCOLMATACION (Km)	PROTECCION C/ROCA (Km)	DESCOLMATACION (Km)	PROTECCION C/ROCA (Km)
1	5.926	5.926	6.465	4.00	6.465	6.000
3	6.305	6.305	3.947	2.00	3.947	3.900
4	3.58	3.58	3.927	1.00	3.927	3.000
5	3.068	1.00	3.068	1.00	3.068	2.000
TOTAL	18.879	16.811	17.407	8.00	17.407	14.90
TRAMO II	PROPUESTA JUNTA DE USUARIOS CHICAMA		FICHA TECNICA REFERENCIAL		EXCESO SOLICITADO POR LA JU CHICAMA	
	DESCOLMATACION (Km)	PROTECCION C/ROCA (Km)	DESCOLMATACION (Km)	PROTECCION C/ROCA (Km)	DESCOLMATACION (Km)	PROTECCION C/ROCA (Km)

Como podemos apreciar, la propuesta de la Junta de Usuarios estaba dirigida a modificar las longitudes y características¹⁷ de la descolmatación y protección con roca, las cuales fueron consideradas en el acta de reunión de trabajo del día 30.11.2017, a través de la cual se concluyó que el contratista debía realizar la elaboración de la ficha técnica parcial, incluyendo las partidas indicadas en la ficha referencial y partidas nuevas necesarias del contrato, conforme se observa:

¹⁷ En efecto, de acuerdo con el folio 5 del Oficio No. 024-2017-UE 02 MGRH-ANA/CDLL, se mencionó que, en relación a las características del enrocado, debe ser con uña de cimentación y roca acomodada, lo que también sería convalidado con un menor volumen de descolmatación.



CENTRO DE
**ANÁLISIS Y RESOLUCIÓN
DE CONFLICTOS
PUCP**

7/ ACUERDOS:

1. Que la Contratista realice la elaboración de la ficha Técnica parcial al porcentaje que crea conveniente (pero más del 20% mínimo según contrato) incluyendo las partidas indicadas en la ficha referencial y partidas nuevas necesarias para la finalidad del contrato el punto de inicio del tramo se inicie en el Puente Careaga y culmina en Puente Victoria.

En este punto, el colegiado observa que el día 4 de diciembre de 2017, el CONSORCIO presentó la Ficha Técnica Parcial para la aprobación de la Autoridad Nacional del Agua - ANA, siendo que los precios de las nuevas partidas de enrocado habían sido aprobados por la Supervisión. Dicha Ficha Técnica Parcial fue aprobada por el Programa Subsectorial de Irrigaciones mediante Oficio No. 0165-2017-MINAGRI-PSI-OGZNT de fecha 12 de diciembre de 2017 y validados por el ANA:



PERÚ Ministerio de Agricultura y Riego



"Año del Buen Servicio al Ciudadano"

Trujillo, 12 de Diciembre del 2017

OFICIO N° 0165-2017-MINAGRI-PSI-OGZNT

Señores:
CONSORCIO CHICAMA ASCOPE
Renato Eduardo Rojas Balta
Representante Legal Común
Urb. Santa Teresita Mz. B -2 Lote 7 Casa Grande
La Libertad.-



Asunto: Conformidad y Validación de Ficha Técnica Parcial e Inicio de la Actividad de Descolmatación del Cauce del Río Chicama - Tramo I

Referencia: a) Informe Técnico N° 001-2017-CHICAMA-CACR
b) Oficio N° 31-2017-MGRH-ANA/CD LL
c) Informe Técnico N° 002-2017-UE MGRH-GMTM

De mi consideración:

Me dirijo a Usted, con la finalidad de saludarlo cordialmente y a su vez, regularizar el correo electrónico enviado el día 12.12.2017, con el cual se pone en conocimiento de su representada la CONFORMIDAD de la Ficha Técnica Parcial al 37.16% por el tramo contratado, brindada por el Supervisor del "Servicio de Elaboración de Ficha Técnica Definitiva y Descolmatación del Cauce del Río Chicama -Tramo I", en el marco de lo dispuesto en la Ley 30556", así como la VALIDACIÓN de la misma, otorgada por la Autoridad Nacional del Agua - ANA.

En tal sentido, habiéndose producido la concurrencia de las condiciones establecidas en el numeral 8 de los Términos de Referencia, se le requiere el inmediato INICIO DE EJECUCIÓN de la Actividad de Descolmatación del Cauce del Río Chicama - Tramo I, con el propósito que se terminen o concluyan los trabajos antes de la época de lluvias.

Finalmente, cabe precisar que la Ficha Técnica Definitiva deberá ser entregada para su revisión, validación y aprobación, en el plazo y forma establecidos en los instrumentos contractuales, con la finalidad de evitar atrasos que perjudiquen la normal ejecución de los trabajos.

Atentamente,

Ing. Oscar Walter Mechan Caicay
JEFE ZONAL
OFICINA DE GESTIÓN ZONAL TRUJILLO

C.C.
Archivo
OMC/mbd

CUT N° 04363-2017-PSI

Calle Pablo Tuch N°535 Urb. Las Quintanas - Trujillo - La Libertad
T: (044) 203516
www.psi.gob.pe
www.minagri.gob.pe

Trabajando para todos los peruanos



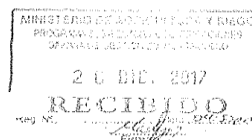
A partir de esta aprobación, se observa que la ENTIDAD requirió el inmediato inicio de la ejecución de la actividad de descolmatación del río Chicama, haciendo mención que la Ficha Técnica Definitiva debía ser entregada para su revisión, validación y aprobación por la Autoridad Nacional del Agua, la misma que fue aprobada el día 21 de diciembre de 2018 mediante Oficio No. 36-2017-MGRH-LL, adjuntando el Informe Técnico No. 003-2017-UE MGRH-GMTM:



Trujillo, 20 de diciembre de 2017

OFICIO N° 036 -2017-MGRH-LL

Señor Ingeniero
OSCAR W. MECHÁN CAICAY
Jefe de la Oficina de Gestión Zonal PSI - La Libertad
Trujillo .-



ASUNTO VALIDACIÓN de la Ficha Técnica Definitiva al 100%, presentada por el CONSORCIO CHICAMA- ASCOPE, referente a Río Chicama TRAMO I

REFERENCIA a) Con Carta CCA-008-17/ANA, de fecha 18.12.2017 (hora 17:30), en 426 folios + CD
b) Informe Técnico N° 003 -2017-UEMGRH-GMTM (20.12.2017)

Es grato dirigirme a Usted a fin de comunicarle que habiendo revisado el contenido de la Ficha Técnica Definitiva de Descolmatación del Cauce del Río Chicama del Tramo I, esta coordinación, en apoyo a la Autoridad Local de Aguas, en atención a las atribuciones conferidas a la Autoridad Nacional del Agua por la Ley N° 29338 Ley de Recursos Hídricos que específicamente en el capítulo II, artículo 15, establece:

Ítem 12: Ejercer jurisdicción administrativa exclusiva en materia de aguas, desarrollando acciones de administración, fiscalización, control y vigilancia, para asegurar la preservación y conservación de las fuentes de agua, de los bienes naturales asociados a éstas y de la infraestructura hidráulica ejerciendo para tal efecto la facultad sancionadora y coactiva.

Dar por validada esta Ficha Técnica Definitiva de Descolmatación Chicama Tramo I, estando apta para servir de guía técnica para las actividades de Descolmatación que su representada ha contratado con la empresa CONSORCIO CHICAMA-ASCOPE, se adjunta Informe Técnico N° 003-2017-UEMGRH – GMTM del 20.12.2017 de esta revisión.

Así mismo en virtud de la citada ley, en apoyo a la Autoridad Local de Aguas, ejercemos fiscalización, control y vigilancia de la ejecución de dicha descolmatación, y que luego de las gestiones de autorizaciones correspondientes se inicie la intervención en el lecho del citado río.

Sin otro particular.

Atentamente,


ING° **HUBER VERGARA DÍAZ**
Coordinador Departamental La Libertad
Río Chicama Tramo I

Nótese que de acuerdo con el mencionado Informe Técnico No. 003-2017-UE MGRH-GMTM, la propia Autoridad Nacional de Agua – ANA validó la entrega de la Ficha Técnica Definitiva del servicio brindando su conformidad respecto de la protección con enrocado que sería con uña de protección y enrocado del talud con roca acomodada, manifestando que el contratista había presentado información de los tramos de enrocado que se indican en el siguiente cuadro:

CUADRO COMPARATIVO ENTRE FICHA TÉCNICA REFERENCIAL Y SOLICITUD JUNTA DE USUARIOS DE AGUA VALLE CHICAMA						
TRAMO I	PROPUESTA JUNTA DE USUARIOS CHICAMA		FICHA TECNICA REFERENCIAL		PROPUESTO OFICIO Nº 024-2017-UE 02 MGRH-ANA/CDLL	
	DESCOLMATACION (Km)	PROTECCION C/ROCA (Km)	DESCOLMATACION (Km)	PROTECCION C/ROCA (Km)	DESCOLMATACION (Km)	PROTECCION C/ROCA (Km)
1	5.926	5.926	6.465	4.00	6.465	6.000
3	6.305	6.305	3.947	2.00	3.947	3.900
4	3.58	3.58	3.927	1.00	3.927	3.000
5	3.068	1.00	3.068	1.00	3.068	2.000
TOTAL TRAMO I	18.879	16.811	17.407	8.00	17.407	14.90

Se da la conformidad de este ítem

DÉCIMO.

Hasta este punto, este colegiado ha hecho un recuento de los hechos acontecidos en torno a la presentación de la Ficha Técnica Parcial y Definitiva, ambas aprobadas, como se desprende de los medios probatorios presentados al expediente, no solo por la Supervisión, sino también por la Autoridad Nacional del Agua – ANA, en estricto cumplimiento con los términos del CONTRATO. En efecto, de acuerdo con la Cláusula Quinta del mismo, se dispuso lo siguiente en torno a su ejecución:

“Elaboración de Ficha Técnica Definitiva:

De hasta veintiún (21) días calendarios. Debiendo tener en consideración, que a partir del día 13 se inicia la ejecución de las actividades, entendiéndose que a partir de esa fecha se desarrollarán paralelamente, las actividades de elaboración de la Ficha Técnica Definitiva y la Ejecución de las actividades.

Ejecución de las Actividades:

De hasta noventa (90) días calendario. El plazo para la elaboración de la Ficha Técnica Definitiva se iniciará al día siguiente de la firma del contrato.

Con el objetivo de que se terminen o concluyan los trabajos antes de la época de lluvias; se dispone que, para la elaboración de la Ficha Técnica Definitiva, el Contratista estará obligado a presentar, dentro de los primeros siete (7) días calendario, desde el siguiente día de la firma del contrato, una Ficha Técnica Parcial que considere como mínimo el veinte por ciento (20%) del tramo contratado; con la finalidad de iniciar la ejecución de la actividad de descolmatación, previa revisión y aprobación de la supervisión y de la Entidad.

Asimismo, a los veintiún (21) días posteriores a la firma del contrato, el Contratista deberá presentar la Ficha Técnica Definitiva de todo el tramo contratado, que incluirá el tramo mínimo parcial del 20% que fuera presentado para el inicio de la ejecución de la actividad contratada”.



Como vemos, el CONTRATO establecía dos obligaciones claramente diferenciadas, las cuales debía ejecutar el CONSORCIO, la primera, la entrega de la Ficha Técnica Definitiva y la segunda, la ejecución de las actividades de descolmatación, no obstante, y con el objeto de que se terminen o se concluyan los trabajos antes de la época de lluvias, el CONTRATO establecía que, para la elaboración de la Ficha Técnica Definitiva, se debía presentar una Ficha Técnica Parcial.

Cabe señalar que los Términos de Referencia del CONTRATO definían con precisión los alcances de esta Ficha Técnica Definitiva, siendo los siguientes:

5.1 ELABORACION DE FICHA TECNICA DEFINITIVA

Como parte de la Ficha Técnica Definitiva (FTD) que preparará la Empresa Contratista, se indicará en planos de planta y perfil del río o quebrada a descolmatar, en función de los tramos indicados en el numeral 5.3 de estos Términos de Referencia que se encuentran con cursos de agua a través de una batimetría, permitiendo contar con una plantilla o sección transversal (cada 10 ml en curvas y 20 ml en tramos rectos), para ello deberá definirse rasante con una pendiente que garantice una eficiente conducción del flujo de agua en condiciones de máximos eventos, determinándose el área transversal y su correspondiente volumen a ser removido o evacuado del cauce del río.

La ubicación y distancia del Depósito de Material Excedente será señalado o definido en los planos de la Ficha Técnica Definitiva, o en su defecto, precisado en campo por el Supervisor.

Las actividades de conformación y/o rehabilitación de diques y las otras actividades de prevención previstos en la ficha referencial, será precisadas en planos (ubicación, preparación de la superficie, origen del material a utilizar, forma y grado de compactación).

Contenido de la Ficha Técnica Definitiva

El esquema del contenido mínimo que se requiere para la Ficha Técnica Definitiva será el siguiente:

- 1) Secciones transversales cada 10 m en curvas y 20 m en línea recta, por cada uno de los Tramos indicados en el numeral 5.3 de estos Términos de Referencia.
- 2) Alineamiento del eje de la sección proyectada
- 3) Perfil longitudinal de la rasante, con cota de inicio y fin en cada Sección transversal.
- 4) Metrados
- 5) Presupuesto
- 6) Equipo mínimo
- 7) Especificaciones Técnicas de la(s) Actividad(es).

La Ficha Técnica Definitiva, deberán presentarse, además de forma física, en formato digital con archivos ejecutables

Por otro lado, el mismo CONTRATO disponía que la Autoridad Nacional del Agua – ANA era la entidad encargada de la validación de la Ficha Técnica Definitiva y Parcial. Veamos:



“Cláusula Décima: Conformidad de la prestación del servicio

La conformidad del servicio será emitida por la Dirección de Infraestructura de Riego del Programa Subsectorial de Irrigaciones – PSI, previa opinión favorable de conformidad de la Supervisión encargada, una vez culminado el servicio.

Con respecto a la Elaboración de Fichas Técnicas Parcial y Definitiva:

La Ficha Técnica Definitiva, así como la Ficha Técnica Parcial equivalente al 20% mínimo del tramo contratado, deben ser presentadas en un (1) original y tres (3) copias. Esta información deberá ser presentada en formato físico y digital.

La Autoridad Nacional del Agua (ANA), es la entidad encargada de la validación de la Ficha Técnica Definitiva, la que incluye también la Ficha Técnica Parcial equivalente al 20% mínimo del tramo contratado. Para ello, dentro del plazo establecido para ambos casos, el CONTRATISTA presentará la Ficha correspondiente (un original y una copia, en formato físico y digital) ante la oficina de la ANA de la localidad, para su revisión y, simultáneamente, a la Supervisión (dos copias, en formato físico y digital), la cual el mismo día la remitirá a la Entidad (oficina de coordinación local) para el control de plazos”.

En ese sentido, este colegiado aprecia que el procedimiento y aprobación de la Ficha Técnica Parcial y Definitiva ha sido cumplido por el CONSORCIO, pues contrariamente a lo manifestado por la ENTIDAD en su escrito de contestación de demanda, ambos documentos tuvieron la aprobación de la Autoridad Nacional del Agua – ANA e incluso por el propio Programa Subsectorial de Irrigaciones - PSI, aun cuando los términos del CONTRATO así no lo exigían.

UNDÉCIMO.

Sin perjuicio de lo antes expuesto, y con la finalidad de resolver este extremo de la controversia suscitada entre las partes, este colegiado observa que a pesar de haber sido aprobada la Ficha Técnica Definitiva por la Autoridad Nacional del Agua – ANA, la ENTIDAD señaló haber formulado observaciones a este documento mediante Carta No. 325-2018-MINAGRI-PSI-DIR de fecha 15 de febrero de 2018, es decir, alrededor de dos meses después de haber brindado su aprobación.

A través de dicha comunicación, la ENTIDAD adjuntó el Informe No. 177-2018-MINAGRI-PSI-DIR/OEP a través del cual señaló que el contratista debía informar y sustentar las partidas adicionales (excavación de uña y protección de uña y talud con roca acomodada) dado que no correspondían con la tipología de actividades de prevención, recomendado que se adecuen las partidas a las actividades que se venían realizando como excavación con base de roca al volteo.



Dicha comunicación fue absuelta por el CONSORCIO el día 19 de febrero de 2018, adjuntando nuevamente la Ficha Técnica Definitiva con la información complementaria requerida por la ENTIDAD, es decir modificando las partidas que originalmente habían sido aprobadas por las de (i) excavación para base de roca al volteo y (ii) acomodo de roca al volteo, siendo esta la Ficha Técnica Definitiva aprobada por la ENTIDAD mediante Carta No. 351-2018-MINAGRI-PSI-DIR de fecha 19.02.2018:



"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para Mujeres y Hombres"
"Año del Diálogo y la Reconciliación Nacional"

Lima, 19 FEB. 2018

CARTA N° 0351 -2018-MINAGRI-PSI-DIR

Señor
RENATO EDUARDO ROJAS BALTA
Representante Común
CONSORCIO CHICAMA - ASCOPE
Av. Paseo de la República N° 4675 - Surquillo
Lima.-

Asunto : Servicio de Elaboración de Ficha Técnica Definitiva y Descolmatación del cauce del Río Chicama – Tramo I

Referencia : a) Carta N° CCA-049-2018
b) Informe N° 0187-2018-MINAGRI-PSI-DIR/OEP

Tengo el agrado de dirigirme a usted, con relación al documento de la referencia a), por el cual el Consorcio CHICAMA - ASCOPE remite la Ficha Técnica Definitiva del servicio de Elaboración de Ficha Técnica Definitiva y descolmatación del cauce del Río Chicama – Tramo I, la cual cuenta con la aprobación y conformidad del Ingeniero Cesar Calderón Romero en calidad de supervisor, Ingeniero Huber Vergara Díaz en calidad de Coordinador Departamental La Libertad UE 02 MGRH-ANA, para su revisión y aprobación por la Oficina de Estudios y Proyectos.

Al respecto, esta dirección sustentada en el documento b), de la referencia, para dar cumplimiento a los trámites administrativos, se otorga la aprobación de la Ficha Técnica Definitiva denominada "Servicio de Elaboración de Ficha Técnica Definitiva y Descolmatación del cauce del Río Chicama – Tramo I", comunicando a su representada para realizar las acciones correspondientes.

Sin otro particular, hago propicia la oportunidad para expresarle los sentimientos de mi especial consideración y estima.

Atentamente;

PROGRAMA SUBSECTORIAL DE IRRIGACIONES
ING. MARIA BUSTOS DE LA CRUZ
DIRECTORA DE INFRAESTRUCTURA DE RIEGO

Se emite una copia al supervisor del servicio

MJB/D/CRC/aaaa
CUT : 01036-2018-PSI

Calle Teniente Emilio Fernández N° 130 - Santo Beatriz - Lima
T: (511) 421-9488
www.psi.gob.pe
www.minagri.gob.pe

Trabajando para
todos los peruanos

En este punto, este colegiado estima pertinente señalar que independientemente de que la ENTIDAD haya formulado observaciones a la Ficha Técnica Definitiva de manera extemporánea, pues la cláusula décima del CONTRATO dispone que la Autoridad Nacional del Agua – ANA tiene un plazo de dos días hábiles a partir de recibida la Ficha, para revisar y pronunciarse respecto de su validez o para observarla, lo cierto es que el CONSORCIO consintió las observaciones realizadas.



En efecto, tal y como se encuentra probado en el expediente, a pesar de que originalmente estaba previsto la ejecución de partidas de enrocado al volteo (excavación y acomodado), posteriormente a solicitud de la Junta de Usuarios se modificaron estas partidas pues a su consideración, el enrocado al volteo no sería suficientemente efectivo, siendo sobre la base de estas partidas incluidas en la Ficha Técnica Parcial que el CONSORCIO empezó a ejecutar el servicio a partir del 14.12.2017¹⁸.

No obstante, como se corrobora a partir de los medios probatorios presentados al proceso, el propio CONSORCIO absolvió las observaciones formuladas por la ENTIDAD en el mes de febrero de 2018, relativas a las partidas adicionadas con la excavación de uña y protección de uña y talud con roca acomodada, pues no correspondían con la tipología de actividades de prevención, razón por la cual la ENTIDAD le exigió que adecue las partidas a las que se venía trabajando.

En ese sentido, llama la atención de este colegiado el cambio realizado por el CONSORCIO sobre las partidas involucradas y que se habrían adicionado a raíz de la solicitud formulada por la Junta de Usuarios, pues si bien fueron inicialmente aprobadas por el ANA, al final se terminaron modificando, en ese sentido, ¿qué es lo que realmente terminó ejecutando el CONSORCIO y a qué precio, las partidas de enrocado al volteo o las de roca acomodada, considerando que estas últimas eran partidas adicionales al proyecto?

DUODÉCIMO.

Los cuestionamientos que se formula este colegiado no son en vano, pues en el informe pericial de parte, el cual sirve de sustento técnico y económico para el CONSORCIO, el perito concluyó que los trabajos de las nuevas partidas no estaban contemplados en los documentos contractuales, aspecto que, de ser corroborado, corresponderá al colegiado ordenar el pago por concepto de adicional al CONTRATO y no como obligación de dar suma de dinero como sostiene el CONSORCIO.

Nótese que lo anterior tiene asidero legal, pues de conformidad con el numeral 139.6 del artículo 139 del REGLAMENTO, se dispone lo siguiente en torno a la ejecución de prestaciones adicionales en el

¹⁸ De acuerdo con el asiento No. 13 del cuaderno de obra.

marco de un contrato de modalidad mixta y con carácter de emergencia como es el caso que nos ocupa:

*“Excepcionalmente, en el caso de prestaciones adicionales en los contratos de modalidad mixta con carácter de urgencia, cuya falta de ejecución ponga en peligro a las personas o afecte la integridad de la infraestructura pública o la continuidad del servicio público, **se puede autorizar la ejecución de dichas prestaciones mediante comunicación escrita al contratista, sin perjuicio de la verificación que debe efectuar la Entidad, previamente a la emisión de la resolución correspondiente, sin la cual no puede efectuarse pago alguno**, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad”. (énfasis agregado)*

Precisamente sobre este último punto, el perito de parte concluyó en su informe pericial que, para poder valorizar los trabajos ejecutados, el contratista se había visto obligado a considerar en los precios unitarios de las nuevas partidas los rendimientos indicados por la ENTIDAD, por lo que la falta de pago por los trabajos realizados de estas partidas nuevas, le había generado un impacto económico al CONSORCIO que representaba S/ 1,591,665.61 más IGTV, más los intereses correspondientes:

Ítem	Descripción	Und	Cantidad	Precios Unitarios aprobados por la Supervisión		Precios Unitarios aprobados por PSI		Diferencia
				P.U. S/.	Parcial S/.	P.U. S/.	Parcial S/.	Parcial S/.
03	PROTECCIÓN DE ROCAS AL VOLTEO							
03.04	EXCAVACIÓN PARA BASE DE ROCA AL VOLTEO	M3	91,380.00	6.41	585,745.80	3.90	356,382.00	229,363.80
03.05	ACOMODO DE ROCA AL VOLTEO	M3	155,346.00	23.68	3,678,593.28	16.94	2,631,561.24	1,047,032.04
	COSTO DIRECTO				4,264,339.08		2,987,943.24	1,276,395.84
	GASTOS GENERALES	17.30%			737,730.66		516,914.18	220,816.48
	UTILIDAD	7.40%			315,561.09		221,107.80	94,453.29
	SUBTOTAL				5,317,630.83		3,725,965.22	1,591,665.61
	IGV	18%			957,173.55		670,673.74	286,499.81
	TOTAL PRESUPUESTO				6,274,804.38		4,396,638.96	1,878,165.42

DÉCIMO TERCERO.

No obstante, un aspecto que observa este tribunal es que el perito de parte ha considerado en su informe pericial como partidas nuevas la excavación para base de roca al volteo y acomodo de roca al volteo, cuando dichas partidas formaban parte de los metrados a ejecutar¹⁹, siendo más bien las partidas de roca acomodada (excavación de uñas para enrocado y enrocado de protección colocado) las partidas del servicio que debían ser consideradas nuevas o adicionales al servicio ejecutado:

Términos de Referencia del CONTRATO:

¹⁹ Información extraída del Informe Pericial de Parte.

METRADOS A EJECUTAR:

DESCRIPCIÓN	UND	CANTIDAD
TRABAJOS PRELIMINARES		
Caseta de guardiana y almacén	Gbl	1
DESCRIPCIÓN		
Rehabilitación de caminos de acceso	Km	1.00
Replanteo topográfico del trazo	Km	17.40
Control topográfico	Km	17.40
MOVIMIENTO DE TIERRAS		
Excavación, Corte, Descolmatación (*)	m3	6'840,080.0
Conformación de Diques (**)	m3	578,051.25
PROTECCION DE ROCAS AL VOLTEO		
Extracción de rocas con explosivos para enrocado	m3	76,500
Selección y acopio de roca	m3	76,500
Carguillo y transporte de roca, distancia mayor a 16 kms.	m3	76,500

Nótese que lo anterior se encuentra debidamente corroborado con la Carta No. 0002-17/PSI de fecha 30 de noviembre de 2017, a través de la cual, el CONSORCIO envió para aprobación de la Supervisión los precios unitarios de las partidas nuevas (excavación de uñas para enrocado por un valor de S/ 7.96/m³ y enrocado de protección colocado por un valor de S/ 23.12/m³), conforme se observa en la documentación adjunta en el informe pericial técnico presentado por el CONSORCIO:



CONSORCIO CHICAMA - ASCOPE

Consorcio Chicama Ascope
Av. Paseo de la República N° 4675,
Surquillo, Lima, Perú
Telf: (511) 213 0444
Lima - Perú

Casa Grande, 30 de noviembre de 2017

CCA-0002-17 /PSI

Señores:
SUPERVISOR TRAMO I
Presente. -

Atención : Ing. Cesar Augusto Calderón Romero
Supervisor del Tramo I

Asunto : Actividades Nuevas – Conciliación de Nuevos Precios Unitarios

Referencia : a) Contrato de Servicios No. 138-2017-MINAGRI-PSI
Contratación del servicio de elaboración de ficha técnica definitiva y Descolmatación del cauce del Río Chicama – Tramo I”.
b) Acta de reunión de trabajo coordinaciones-Inicio de actividades de descolmatación Río Chicama Tramo I, del 30/11/2017
c) Oficio N° 024-2017-UE-02 MGRH-ANA/CDLL, del 27/11/2017.

MINISTERIO DE AGRICULTURA Y RIE
PROGRAMA SUB-SECTORIAL DE IRIGACIONE
OFICINA DE GESTION ZONAL - TRUJILLO

01 DIC. 2017

RECIBIDO

De nuestra consideración:

La presente tiene por finalidad presentarles el sustento de las Actividades Nuevas con sus respectivos Análisis de Precios Unitarios, según lo siguiente:

- En reunión de coordinación llevada a cabo el día lunes 27/11/2017, con la participación de los jefes Zonales del PSI, ANA, ALA, Contratista y demás representantes, nos hicieron llegar el Oficio N° 024-2017-UE 02 MGRH-ANA/CDLL en el que, en líneas generales, indican :
“.....Esta información que debe ser tomada en cuenta por los Contratistas para la elaboración de la Ficha Definitiva correspondiente, y son aspectos contemplados en las referencias b), c), d) y e) y son indispensables para la ejecución de los servicios contratados que se indican en la referencia a)”.
En este documento nos alcanzan las coordenadas de arranque y final de cada tramo, los que han sido verificados en el campo el día martes 28.11.17, existiendo algunas inexactitudes que son motivo de análisis por parte del cliente.
También indican los sectores y longitudes, donde se considera necesario incluir el servicio de enrocado, para los diferentes tramos, totalizando una longitud aproximada de 14.90 km. Finalmente, indican en relación al enrocado: “En relación a las características del enrocado, debe ser con uña de cimentación, y roca acomodada, lo que también será convalidado con un menor volumen de Descolmatación”. Es decir, debemos presentar en la Ficha Técnica Parcial y Definitiva las nuevas actividades que sean necesarias para ejecutar el servicio de enrocado de acuerdo al requerimiento de este documento.
- De acuerdo a la reunión llevada a cabo el día Jueves 30/11/2017 con representantes del PSI, ANA y Contratista se ha suscrito el Acta de la referencia.
En el ítem 1., “Que el contratista realice la elaboración de la Ficha técnica Parcial el porcentaje que crea conveniente (pero más del 20% mínimo según contrato), incluyendo las partidas indicadas en la Ficha Referencial y partidas nuevas necesarias para la finalidad del contrato, el punto de inicio del tramo se inicia en el Puente Careaga y culmina en el Puente Victoria” (las letras en negrita y subrayado son nuestros).

Tomando en consideración lo indicado líneas arriba, adjuntamos a la presente las nuevas actividades, con los precios unitarios nuevos y sus respectivas especificaciones técnicas:

- 03.04 Excavación de uñas para enrocado (S/.7.96 /m³) y
- 03.05 Enrocado de protección colocado (S/. 23.12 /m³)



De acuerdo con estos valores aprobados en la Ficha Técnica Parcial, el CONSORCIO solicita el pago de las partidas adicionales, que, según el perito de parte, constituyen las partidas de rocas al volteo, pero que como hemos visto, las partidas adicionales que fueron solicitadas por la Junta de Usuarios se encontraban conformadas en realidad por roca acomodada y uña para enrocado, las cuales eran adicionales al proyecto pues complementan y ofrecen una mayor protección al tramo del río Chicama.

En ese sentido, este colegiado observa que estas partidas adicionales no solo son distintas en su nomenclatura, sino también en su método constructivo, razón por la cual el precio unitario de las mismas valía más según la comunicación del CONSORCIO en S/6.41 soles/m³ y S/23.68 soles/m³. Evidentemente, si se demuestra que el CONSORCIO ejecutó esta clase de partidas en el servicio, a raíz de la comunicación de la Junta de Usuarios debe compensársele su valor en dinero.

Sin embargo, de acuerdo con el informe pericial de parte, se observa que el perito ha referido que el CONSORCIO ejecutó las partidas de roca al volteo, es decir, las partidas que ya formaban parte de los metrados a ejecutar, justificando el mayor valor de las mismas por las condiciones de trabajo que habían sido ejecutadas, pues los trabajos se efectuaban en condiciones de estiaje, por lo que debían ejecutarse antes de la ocurrencia lluvias y/o avenidas en el río Chicama.

Sobre este último punto, durante el desarrollo y análisis del primer ítem de la primera pretensión principal, este colegiado ya se ha pronunciado respecto de las condiciones climatológicas del servicio, señalando que el CONSORCIO al ser el responsable por la ejecución del servicio tenía alternativas suficientes para que de manera diligente pueda suspender o resolver el CONTRATO por caso fortuito y mitigar de esta manera el daño causado por las lluvias.

Además, de acuerdo con los medios probatorios que obran en el expediente, este colegiado advierte que el CONSORCIO no ha acreditado haber ejecutado las partidas que habían sido solicitadas por la Junta de Usuarios para exigir el pago que está pretendiendo en este punto, sino más bien haber ejecutado las partidas relacionadas al enrocado de volteo que como el informe pericial técnico señala *comprende la extracción de roca de cantera, la selección y transporte al sitio de aplicación*²⁰.

²⁰ Loc. Cit.

Así, si bien en el análisis de los precios unitarios, inicialmente el CONSORCIO había previsto ejecutar la partida 3.04 denominada excavación para uña de enrocado en material común y la partida 3.05 denominada enrocado para protección, de acuerdo con el análisis de las valorizaciones presentadas y que obran en el expediente, se observa que el CONSORCIO ejecutó la partida 3.04 denominada excavación para base de roca al volteo y la partida 3.05 denominada acomodo de roca al volteo.

Además, de acuerdo con el acta de constatación y verificación de fecha 26 de mayo de 2018, se verificó la ejecución del acomodo de roca al volteo en los tramos 1, 3, 4 y 5:

17a

ACTA DE CONSTATACIÓN Y VERIFICACIÓN

EL DÍA DE HOY SABADO VEINTISEIS DE MAYO DE DOS MIL DIECIOCHO, SIENDO LAS TRES DE LA TARDE CON DIEZ MINUTOS, YO PERCY ROJAS PLASCENCIA, JUEZ DE PAZ DEL C.P. SAUSAL, ME CONSTITUÍ AL SECTOR DE CHICLIN, SAUSAL, PAMPAS Y COJITAMBO, CORRESPONDIENTES AL TRAMO 1, 3, 4 Y 5 RESPECTIVAMENTE DEL SERVICIO DE DESCOLMATACIÓN DEL RÍO CHICAMA - TRAMO I, EN EL DISTRITO CHICAMA, PROVINCIA ASCOPE, DEPARTAMENTO LA LIBERTAD, LUGAR DONDE SE DESARROLLARON LAS ACTIVIDADES DEL SERVICIO DE DESCOLMATACIÓN DEL RÍO CHICAMA - TRAMO I POR EL CONSORCIO CHICAMA - ASCOPE, CON EL OBJETIVO DE CONSTATAR Y VERIFICAR LA CULMINACIÓN DE LOS SERVICIOS CONTRATADOS, TODO ESTO CON LA PRESENCIA DEL SEÑOR PEDRO PABLO AQUINO, TENIENTE GOBERNADOR DEL C.P. SAUSAL.

DANDO INICIO A ESTA DILIGENCIA, PROCEDÍ A CONSTATAR Y VERIFICAR QUE LOS SERVICIOS DE DESCOLMATACIÓN, CONFORMACIÓN DE BORDES Y COLOCACION DE ENROCADO DE PROTECCION DE RIBERAS EN EL RÍO CHICAMA - TRAMO I HAN SIDO CONCLUIDOS, EN LOS SIGUIENTES SECTORES:

TRAMOS	DESCOLMATACIÓN (m3)	ESTADO
1	DEL KM. 20+720 AL KM. 27+420	Servicio culminado
3	DEL KM. 41+703 AL KM. 45+800	Servicio culminado
4	DEL KM. 53+480 AL KM. 57+407	Servicio culminado
5	DEL KM. 71+390 AL KM. 74+458	Servicio culminado

TRAMOS	CONFORMACIÓN DE BORDO C/MATERIAL DE CORTE (m3)	ESTADO
1	DEL KM. 20+720 AL KM. 27+420	Servicio culminado
3	DEL KM. 41+703 AL KM. 45+800	Servicio culminado
4	DEL KM. 53+480 AL KM. 57+407	Servicio culminado
5	DEL KM. 71+390 AL KM. 74+458	Servicio culminado

TRAMOS	ACOMODO DE ROCA AL VOLTEO (m3)	ESTADO
1	DEL KM. 20+720 AL KM. 27+420	Servicio culminado
3	DEL KM. 41+703 AL KM. 45+800	Servicio culminado
4	DEL KM. 53+480 AL KM. 57+407	Servicio culminado
5	DEL KM. 71+390 AL KM. 74+458	Servicio culminado

SE DEJA CONSTANCIA DE QUE LA INFORMACION DE UBICACIÓN DE LAS PROGRESIVAS HA SIDO PROPORCIONADA POR EL SOLICITANTE, Y CONCUERDA CON EL TEXTO DEL ORIGINAL DEL ASIENTO No. 15 DEL CUADERNO DE SERVICIOS, QUE HA SIDO MOSTRADO Y VERIFICADO POR MI PERSONA.








Adviértase que no se trata de la misma partida con nomenclaturas distintas, sino como expresamos, de métodos constructivos diferentes y por tanto de precios unitarios distintos, razón por la cual, el CONSORCIO mediante Carta CCA-0002-17/PSI de fecha 30.11.2017 dirigida a la Supervisión comunicó el valor de su precio unitario, no obstante, este colegiado no puede ordenar el pago de la suma reclamada pues esta refleja el valor de partidas que no habrían sido ejecutadas en el proyecto.

DÉCIMO CUARTO.

De otro lado, respecto al tercer ítem de la primera pretensión principal, relacionados con el impacto económico por daños y trabajos fuera de plazo, el CONSORCIO sostiene que el plazo de ejecución contractual se ha excedido, razón por la cual solicita el pago de S/ 1,907,668.34 más IGV, por haberse obligado a ejecutar los trabajos hasta el 26 de mayo de 2018, a raíz de la comunicación notarial recibida por parte de la ENTIDAD cuando el plazo de ejecución contractual ya había finalizado.

De acuerdo con la pericia técnica de parte, se indica que el impacto económico por daños y trabajos fuera del plazo de ejecución contractual se habría generado por las siguientes causas: movilización de equipos por S/ 225,745.40, otros recursos removilizados por S/ 733,936.08 y trabajos de reparación y reconstrucción por S/ 947,986.86, los cuales se habrían originado fuerza del plazo de ejecución contractual pero vinculados a las ampliaciones de plazo solicitadas.

Ciertamente, de acuerdo con los medios probatorios que obran en el expediente, se advierte que el CONSORCIO solicitó ampliación de plazo en dos oportunidades por 47 y 69 días calendarios, sin embargo estas solicitudes fueron desestimadas por la ENTIDAD mediante Resolución Directoral No. 094-2018-MINAGRI-PSI de fecha 15 de marzo de 2018 y Resolución Directoral No. 131-2018-MINAGRI-PSI de fecha 12 de abril de 2018, respectivamente.

Cabe señalar que el pronunciamiento de la ENTIDAD en torno a estas dos resoluciones administrativas no ha sido materia controvertida en el presente arbitraje ni en otro proceso arbitral según ha podido corroborar este tribunal, por lo que el pronunciamiento efectuado por esta parte habría quedado consentido. En ese sentido, corresponde a este colegiado analizar si los trabajos efectuados por el CONSORCIO sin que exista vínculo contractual con la ENTIDAD deban ser reconocidos.



Para tal efecto, es preciso señalar que en materia de contratación pública, es deber del contratista ejecutor realizar la labor encomendada dentro del plazo contractual establecido, por lo que en principio, cualquier trabajo efectuado fuera de este periodo contractual, habría sido realizado a cuenta y costo del propio contratista, máxime si no se le ha reconocido ninguna ampliación contractual de por medio, sin perjuicio de aplicarse las penalidades que correspondan por retraso en la ejecución del servicio.

Así, de acuerdo con el artículo 40 de la LEY se dispone lo siguiente en torno a la responsabilidad que tiene el contratista:

“Artículo 40. Responsabilidad del contratista

40.1 El contratista es responsable de ejecutar la totalidad de las obligaciones a su cargo, de acuerdo a lo establecido en el contrato. (...)”

Sin perjuicio de lo antes expuesto, este colegiado hace notar que las partes aparentemente habrían consentido en continuar con la ejecución del proyecto aun sin que medie un contrato de por medio, razón por la cual el proyecto se continuó e incluso hubo suscripción de un acta de constatación y verificación de la culminación de servicios de descolmatación, lo cual denota que el servicio se ejecutó en su totalidad, satisfaciéndose las necesidades de la ENTIDAD.

En ese sentido, este colegiado advierte que al tratarse de trabajos realizados fuera del plazo de ejecución contractual, es decir, sin que exista una causa jurídica que la avale, se advierte que el pedido se encuentra dirigido a que el tribunal reconozca un enriquecimiento sin causa de la ENTIDAD, aspecto que no puede ser analizado y mucho menos resuelto por los árbitros, pues esta figura jurídica solo puede ser ventilada ante el Poder Judicial, conforme lo dispone el artículo 45 de la LEY:

*“(...)**Las pretensiones referidas a enriquecimiento sin causa o indebido**, pago de indemnizaciones o cualquier otra que se derive u origine en la falta de aprobación de prestaciones adicionales o de la aprobación parcial de estas, por parte de la Entidad o de la Contraloría General de la República, según corresponda, no pueden ser sometidas a conciliación, arbitraje, ni a otros medios de solución de controversias establecidos en la presente Ley o el reglamento, correspondiendo en su caso, ser conocidas por el Poder Judicial. Todo pacto en contrario es nulo”. (énfasis agregado)*

En ese sentido, queda claro que el reconocimiento del impacto económico por daños y trabajos fuera de plazo contractual no puede ser reconocido por tratarse de un pedido claramente improcedente.

De otro lado, respecto al cuarto ítem de la demanda, relacionado con el pago de los mayores gastos generales incurridos fuera del plazo de ejecución contractual, este colegiado advierte que el CONSORCIO pretende el pago de S/ 1,620,352.92 más IGV por haber incurrido en mayores gastos generales que a su criterio, deberían ser reconocidos y pagados por la ENTIDAD como consecuencia de haberse quedado 60 días calendarios adicionales en el proyecto hasta la recepción del mismo.

Sobre el particular, es preciso señalar que de conformidad con el artículo 140 del REGLAMENTO, *“las ampliaciones de plazo en contratos de bienes o para la prestación de servicios en general y consultoría en general dan lugar al pago de los gastos generales debidamente acreditados”*. Como se advierte, el pago de los mayores gastos generales es una consecuencia económica y jurídica del otorgamiento de una solicitud de ampliación de plazo formulada por el contratista.

Al respecto, es preciso mencionar que la normativa de las contrataciones del Estado contempla el pago de los mayores gastos generales con el propósito de reconocer el incremento en los costos y gastos que debe asumir el contratista como consecuencia del incremento del plazo de ejecución del servicio por causas ajenas a su voluntad, de esta forma, la citada normativa contiene disposiciones orientadas a evitar la afectación al equilibrio económico de las prestaciones de las partes.

Sin embargo, considerando que, en el presente caso, no se ha aprobado ninguna solicitud de ampliación de plazo, este colegiado no encuentra razones ni fundamento jurídico para poder amparar la pretensión formulada por el contratista en este extremo, máxime si como expresamos en el desarrollo del ítem anterior, los trabajos efectuados por el CONSORCIO luego del plazo de ejecución contractual, no han tenido expresión de causa, por lo que constituyen un enriquecimiento indebido.

En ese sentido, queda claro que el reconocimiento del pago de los mayores gastos generales incurridos no puede ser reconocido por tratarse de un pedido claramente improcedente.

DÉCIMO SEXTO.



Respecto al quinto ítem de la demanda formulada por el CONSORCIO, relativa al impacto económico por la demora en la aprobación de las valorizaciones y los pagos por la suma ascendente a S/ 48,597.84, este colegiado observa que la pretensión formulada por el contratista se encuentra dirigida a que se le reconozca los intereses generados por el retraso en el pago de las valorizaciones, los cuales se habrían generado desde las siguientes fechas:

Valorización	Fecha de pago	Interés
Valorización No. 1	Se debió pagar el 22.01.18 y se pagó el 27.02.18	S/ 9,153.97
Valorización No. 2	Se debió pagar el 09.02.18 y se pagó el 20.03.18	S/ 9,311.05
Valorización No. 3	Se debió pagar el 23.02.18 y se pagó el 28.03.18	S/ 14,146.88
Valorización No. 4	Se debió pagar el 10.03.18 y se pagó el 12.04.18	S/ 6,935.91
Valorización No. 5	Se debió pagar el 10.03.18 y se pagó el 25.03.18	S/ 1,846.47
Valorización No. 6	Se debió pagar el 06.04.18 y se pagó el 31.05.18	S/ 7,203.56

Por su parte, al momento de contestar la demanda, se observa que la ENTIDAD no ha desconocido el retraso incurrido para la aprobación y pago de estas valorizaciones, más bien ha indicado que su contraparte propone una fórmula para el pago de intereses por la demora en el pago de las valorizaciones, no obstante, de acuerdo con el marco jurídico vigente, tiene sus respectivas fórmulas para el cálculo de los intereses, los cuales serían distintos a los propuestos por el CONSORCIO.

En atención a las posturas de ambas partes, este colegiado estima pertinente señalar que de conformidad con la cláusula cuarta del CONTRATO, se dispone lo siguiente en torno al pago:

“Cláusula Cuarta: Del Pago

La Entidad se obliga a pagar la contraprestación a el contratista en soles, de acuerdo al siguiente detalle:

(...)

b) Ejecución de las Actividades.- Se pagarán en valorizaciones quincenales, como pagos a cuenta, según el avance correspondiente al cronograma de ejecución de las actividades presentadas en el Informe Quincenal respectivo, y con la Conformidad de la Dirección de Infraestructura Agraria y Riego del PSI, previa opinión favorable de conformidad de la empresa Supervisión encargada.

La Entidad debe pagar las contraprestaciones pactadas a favor del contratista dentro de los quince (15) días calendarios siguientes a la conformidad de los servicios, siempre que se verifiquen las condiciones establecidas en el contrato. Para lo cual la Entidad requerirá la siguiente información:

Informe Quincenal del Servicio.

Informe de Conformidad de la empresa encargada de la Supervisión.

Comprobante de Pago.

Código de Cuenta Interbancario.

Para tal efecto, el responsable de otorgar la conformidad de la prestación deberá hacerlo en un plazo que no excederá de los diez (10) días de producida la recepción.

La Entidad debe efectuar el pago dentro de los quince (15) días calendarios siguientes a la conformidad de los servicios, siempre que se verifiquen las condiciones establecidas en el contrato para ello.

(...)

En caso de retraso en el pago por parte de la Entidad, salvo que se deba a caso fortuito o fuerza mayor, el contratista tendrá derecho al pago de intereses legales conforme a lo establecido en el artículo 39 de la Ley de Contrataciones del Estado y en el artículo 149 del Reglamento, los que se computan desde la oportunidad en que el pago debió efectuarse”.

Tomando en cuenta la citada cláusula del CONTRATO, queda corroborado para este colegiado que ante el retraso en el pago de las valorizaciones del CONTRATO, salvo que se trate de un evento extraordinario, impredecible e irresistible que exonere de responsabilidad a la ENTIDAD, el CONSORCIO tiene derecho al pago de los intereses legales correspondientes, de conformidad con lo establecido en el artículo 39 de la LEY y el artículo 149 del REGLAMENTO:

Artículo 39.-

39.1 El pago se realiza después de ejecutada la respectiva prestación, pudiendo contemplarse pagos a cuenta. Excepcionalmente, el pago puede realizarse en su integridad por adelantado cuando, este sea condición de mercado para la entrega de los bienes o la prestación de los



servicios, previo otorgamiento de la garantía, cuando corresponda, conforme se establece en el reglamento.

39.2 Los pagos por adelantado y a cuenta no constituyen pagos finales, por lo que el proveedor sigue siendo responsable hasta el cumplimiento total de la prestación objeto del contrato.

39.3 **En caso de retraso en el pago por parte de la Entidad, salvo que se deba a caso fortuito o fuerza mayor, esta reconoce al contratista los intereses legales correspondientes**, debiendo repetir contra los responsables de la demora injustificada. Igual derecho corresponde a la Entidad en caso sea la acreedora. (énfasis agregado)

Artículo 149.- Del pago

149.1. La Entidad debe pagar las contraprestaciones pactadas a favor del contratista dentro de los quince (15) días calendario siguientes a la conformidad de los bienes, servicios en general y consultorías, siempre que se verifiquen las condiciones establecidas en el contrato para ello. **En caso de retraso en el pago, el contratista tiene derecho al pago de intereses legales, los que se computan desde la oportunidad en que el pago debió efectuarse.** (énfasis agregado)

DÉCIMO SÉPTIMO.

En atención al marco jurídico que nos atañe, este tribunal considera que tanto el pacto de las partes en torno a la forma y oportunidad en que los intereses deben ser contabilizados constituye obligación que declara expresamente, al amparo de la normativa de las contrataciones del Estado, una situación moratoria para el deudor, en este caso, la ENTIDAD, por lo que los intereses legales deberán ser pagados al CONSORCIO contabilizados desde la fecha del vencimiento de la obligación.

Para efectos del pago de los intereses legales, es preciso señalar que tienen por objeto castigar el retraso en el pago de una obligación cierta, por lo que corresponde ordenar el pago de este concepto devengado por el monto adeudado de cada valorización. Para ello, el tribunal considera que estos intereses deben calcularse por el monto adeudado de cada valorización, de acuerdo a la calculadora de interés legal prevista por el BCRP, de conformidad con el artículo 1244 del Código Civil²¹.

²¹ **Artículo 1244.-**

La tasa del interés legal es fijada por el Banco Central de Reserva del Perú”.

Valorización	Monto afecto	Días de atraso	Interés Generado
Valorización No. 1	S/ 2,502,031.06	Se debió pagar el 22.01.18 y se pagó el 27.02.18	S/ 5,841.51
Valorización No. 2	S/ 3,124,020.05	Se debió pagar el 09.02.18 y se pagó el 20.03.18	S/ 7,748.58
Valorización No. 3	S/ 6,793,492.28	Se debió pagar el 23.02.18 y se pagó el 28.03.18	S/ 14,153.16
Valorización No. 4	S/ 3,382,594.82	Se debió pagar el 10.03.18 y se pagó el 12.04.18	S/ 6,941.25
Valorización No. 5	S/ 1,982,704.21	Se debió pagar el 10.03.18 y se pagó el 25.03.18	S/1,849.28
Valorización No. 6	S/ 2,149,972.88	Se debió pagar el 06.04.18 y se pagó el 31.05.18	S/ 7,196.02
TOTAL			S/ 43,729.80

En ese sentido, el tribunal arbitral concluye sobre este ítem de la primera pretensión principal que la ENTIDAD debe pagar al CONSORCIO la suma de S/ 43,729.80 por concepto de interés legal generado por la demora en la aprobación y pago de estas valorizaciones.

Luego de haber examinado todos y cada uno de los ítems de la primera pretensión principal de la demanda formulada por el CONSORCIO, este colegiado concluye que la primera pretensión principal de la demanda formulada por el CONSORCIO debe ser declarada fundada en parte.

DÉCIMO OCTAVO.

Sobre el sexto ítem de la demanda, relativo a la segunda pretensión principal, el CONSORCIO ha solicitado el pago de S/ 1,788,484.21 más IGV por concepto de penalidades impuestas por la ENTIDAD, las cuales habrían sido retenidas en la liquidación del CONSORCIO por supuestos incumplimientos detectados al CONSORCIO. Las penalidades han sido aplicadas a las siguientes valorizaciones del CONTRATO y por los montos que se mencionan en el siguiente cuadro de detalle:

Item	Descripción	Monto
1	Valorización No. 2	S/ 1,037,765.60
2	Valorización Ficha Técnica Definitiva	S/ 45,711.95
3	Valorización No. 3	S/ 211,878.25
4	Valorización No. 4	S/ 339,005.20
5	Valorización No. 5	S/ 254,253.90
6	Valorización No. 6	S/ 221,796.47

Sobre las penalidades aplicadas a la valorización No. 2, de acuerdo con el Informe No. 05-2018-MINAGRI-PSI-DIR-JCCH de fecha 15 de marzo de 2018, la ENTIDAD decidió aplicar cinco penalidades a esta valorización, de acuerdo con los siguientes supuestos detectados:

Supuesto	Monto
Supuesto de no haber presentado el informe correspondiente dentro del plazo	S/ 296,629.55
Supuesto de cambio del personal propuesto sin autorización de la Entidad	S/ 20,750.00
Supuesto empleo de personal/maquinaria distinta al ofrecida en la propuesta	S/ 508,507.80
Supuesta ausencia del Director Técnico	S/ 169,502.60
Supuesta presencia de personal no autorizado por el PSI	S/ 42,375.65
TOTAL	S/ 1,037,765.60

Respecto del primer supuesto detectado, la ENTIDAD sostiene que el CONSORCIO presentó la valorización (periodo del 23.12.2017 al 06.01.2018) el día 13 de enero de 2018, es decir, con 7 días calendario de atraso, pues los informes deben ser presentados en mesa de partes de la ENTIDAD dentro de los cinco días siguientes del periodo a valorizar o a la culminación de la actividad contratada, razón por la cual procedió a aplicar la penalidad por concepto de otras penalidades.



Por su parte, el CONSORCIO ha sostenido que erradamente la ENTIDAD sostiene que el inicio del servicio fue el día 12 de diciembre de 2017, generando un desfase en la fecha de presentación del informe de valorización, ello en mérito a la anotación realizada en el cuaderno de obra el día 14 de diciembre de 2017, a través de la cual, se dejó constancia que ese día se había dado inicio a la ejecución del servicio suscrito con la ENTIDAD, en cumplimiento de la cláusula quinta del CONTRATO.

Sobre el particular, es preciso señalar que de conformidad con el numeral 14 del Capítulo III de las Bases Integradas, *“los informes deben ser presentados en mesa de partes de la Entidad en un original y dos copias, en formato físico y digital, **dentro de los cinco (05) días siguientes del periodo a valorizar o a la culminación de la actividad contratada**. Para este efecto, estos informes deben ser culminados y presentados a la Supervisión el último día del periodo a valorizar, para que la Supervisión los revise y apruebe, recomendando la cancelación del servicio parcial o total, según corresponda”*.

Como se aprecia, las Bases Integradas, documento que forma parte integrante del CONTRATO, conforme lo dispone el propio REGLAMENTO, dispone que el CONSORCIO debe presentar sus informes quincenales dentro de los cinco días siguientes del periodo a valorizar o a la culminación de la actividad contratada. En ese sentido, y para efectos de resolver este primer punto, corresponde precisar a partir de cuándo debían computarse esos periodos quincenales.

Para ello, de acuerdo con la cláusula quinta del CONTRATO, se dispuso que el plazo de ejecución de las actividades se iniciaba a partir del día siguiente de la notificación que aprobaba la Ficha Técnica Parcial, razón por la cual, si el Oficio No. 165-2017-MINAGRI-PSI-OGZNT de fecha 12.12.2017 que aprobó esta documentación fue notificado físicamente al CONSORCIO el día 13.12.2017, entonces a partir del día 14 de ese mes se empezó a computar el plazo de ejecución de las actividades.

Sin embargo, de acuerdo con el último párrafo de la mencionada cláusula del CONTRATO, se acordó que las notificaciones de la ENTIDAD dirigidas al CONSORCIO podían ser también a través de correo electrónico, teniendo la misma validez y eficacia que una comunicación escrita, no obstante, se debía tomar en cuenta su regularización formal documentada en físico, en cumplimiento de los procedimientos normativos y administrativos de la Ley del Procedimiento Administrativo General.



Nótese que la disposición adoptada en el CONTRATO se encuentra debidamente sustentada en virtud de lo dispuesto en el artículo 49 de la LEY:

“Art. 49.- Validez y eficacia de los actos.

(...)

*Sin perjuicio de la obligación de utilizar el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE), adicionalmente a los métodos de notificación tradicionales, **las Entidades pueden utilizar medios electrónicos de comunicación para el cumplimiento de los distintos actos que se disponen en la presente Ley y su reglamento**, considerando los requisitos y parámetros establecidos en las leyes pertinentes. (...)* (énfasis agregado)

Para el caso que nos ocupa, si bien el Oficio No. 165-2017-MINAGRI-PSI-OGZNT fue notificado físicamente al CONSORCIO el día 13 de diciembre de 2017, el mismo documento menciona que un día antes, la ENTIDAD ya había puesto a conocimiento del contratista de la conformidad de la Ficha Técnica Parcial a través de una comunicación electrónica, por lo que, al tratarse de una comunicación válida, debe entenderse que el inicio del plazo de ejecución del proyecto había iniciado el 13.12.2017.



PERÚ

Ministerio
de Agricultura y Riego



“Año del Buen Servicio al Ciudadano”

Trujillo, 12 de Diciembre del 2017

OFICIO N° 0165-2017-MINAGRI-PSI-OGZNT

Señores:
CONSORCIO CHICAMA ASCOPE
Renato Eduardo Rojas Balta
 Representante Legal Común
 Urb. Santa Teresita Mz. B -2 Lote 7 Casa Grande
 La Libertad.-



Asunto: Conformidad y Validación de Ficha Técnica Parcial e Inicio de la Actividad de Descolmatación del Cauce del Río Chicama - Tramo I

Referencia: a) Informe Técnico N° 001-2017-CHICAMA-CACR
 b) Oficio N° 31-2017-MGRH-ANA/CD LL
 c) Informe Técnico N° 002-2017-UE MGRH-GMTM

De mi consideración:

Me dirijo a Usted, con la finalidad de saludarlo cordialmente y a su vez, regularizar el correo electrónico enviado el día 12.12.2017, con el cual se pone en conocimiento de su representada la CONFORMIDAD de la Ficha Técnica Parcial al 37.16% por el tramo contratado, brindada por el Supervisor del “Servicio de Elaboración de Ficha Técnica Definitiva y Descolmatación del Cauce del Río Chicama -Tramo I”, en el marco de lo dispuesto en la Ley 30556”, así como la VALIDACIÓN de la misma, otorgada por la Autoridad Nacional del Agua – ANA.



En ese sentido, considerando que el inicio del plazo de ejecución del servicio empezó el día 13 de diciembre de 2017, este colegiado encuentra correcta la línea de tiempo de las valorizaciones efectuada por la ENTIDAD y recogida por el perito de parte en su informe pericial. Veamos:

A continuación se muestra un cuadro de la línea del tiempo de las valorizaciones.

Cuadro N° 02. Control del tiempo de las valorizaciones (N° 01, N° 02, N° 03, N° 04, N° 05, N° 06 y N° 07)

N° Días	VAL N°01	VAL N°02	VAL N°03	VAL N°04	VAL N°05	VAL N°06				VAL N°07
	Fechas	Fechas	Fechas	Fechas	Fechas	Fechas				Fechas
1	13/12/2017	23/12/2017	07/01/2018	22/01/2018	06/02/2018	21/02/2018	08/03/2018	23/03/2018	07/04/2018	11/04/2018
2	14/12/2017	24/12/2017	08/01/2018	23/01/2018	07/02/2018	22/02/2018	09/03/2018	24/03/2018	08/04/2018	12/04/2018
3	15/12/2017	25/12/2017	09/01/2018	24/01/2018	08/02/2018	23/02/2018	10/03/2018	25/03/2018	09/04/2018	13/04/2018
4	16/12/2017	26/12/2017	10/01/2018	25/01/2018	09/02/2018	24/02/2018	11/03/2018	26/03/2018	10/04/2018	14/04/2018
5	17/12/2017	27/12/2017	11/01/2018	26/01/2018	10/02/2018	25/02/2018	12/03/2018	27/03/2018		15/04/2018
6	18/12/2017	28/12/2017	12/01/2018	27/01/2018	11/02/2018	26/02/2018	13/03/2018	28/03/2018		16/04/2018
7	19/12/2017	29/12/2017	13/01/2018	28/01/2018	12/02/2018	27/02/2018	14/03/2018	29/03/2018		17/04/2018
8	20/12/2017	30/12/2017	14/01/2018	29/01/2018	13/02/2018	28/02/2018	15/03/2018	30/03/2018		18/04/2018
9	21/12/2017	31/12/2017	15/01/2018	30/01/2018	14/02/2018	01/03/2018	16/03/2018	31/03/2018		19/04/2018
10	22/12/2017	01/01/2018	16/01/2018	31/01/2018	15/02/2018	02/03/2018	17/03/2018	01/04/2018		20/04/2018
11		02/01/2018	17/01/2018	01/02/2018	16/02/2018	03/03/2018	18/03/2018	02/04/2018		21/04/2018
12		03/01/2018	18/01/2018	02/02/2018	17/02/2018	04/03/2018	19/03/2018	03/04/2018		22/04/2018
13		04/01/2018	19/01/2018	03/02/2018	18/02/2018	05/03/2018	20/03/2018	04/04/2018		23/04/2018
14		05/01/2018	20/01/2018	04/02/2018	19/02/2018	06/03/2018	21/03/2018	05/04/2018		24/04/2018
15		06/01/2018	21/01/2018	05/02/2018	20/02/2018	07/03/2018	22/03/2018	06/04/2018		25/04/2018

Fuente: Memorando N° 2567 – 2018 – MINAGRI – PSI – DIR

Como se observa, la ENTIDAD considera periodos quincenales, empezando el primer periodo correspondiente a la valorización No. 1 a partir del día 13 de diciembre de 2017 señalando como culminación a los diez (10) días, es decir, del 13 al 22 de diciembre de 2017. Una interpretación equivocada llevaría a suponer que, a raíz de este detalle, se originó un desfase de los periodos quincenales determinando la continuidad de los demás periodos.

Sin embargo, como se advierte de los medios probatorios presentados al proceso, la valorización No. 1 fue presentada por el CONSORCIO el día 28 de diciembre de 2017 y a través de esa comunicación, el propio contratista señaló que su valorización representaba los trabajos ejecutados desde el inicio de las actividades hasta el día 22 de diciembre de 2017, coincidiendo de esta manera con el periodo correspondiente a la valorización No. 1 de la línea de tiempo:



CENTRO DE
**ANÁLISIS Y RESOLUCIÓN
DE CONFLICTOS
PUCP**



Consorcio Chicama Ascope
Av. Paseo de la Republica N° 4675,
Surquillo, Lima, Perú
Telf: (511) 213 0444
Lima - Perú

Casa Grande, 28 de diciembre de 2017

Carta CCA-0003-17-JCMC/DT

Señores:
**PROGRAMA SUBSECTORIAL DE IRRIGACIONES – PSI
OFICINA DE GESTIÓN ZONAL TRUJILLO
CALLE PABLO TUCI N° 535 – URD. QUINTANAS
TRUJILLO**
Presente. -

Atención : Ing. Oscar Walter Mechan Caicay
Jefe de la Oficina de Gestión Zonal

Asunto : Valorización de Obra N° 01

Referencia : Contrato de Servicios No. 138-2017-MINAGRI-PSI
Contratación del servicio de elaboración de ficha técnica definitiva
y Descolmatación del cauce del Río Chicama – Tramo I°.



De nuestra consideración:

Mediante la presente remitimos a Ud., nuestra Valorización de Obra N°01, en cumplimiento de la cláusula cuarta, literal b), del Contrato suscrito No. 138-2017-MINAGRI-PSI de fecha 27 de noviembre de 2017.

Esta valorización de obra, representa los trabajos ejecutados desde el inicio de las actividades hasta el 22 de diciembre de 2017, la misma que han sido elaborada de acuerdo a lo estipulado en el capítulo III, acápite 3.1, N° 14 de las Bases Integradas, adjudicación simplificada – Ley N° 3556, N° 0017-2017-MINAGRI-PSI para su revisión e informe, y procedan con el pago correspondiente.

Sin otro particular nos despedimos de Ud.

Tomando en cuenta estos aspectos, de acuerdo con el cargo de notificación de la valorización No. 2 presentada por el CONSORCIO el día 13 de enero de 2018, el contratista manifestó que representaba los trabajos ejecutados desde el día 23 de diciembre de 2017 hasta el día 6 de enero de 2018, aspecto que también coincide con la línea de tiempo elaborada por la ENTIDAD, no obstante, al haberse presentado fuera del plazo que preve el CONTRATO, corresponde validar la penalidad aplicada:



RECIBIDO
SABADO 13-01-2018

Consorcio Chicama Ascope
Av. Paseo de la Republica N° 4675,
Surquillo,
Telf: (511) 213 0444
Lima - Perú

8:30 A.M.
ING. ARTURO
ELIAS

Casa Grande, 11 de enero de 2018

Carta CCA-007-2018

Señores:
**CONSORCIO VCHISA – GAV
CASA GRANDE S/N – TRUJILLO – LA LIBERTAD**
Presente. -

Atención : Ing. Victor Hugo Calderón Rivera
Jefe de Supervisión

Asunto : Valorización de Obra N° 02

Referencia : Contrato de servicios No. 138-2017-MINAGRI-PSI
Ejecución del Servicio "Contratación del servicio de elaboración de ficha técnica definitiva
y Descolmatación del cauce del Río Chicama – Tramo I°".

De nuestra consideración:

Mediante la presente remitimos a Ud., nuestra Valorización de Obra N° 02, en cumplimiento de la cláusula cuarta, literal b), del Contrato suscrito No. 138-2017-MINAGRI-PSI de fecha 27 de noviembre de 2017

Esta valorización de obra, representa los trabajos ejecutados desde el 23 de diciembre de 2017 hasta el 06 de enero de 2018, la misma que han sido elaborada de acuerdo a lo estipulado en el capítulo III, acápite 3.1, N° 14 de las Bases Integradas, adjudicación simplificada – Ley N° 3556, N° 0017-2017-MINAGRI-PSI para su revisión e informe, y procedan con el pago correspondiente.

En efecto, considerando que la actividad programada había culminado el día 6 de enero de 2018, queda corroborado por este tribunal que el plazo que tenía el CONSORCIO para presentar su valorización había culminado, por lo que al haberse presentado el día 13 de enero de 2018, se corrobora que el contratista incurrió en 7 días calendario de atraso, conforme lo expone el Informe No. 05-2018-MINAGRI-PSI-DIR-JCCH de la ENTIDAD.

DÉCIMO NOVENO.

El segundo supuesto detectado por la ENTIDAD para aplicar penalidad en torno a esta segunda valorización del CONTRATO se encuentra referido al cambio del personal propuesto sin autorización de la ENTIDAD, pues de acuerdo con la postura de esta parte, se habría advertido que el CONSORCIO no cumplió con la totalidad del personal propuesto en su oferta ganadora, lo que habría quedado evidenciado con el Informe de Control Concurrente No. 043-2018-CG/CORETR-CC:

PERSONAL CLAVE - PERMANENCIA 100%	SEGUN PROPUESTA GANADORA	CUADRO DE PROFESIONAL CLAVE ACTUAL	PENALIDAD APLICABLE
DIRECTOR DE PROYECTO (1)	José Carlos Marmanillo	Guillermo Santos	S/ 4,150.00
ASISTENTE DE PROYECTO (2)	Enrique Maceda Nicolini	Jose Luis Nanfuñay	S/ 4,150.00
	Jaime Ricardo Perleche Fuentes	Gerson Anicama	S/ 4,150.00
JEFE DE TOPOGRAFIA (1)	Marco Antonio Tipte Caccha	Adolfo Escobar	S/ 4,150.00
ESPECIALISTA DE SEGURIDAD (1)	Henry Néstor Muñoz Cuenca	Nicolás Osorio	S/ 4,150.00
TOTAL PENALIDAD 2			S/ 20,750.00

Por su parte, el CONSORCIO ha manifestado que el cambio de condiciones de trabajo al que se vio sometido por haber tenido que ejecutar los trabajos en temporada de lluvias, implicó que su representada agencie sus recursos de personal de la mejor manera a fin de cumplir con las metas previstas, mientras que el perito de parte señaló que la dirección técnica de la obra debió distribuir funciones y personal para cumplir con las metas del proyecto.



Sin embargo, pese a la absolución realizada, este colegiado no encuentra razones suficientes para desestimar la penalidad aplicada por la ENTIDAD, pues si bien el CONSORCIO sostiene que no ha existido reemplazo de funcionarios sino de personal complementario para atender los dos turnos de trabajo, lo cierto es que no ha ofrecido medio probatorio indubitable que demuestre que el personal clave de la propuesta ganadora se encontraba laborando.

Además, de acuerdo con el informe pericial de parte, el propio perito del CONSORCIO ha reconocido que el cambio se ha producido en el cargo de director de proyecto²², a partir de esta afirmación, y considerando que el CONSORCIO no ha ofrecido prueba que demuestre lo contrario²³, este colegiado encuentra razones para afirmar que el contratista no ha acreditado que el personal clave contratado se encontraba trabajando en el proyecto, por lo que debe ratificarse esta penalidad.

El tercer supuesto detectado por la ENTIDAD para aplicar penalidad en torno a esta segunda valorización del CONTRATO se encuentra referido al empleo de personal/maquinaria distinta al ofrecida en la propuesta, pues de acuerdo con la postura de esta parte, el CONSORCIO no habría cumplido con proveer el personal o maquinaria ofrecida o en las condiciones ofrecidas en su propuesta o que esta última se encuentre 100% operativa.

Por su parte, el CONSORCIO ha manifestado que la observación nace de un informe de Contraloría luego de una visita ocasional realizada el 20 de diciembre de 2017, apenas una semana de haberse iniciado los trabajos de descolmatación por lo que es lógico que los recursos se integren al proyecto de acuerdo al cronograma y no necesariamente deben estar todos los equipos y personal completo desde el inicio, por lo que no correspondería aplicar penalidad sobre este punto.

Luego de haber recogido las posturas de ambas partes, este colegiado coincide con las alegaciones formuladas por el CONSORCIO, pues evidentemente, al tratarse de un proyecto de descolmatación, con justificada razón, determinado personal y equipo no necesariamente se encontrará en el proyecto

²² Folio 83 del Dictamen Pericial Técnico.

²³ En concordancia con lo dispuesto en el artículo 196 del Código Procesal Civil, el mismo que dispone que la carga de la prueba corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión.



desde el inicio, pues de acuerdo con el calendario de obra, los que se realizaron las visitas de la ENTIDAD²⁴, el CONSORCIO estaba realizando trabajos preliminares:



En ese sentido, resulta lógico que el personal y equipo del CONSORCIO no se encuentre presente totalmente en el proyecto el día de la visita realizada por la ENTIDAD y menos aún el primer día de ejecución del servicio, pues como se verifica, el calendario de obra demuestra que el servicio se ha prestado por etapas claramente definidas por la naturaleza de los trabajos, por lo que la penalidad aplicada por la suma de S/ 508,507.80 deberá ser dejada sin efecto.

El cuarto supuesto detectado por la ENTIDAD para aplicar penalidad en torno a esta segunda valorización del CONTRATO se encuentra referido a la ausencia del Director Técnico, pues de acuerdo con la postura de esta parte, el referido profesional no habría estado presente el 13 y 20 de diciembre de 2017, razón por la cual, se le aplicó una penalidad por la suma de S/ 169,502.60:

²⁴ De acuerdo con el Informe de la ENTIDAD, no se habría proveído el personal ofrecido el 13 y 20 de diciembre de 2017.

3.- En caso que el responsable de la Dirección Técnica no se encuentre presente en el lugar de la prestación de la actividad. Penalidad = 0.002*M

PERSONAL CLAVE PERMANENCIA 100%	SEGUN PROPUESTA GANADORA	Ausencia del personal ofrecido el 13.12.2017	Ausencia del personal ofrecido el 20.12.2017	PENALIDAD APLICABLE
DIRECTOR DE PROYECTO (1)	José Carlos Marmanillo	84,751.30	84,751.30	169,502.60
TOTAL PENALIDAD N°04				169,502.60

Por su parte, el CONSORCIO ha manifestado que las actividades del Director Técnico varían durante el día e implican constante movimiento, por lo que no sería posible que se le aplique penalidad por no encontrarse en su oficina el día de la visita inopinada de la ENTIDAD realizada el 20 de diciembre de 2017, por lo que solicita que se deje sin efecto esta penalidad aplicada.

Sobre el particular este tribunal estima pertinente señalar que contrariamente a lo manifestado por el CONSORCIO, no ha sido una, sino dos veces que la ENTIDAD realizó su visita con la finalidad de constatar la presencia del responsable de la Dirección Técnica, es más, este colegiado aprecia que la primera visita se realizó el primer día de ejecución del servicio, sin tampoco verificarse su presencia.

Cabe señalar que si bien, el perito de parte ha mencionado que en el registro de tarea de personal en la fecha de la visita consta la permanencia del Director Técnico, este colegiado no ha podido corroborar esta información pues en los anexos de este informe pericial únicamente figura adjunto la relación de personal y equipos del día 08.04.2018, 09.04.2018, 15.04.2018 y 16.04.2018.

De ahí que, ante la ausencia injustificada y reiterada en dos oportunidades de este profesional, este colegiado concluye que la penalidad aplicada por la ENTIDAD debe mantenerse.

El quinto y último supuesto detectado por la ENTIDAD para aplicar penalidad en torno a esta segunda valorización del CONTRATO se encuentra referida a haber reemplazo al ingeniero Director Técnico propuesto en la oferta técnica, en el periodo comprendido desde la firma del CONTRATO hasta el 50% del plazo de ejecución transcurrido.

Por su parte, el CONSORCIO ha argumentado que el Director Técnico si se encontraba en el proyecto el día de la visita realizada por la ENTIDAD, manifestando que este profesional cumple funciones que



escapan al trabajo de oficina, como son la de mantener reuniones con proveedores y personal de obra, revisión de funcionamiento de equipos, entre otros.

Sin embargo, como se ha sostenido en el punto anterior, el CONSORCIO no ha proporcionado prueba que demuestre que este profesional se encontraba en el proyecto el día de la visita realizada, o algún documento que demuestre que esta persona tenía relación con el servicio que se estaba ejecutando desde algún cargo directivo, por lo que la penalidad aplicada por esta observación debe validarse.

Dentro de este marco, y luego de haber analizado todos y cada uno de los supuestos de aplicación de penalidad de la segunda valorización del CONTRATO, se ha concluido que debe dejarse sin efecto la penalidad aplicada por el empleo de personal/maquinaria distinta al ofrecida en la propuesta, quedando la penalidad aplicada al CONSORCIO por esta valorización en S/ 529,257.80.

VIGÉSIMO.

La segunda penalidad aplicada por la ENTIDAD se encuentra relacionada con la valorización de la Ficha Técnica Definitiva por la suma de S/ 45,711.95 pues a su criterio, el CONSORCIO no habría cumplido con subsanar las observaciones formuladas de manera oportuna.

Sin embargo, como consta en el expediente, el CONSORCIO cumplió con presentar la Ficha Técnica Parcial dentro de los plazos previstos en el CONTRATO, los cuales recibieron aprobación tanto de la Autoridad Nacional del Agua – ANA como de la ENTIDAD sin formular observaciones.

En efecto, si recordamos, de acuerdo con la cláusula quinta del CONTRATO, mientras que la Ficha Técnica Parcial debía ser presentada dentro los siete primeros días calendarios de suscrito el CONTRATO, la Ficha Técnica Definitiva debía presentarse a los veintiun días calendario.

En el presente caso, considerando que el CONTRATO se suscribió el 27 de noviembre de 2017, entonces la Ficha Técnica Parcial debía presentarse como máximo el 4 de diciembre de ese año, mientras que la Ficha Técnica Definitiva el 18 de diciembre, aspecto que se corrobora.



En ese sentido, queda corroborado por este colegiado que la penalidad aplicada por este segundo supuesto debe ser dejada sin efecto.

VIGÉSIMO PRIMERO.

Finalmente, sobre las penalidades aplicadas a la valorización No. 3, 4, 5 y 6, este tribunal advierte que las penalidades aplicadas por la ENTIDAD se encuentran relacionadas con haber presentado los informes quincenales de dichas valorizaciones con retraso, sin embargo, el CONSORCIO sostiene que el cálculo realizado es errado pues hubo un desfase en los tiempos de presentación.

Sobre el particular, es preciso señalar que durante el desarrollo de la primera observación, este tribunal ha corroborado que no ha existido tal desfase que señala el CONSORCIO. Además, se observa que las valorizaciones No. 3, 4, 5 y 6 han sido presentados de manera extemporánea por el CONSORCIO, motivo por el cual carece de asidero las alegaciones formuladas por el CONSORCIO.

En efecto, de la revisión de los medios probatorios presentados al proceso, se corrobora que dichas valorizaciones fueron presentadas en las siguientes fechas:

Valorización	Periodo	Fecha de Presentación
3	Del 7 de enero al 21 de enero de 2018	26 de enero de 2018
4	Del 22 de enero al 5 de febrero de 2018	13 de febrero de 2018
5	Del 6 de febrero al 20 de febrero de 2018	26 de febrero de 2018
6	Del 21 de febrero al 7 de marzo de 2018	12 de marzo de 2018

En tal sentido, siendo que la presentación de las valorizaciones debía efectuarse a más tardar el último día de cada periodo, este colegiado considera que la penalidad aplicada en torno a la presentación extemporánea de estas valorizaciones debe quedar vigente. Dentro de este marco, y luego de haber

examinado todos los supuestos de penalidad aplicados por la ENTIDAD, la penalidad aplicable y el monto de devolución por este ítem de la demanda asciende a los siguientes montos más IGV:

Ítem	Descripción	Monto
1	Valorización No. 2	S/ 529,257.80
2	Valorización No. 3	S/ 211,878.25
3	Valorización No. 4	S/ 339,005.20
4	Valorización No. 5	S/ 254,253.90
5	Valorización No. 6	S/ 221,796.47
TOTAL		S/ 1,556,191.62
Monto por pagar o devolver		S/ 232,292.59

Siendo así, este tribunal concluye que la segunda pretensión principal de la demanda formulada por el CONSORCIO debe ser declarada fundada en parte.

Sobre los Gastos Arbitrales.

VIGÉSIMO SEGUNDO.

En cuanto a las costas y costos del proceso arbitral, es preciso señalar que, de la revisión del convenio arbitral suscrito entre las partes, no se verifica disposición alguna en torno a la distribución de los gastos arbitrales, de manera que este tribunal considera adecuado remitirse a lo dispuesto en el artículo 73 de la Ley de Arbitraje, aplicable de manera supletoria al presente caso, el mismo que dispone a la letra lo siguiente:

Artículo 73.- Asunción o distribución de costos

“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”.

En el presente caso, es preciso señalar que la conducta de las partes ha sido realizada dentro de los



cánones de la buena fe, por lo que independientemente del resultado, este tribunal considera que no corresponde condenar a una parte al pago exclusivo de los gastos arbitrales y administrativos derivados del presente arbitraje, debiendo cada una de las partes asumir los gastos que involucraron a sus respectivas defensas legales.

8. DECISIÓN.-

Finalmente, el tribunal arbitral deja constancia de que en la elaboración de este laudo ha analizado todos los argumentos de defensa expuestos por las partes y ha examinado todos y cada uno de los medios probatorios aportados al proceso, de acuerdo a las reglas de la sana crítica y al principio de libre valoración de la prueba; y que el sentido de su decisión es el resultado de ese análisis y de su convicción sobre la controversia puesta a su conocimiento y juicio.

En atención a ello y siendo que el tribunal arbitral no representa los intereses de ninguna de las partes y ejerce el cargo con estricta imparcialidad y absoluta discreción, así como que en el desempeño de sus funciones ha tenido plena independencia y no ha estado sometido a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones, gozando del secreto profesional, el tribunal arbitral **LAUDA EN DERECHO** de la siguiente manera:

PRIMERO: DECLARAR FUNDADA -en parte- la primera pretensión principal de la demanda formulada por el CONSORCIO, en consecuencia, la ENTIDAD debe pagar S/ 43,729.80 a favor del CONSORCIO por concepto de intereses legales derivados por el retraso en la aprobación y pagos de las valorizaciones No. 1, 2, 3, 4, 5 y 6.

SEGUNDO: DECLARAR INFUNDADA la primera pretensión principal de la demanda formulada por el CONSORCIO respecto de la interrupción en la actividad de descolmatación del cauce del río Chicama – tramos 3, 4, 5 y respecto al impacto económico por el cambio de precio unitario de las partidas excavación de uña para roca y de roca colocada.

TERCERO: DECLARAR IMPROCEDENTE la primera pretensión principal de la demanda formulada por el CONSORCIO respecto del impacto económico por los daños y trabajos ejecutados fuera del plazo contractual y respecto de los mayores gastos generales derivados de las ampliaciones de plazo.

CUARTO: DECLARAR FUNDADA -en parte- la segunda pretensión principal de la demanda formulada por el CONSORCIO, en consecuencia, no corresponde que la ENTIDAD imponga penalidades por el supuesto empleo de personal/maquinaria distinta a la ofrecida, aplicada en la segunda valorización del CONTRATO y por el supuesto de valorización de ficha técnica definitiva.

QUINTO: DECLARAR INFUNDADA la segunda pretensión principal de la demanda formulada por el CONSORCIO, en consecuencia, corresponde que la ENTIDAD imponga penalidades al CONSORCIO por la suma de S/ 1,556,191.62 más IGV derivado de las valorizaciones 2, 3, 4, 5 y 6, exceptuando el supuesto empleo de personal/maquinaria distinta a la ofrecida, aplicada en la segunda valorización.

SEXTO: DISPONER que los gastos arbitrales sean asumidos por las partes en iguales proporciones, **DEBIENDO** cada una de las partes asumir los gastos que involucraron sus respectivas defensas legales.

SÉPTIMO: DISPONER la publicación de la presente decisión en el portal web del Sistema Electrónico de las Contrataciones del Estado – SEACE, de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.



GONZALO GARCÍA CALDERÓN MOREYRA
Presidente



LEONARDO CHANG VALERAS
Árbitro



VÍCTOR MADRID HORNA
Árbitro

CENTRO DE ARBITRAJE DE LA CÁMARA E INDUSTRIA DE AREQUIPA

Expediente No. 068-2020-TA-CCA

PROYECTO VERDE ASESORES Y CONSULTORES S.A.C
-Demandante-

vs.

PROYECTO ESPECIAL BINACIONAL LAGO TITICACA
-Demandado-

LAUDO DE COMPETENCIA

Tribunal Arbitral

Sandro Espinoza Quiñones (Presidente)
Luis Enrique Ames Peralta
Ernesto Adrián Núñez Puente

Secretaría Arbitral

Miluzka Manrique Masías

Lima, 2021



***CENTRO DE ARBITRAJE DE LA CÁMARA DE COMERCIO E INDUSTRIA DE
AREQUIPA
TRIBUNAL ARBITRAL
RESOLUCIÓN N° 008-2021-TA
EXPEDIENTE N° 068-2020-TA-CCIA***

Arequipa, 19 de agosto de 2021.

El presente laudo de competencia se emite por mayoría, con los votos de los árbitros Sandro Javier Espinoza Quiñones y Luis Enrique Ames Peralta.

VISTO:

- i) Escrito con sumilla “Deducimos Excepción de Caducidad y contesto demanda”, presentado por Proyecto Especial Binacional Lago Titicaca – PEBLT. (en adelante, **PROYECTO ESPECIAL**), el 01 de junio de 2021.
- ii) Escrito con sumilla “Absolvemos excepción de caducidad”, presentado por Proyecto Verde Asesores y Consultores S.A.C. (en adelante, **PROYECTO VERDE**), el 16 de junio de 2021.

ANTECEDENTES:

1. Mediante Resolución N° 006-2021-TA, de fecha 3 de junio de 2021, el Tribunal Arbitral resolvió, entre otros extremos, lo siguiente:

“PRIMERO: ADMITIR a trámite la Excepción de Caducidad y la Contestación de Demanda. Y, CORRER TRASLADO de la excepción deducida a PROYECTO VERDE, para que se pronuncie conforme a su derecho, dentro de un plazo de diez (10) días hábiles.”

2. Mediante escrito de Vistos ii), el **PROYECTO VERDE**, dentro del plazo establecido, absuelve el traslado conferido.
3. Al respecto, el Tribunal Arbitral estima pertinente tener por absuelto el traslado por parte del **PROYECTO VERDE**, conforme lo establecido en la Resolución N° 006-2021-TA.



4. Mediante Resolución N°007-2021-TA, el Tribunal Arbitral comunica a las partes que la excepción de caducidad deducida por el **PROYECTO ESPECIAL**, será resuelta mediante laudo parcial que se expedirá dentro del plazo de treinta (30) días hábiles de notificada la resolución, el mismo que podrá ser ampliado por un plazo no mayor de quince (15) días hábiles adicionales.

ANÁLISIS:

5. De acuerdo a lo señalado líneas arriba, **PROYECTO ESPECIAL** en su escrito de excepción de caducidad menciona lo siguiente:

“En el presente caso, la resolución de contrato por parte de la Entidad fue notificada al Contratista, mediante Carta Notarial N° del 10 de agosto de 2020. [...]

En el plazo de (30) días hábiles, para someter a arbitraje la decisión de resolución de contrato, ampliación de plazo, y recepción de conformidad de prestación, es un plazo de caducidad, por mandato legal.

En el marco legal y contractual expuesto, el Contratista en su NOVENA PRETENSIÓN PRINCIPAL, solicita que se declare la invalidez y/o ineficacia legal de la resolución del contrato de servicios N° 002-2019-MINAGRI-PEBLT-DE, que le fue notificada mediante Carta Notarial N° de fecha 10 de agosto de 2020.

Al respecto, debemos precisar que la Solicitud de Arbitraje por parte del Contratista fue presentada extemporáneamente con fecha 25 de noviembre 2020, por lo que corresponde al el Tribunal Arbitral declarar FUNDADA LA EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD”.

6. Sobre lo mencionado por el demandado, **PROYECTO VERDE** sostiene lo siguiente en su escrito de absolución a la excepción de caducidad:

*“Como se aprecia, el DEMANDANTE inició el respectivo medio de solución de controversias dentro del plazo de treinta (30) días hábiles, ante una institución arbitral, de conformidad con lo dispuesto en los numerales 1 y 2 del Artículo 45 de la LCE, **siendo admitida a trámite por dicha institución. Dicha acción extinguió el plazo de caducidad previsto***



en la Ley y el Reglamento, sin posibilidad de ser “revivido”, puesto que la Normativa de Contrataciones, tal y como precisa la OPINIÓN N° 038-2020/DTN, no ha previsto, ni regulado nada al respecto sobre la facultad de las instituciones arbitrales para inhibirse o declinar el encargo de administrar un arbitraje.

*Y ello parece razonable, pues si la caducidad tiene como telón de fondo la falta de manifestación de voluntad destinada a hacer valer un derecho en forma legal oportuna, y si el solicitante lo ha realizado en forma diligente y el resto del plazo ha sido empleado por la contraparte y por la Institución Arbitral, sin que hubiese habido falta de diligencia por el solicitante en acatar los plazos y disposiciones de la normativa, no cabría que se aplique a este una “sanción” que derribe su derecho reconocido debido a hechos de terceros, máxime si la decisión del centro de arbitraje –**incluso, aunque esta no se ajuste a derecho**– es **inimpugnable**.*

*En efecto, como podrá apreciar el Tribunal, la negativa del Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú, a no administrar el arbitraje solicitado por mi representada, vulneró de manera flagrante la Normativa de Contrataciones, **privándonos del derecho fundamental a la tutela arbitral efectiva**, pues en base a un análisis incompleto de la Normativa de Contrataciones y de las disposiciones previstas en la Cláusula Arbitral, arribó a una conclusión totalmente errada.*

*Como se evidencia el análisis efectuado –**evidentemente sesgado**–, no ha tenido en cuenta que ninguna de las dos “supuestas” instituciones arbitrales incluidas en el convenio arbitral se encontraban registradas y acreditadas ante el OSCE, por consiguiente, resultaba de aplicación lo previsto en el literal primer párrafo y literal d) del numeral 4 del Artículo 185 del RLCE.” [...]*

7. De lo señalado por ambas partes, este Tribunal Arbitral considera como punto importante, el análisis de la cláusula arbitral plasmada en el contrato, pues se tiene que analizar si ambas partes cumplieron con lo establecido en dicha cláusula arbitral. Siendo así, la cláusula Décimo Octava del Contrato de Servicio N° 002-2019-MINAGRI-PEBLT (en adelante, el CONTRATO), establece lo siguiente:

CLÁUSULA DÉCIMO OCTAVA: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS



“Las controversias que surjan entre las partes durante la ejecución del contrato se resuelven mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes.

Cualquiera de las partes tiene derecho a iniciar el arbitraje a fin de resolver dichas controversias dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 122, 137, 140, 143, 146, 147 y 149 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado o, en su defecto, en el inciso 45.2 del artículo 45 de la Ley de Contrataciones del Estado.

El arbitraje será institucional y resuelto por TRIBUNAL ARBITRAL CONFORMADO POR TRES (3) ÁRBITROS. LA ENTIDAD propone las siguientes instituciones arbitrales: CÁMARA DE COMERCIO DE PUNO Y CÁMARA DE COMERCIO DE AREQUIPA.

Facultativamente, cualquiera de las partes tiene el derecho a solicitar una conciliación dentro del plazo de caducidad correspondiente, según lo señalado en el artículo 183 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, sin perjuicio de recurrir el arbitraje, en caso no se llegue a un acuerdo entre ambas partes o se llegue a un acuerdo parcial. Las controversias sobre nulidad del contrato solo pueden ser sometidas arbitraje.

El Laudo arbitral emitido es inapelable, definitivo y obligatorio para las partes desde el momento de su notificación, según lo previsto en el inciso 45.8 del artículo 45 de la Ley de Contrataciones del Estado”.

8. Asimismo, el mismo CONTRATO se rige por la Ley N° 30225 – Ley de Contrataciones con el Estado (en adelante, La Ley) y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 350-2015-EF y modificado por el Decreto Supremo N° 056-2017-EF (en adelante, el Reglamento). Por ello, resulta necesario mencionar el artículo 45.1 y 45.2 de dicha normativa, que señala lo siguiente:

***45.1** Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato se resuelven, mediante conciliación o arbitraje institucional, según el acuerdo de las partes. En el reglamento se definen los supuestos excepcionales para recurrir al arbitraje Ad Hoc. Las controversias sobre la nulidad del contrato solo pueden ser sometidas a arbitraje.*



*45.2 Para los casos específicos en los que la materia en controversia se refiera a nulidad de contrato, **resolución de contrato**, ampliación de plazo contractual, recepción y conformidad de la prestación, valorizaciones o metrados, liquidación del contrato, se debe iniciar el respectivo medio de solución de controversias dentro del plazo de treinta (30) días hábiles conforme a lo señalado en el reglamento. (El subrayado es nuestro)*

9. Sobre la cláusula arbitral y normativa por la cual se rige la presente controversia, se menciona que ambas partes, de querer iniciar un arbitraje dentro del marco arbitral, tienen que cumplir con los siguientes puntos:

- a) El arbitraje será institucional (El Tribunal Arbitral conformado por tres (3) árbitros).
- b) **PROYECTO ESPECIAL** en el convenio arbitral propone que se inicie el arbitraje en las siguientes instituciones arbitrales: Cámara de Comercio de Puno o Cámara de Comercio de Arequipa. Sobre este punto, corresponde determinar si la voluntad de ambas partes era llevar el arbitraje en las instituciones arbitrales ya mencionadas.
- c) La controversia que se dé dentro del marco del artículo 45.2, se debe iniciar el respectivo medio de solución de controversias dentro del plazo de 30 días hábiles.

10. **PROYECTO VERDE**, en su absolución de la caducidad, sostiene que no se puede aplicar dicha excepción caducidad, pues consideran que se presentó en el plazo establecido la solicitud arbitral (plazo de 30 días), ante el Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú:

*“El **07.09.2020**, la empresa **PROYECTO VERDE ASESORES Y CONSULTORES SAC**, **presentó ante el**, la solicitud de arbitraje correspondiente –la misma que contenía las mismas pretensiones que la ahora se presentada–, siendo que **dicha institución la admitió a trámite** con el número de expediente N° 2927-299-20.*

*El **24.11.2020**, el Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú, mediante resolución trasladada por correo electrónico a las 3:27 pm, se declara incompetente para la administración del*



arbitraje. Dicha resolución conforme al Reglamento del Centro de arbitraje, no resulta cuestionable, ni apelable.

El 25.11.2020, el DEMANDANTE trasladó y presentó ante el CENTRO DE ARBITRAJE DE LA CAMARA DE COMERCIO E INDUSTRIA DE AREQUIPA, la misma solicitud de arbitraje que la iniciada en el Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú, siendo que dicha institución la admitió a trámite con el número de expediente N° 068-2020-TA-CCIA.

Como se aprecia, el DEMANDANTE inició el respectivo medio de solución de controversias dentro del plazo de treinta (30) días hábiles, ante una institución arbitral, de conformidad con lo dispuesto en los numerales 1 y 2 del Artículo 45 de la LCE, siendo admitida a trámite por dicha institución. Dicha acción extinguió el plazo de caducidad previsto en la Ley y el Reglamento, sin posibilidad de ser “revivido”, puesto que la Normativa de Contrataciones, tal y como precisa la OPINIÓN N° 038-2020/DTN, no ha previsto, ni regulado nada al respecto sobre la facultad de las instituciones arbitrales para inhibirse o declinar el encargo de administrar un arbitraje”.

Siendo así, analicemos entonces los puntos antes señalados.

A. El Arbitraje será institucional.

11. Sobre el primer punto, *a) el arbitraje será institucional.* Como se menciona en la cláusula arbitral y en la normativa correspondiente, el arbitraje que corresponde es un arbitraje institucional. Al respecto, este Tribunal Arbitral considera que no hay controversia alguna en este punto, pues la solicitud de arbitraje se ha dirigido ante un centro arbitral tal como establece el convenio arbitral y la normativa aplicable. Por ello, sobre el primer punto **PROYECTO VERDE** sí cumplió con lo establecido en la cláusula arbitral y la normativa.

B. Determinar si en el convenio arbitral se encontraba plasmada la voluntad de ambas partes para llevar cualquier controversia en las instituciones arbitrales propuestas por PROYECTO ESPECIAL.

12. Sobre el segundo punto, *b) Determinar si en el convenio arbitral se encontraba plasmada la voluntad de ambas partes para llevar en las siguientes instituciones arbitrales cualquier controversia que se presente: Cámara de Comercio de Puno*



o *Cámara de Comercio de Arequipa*. En efecto, en la cláusula décimo octava del CONTRATO se menciona lo siguiente:

El arbitraje será institucional y resuelto por TRIBUNAL ARBITRAL CONFORMADO POR TRES (3) ÁRBITROS. LA ENTIDAD propone las siguientes instituciones arbitrales: CÁMARA DE COMERCIO DE PUNO Y CÁMARA DE COMERCIO DE AREQUIPA. (El subrayado es nuestro)

13. Sobre el particular, este Tribunal Arbitral considera importante determinar si **PROYECTO VERDE** estaba de acuerdo con las propuestas dadas por **PROYECTO ESPECIAL** en el convenio arbitral; pues como se puede visualizar en el convenio arbitral, las instituciones arbitrales solo fueron una propuesta por parte **PROYECTO ESPECIAL**, mas no había una manifestación de voluntad por ambas partes de llevar a cabo cualquier controversia ante dichas instituciones arbitrales. Sobre este punto, **PROYECTO VERDE** menciona lo siguiente

Y ello parece razonable, pues si la caducidad tiene como telón de fondo la falta de manifestación de voluntad destinada a hacer valer un derecho en forma legal oportuna, y si el solicitante lo ha realizado en forma diligente y el resto del plazo ha sido empleado por la contraparte y por la Institución Arbitral, sin que hubiese habido falta de diligencia por el solicitante en acatar los plazos y disposiciones de la normativa, no cabría que se aplique a este una “sanción” que derribe su derecho reconocido debido a hechos de terceros, máxime si la decisión del centro de arbitraje –incluso, aunque esta no se ajuste a derecho– es inimpugnable.

Como se evidencia el análisis efectuado –evidentemente sesgado–, no ha tenido en cuenta que ninguna de las dos “supuestas” instituciones arbitrales incluidas en el convenio arbitral se encontraban registradas y acreditadas ante el OSCE, por consiguiente, resultaba de aplicación lo previsto en el literal primer párrafo y literal d) del numeral 4 del Artículo 185 del RLCE. (La negrita es nuestra)

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: (...)
d) Cuando a pesar de haberse precisado en el convenio arbitral que el arbitraje es institucional se ha designado a una institución arbitral no acreditada.



14. Asimismo, **PROYECTO VERDE** menciona que decidió recurrir al Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, pues las instituciones arbitrales que se encontraban en la cláusula arbitral no se encontraban registradas y acreditadas ante el Organismo Supervisor de las Contrataciones con el Estado (en adelante, OSCE), por consiguiente, resultaba la aplicación de lo previsto en el literal d) del numeral 4 del Artículo 15 del Reglamento.

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:

(...)

d) Cuando a pesar de haberse precisado en el convenio arbitral que el arbitraje es institucional se ha designado a una institución arbitral no acreditada.

15. Este punto resulta muy cuestionable, pues con dicho argumento de **PROYECTO VERDE**, este Tribunal Arbitral puede determinar que la manifestación de voluntad de **PROYECTO VERDE** era recurrir a las instituciones arbitrales establecidas en el convenio arbitral (corroborando el acuerdo), y que la razón por la cual no realizó dicho acto era porque no se encontraban acreditadas ante el OSCE. En consecuencia, con ello estaría confirmando la manifestación de voluntad de ambas partes de llevar cualquier controversia en las instituciones arbitrales propuestas por **PROYECTO ESPECIAL**.
16. Siendo así, este Tribunal Arbitral considera que las instituciones arbitrales que se encontraban dentro del convenio arbitral, no solo era una propuesta por parte de **PROYECTO ESPECIAL**, sino que al querer recurrir en primera instancia **PROYECTO VERDE** a dichas instituciones arbitrales, se estaría manifestando el acuerdo de voluntades de llevar a cabo las controversias en dichas instituciones arbitrales.
17. Asimismo, **PROYECTO VERDE** confirma la voluntad y el acuerdo de las partes plasmado en el convenio arbitral; pues ante la negativa del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú para administrar el arbitraje solicitado por **PROYECTO VERDE**, el demandante tuvo la facultad de poder iniciar el procedimiento arbitral ante cualquier centro de arbitraje; sin embargo, decide iniciar el arbitraje ante el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de Arequipa.



18. De lo mencionado, **PROYECTO VERDE** al iniciar el arbitraje en la Cámara de Comercio de Arbitraje e Industria de Arequipa, habría confirmado que era un pacto de ambas partes el llevar cualquier controversia en dicha institución arbitral, lo cual confirmaría nuevamente que **PROYECTO VERDE** no cumplió con lo establecido en el convenio arbitral.

B.1 Acreditación de las instituciones arbitrales por parte del OSCE.

19. Ahora bien, este Tribunal Arbitral considera necesario pronunciarse sobre las acreditaciones de las instituciones arbitrales por parte del OSCE, pues dicho hecho motivó a que **PROYECTO VERDE** recurriera al Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú; pues **PROYECTO VERDE** consideraba que las instituciones arbitrales plasmadas en el convenio arbitral no contaban con una supuesta acreditación por parte de OSCE.
20. Sobre este punto, este Tribunal Arbitral advierte que aun no se ha emitido ninguna directiva donde se precise la acreditación de los centros de arbitrajes, ni tampoco se cuenta con alguna resolución o documentación donde se pueda acreditar fehacientemente cuales son los centros de arbitrajes que se encuentran acreditados por OSCE.
21. Sobre este asunto, el OSCE menciona lo siguiente en la Opinión N° 158-2017/DTN:

De acuerdo a las disposiciones citadas, en aquellos casos en los que corresponda recurrir a un arbitraje institucional, las partes deben encomendar la organización y administración del mismo a una institución arbitral debidamente acreditada ante el OSCE; para tales efectos, se debía emitir la directiva correspondiente, y posteriormente, se publicaría el listado de instituciones arbitrales acreditadas, en la medida que éstas concluyan sus respectivos procesos de evaluación.

En atención a lo señalado, este Organismo Técnico Especializado publicó la Directiva N° 019-2016-OSCE/CD, “Directiva de acreditación de instituciones arbitrales por el OSCE”, la cual establece el procedimiento y los requisitos para acceder al otorgamiento y renovación de la acreditación de instituciones arbitrales; sin embargo, la vigencia de dicho dispositivo fue postergada en tanto se culminan las acciones necesarias para su implementación



Ahora bien, dado que la referida directiva no se encuentra vigente a la fecha, actualmente no se cuenta con el listado de instituciones arbitrales acreditadas, por lo que, a la fecha, no es posible que las Entidades puedan incluir dentro de sus respectivos convenios arbitrales a una institución arbitral que cumpla con lo establecido en la normativa de contrataciones del Estado.

*Dicha circunstancia, puede propiciar que, en aquellos casos en los que corresponde recurrir a un arbitraje institucional, se genere alguno de los siguientes escenarios: (i) que no se designe dentro de la cláusula de solución de controversias ninguna institución arbitral; o que **(ii) habiendo designado dentro de dicha cláusula a determinada institución arbitral, ésta no cumpla con la acreditación correspondiente.***

Ante esta situación resulta necesario recurrir a lo regulado en los literales b) y d) del numeral 185.4 del artículo 185 del Reglamento el cual dispone lo siguiente:

*“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:*

(...) b) Cuando a pesar de haberse precisado en el convenio arbitral que el arbitraje es institucional no se ha designado a una institución arbitral determinada.

(...) d) Cuando a pesar de haberse precisado en el convenio arbitral que el arbitraje es institucional se ha designado a una institución arbitral no acreditada.”

*De esta manera, en cualquiera de los dos escenarios planteados deberá aplicarse lo previsto en el numeral 185.4 del artículo 185 del Reglamento, es decir, en el momento en el que surja alguna controversia, las partes deberán iniciar el correspondiente proceso arbitral ante una institución arbitral **que en dicha oportunidad se encuentre debidamente acreditada ante el OSCE.** (El subrayado es nuestro)*

22. De lo señalado, podemos concluir entonces que en la actualidad no se cuenta con ningún centro arbitral acreditado por OSCE, pues aún no hay documentación para



acreditar dicha información. Por ello, resulta cuestionable que **PROYECTO VERDE** haya presentado su solicitud arbitral ante el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, pues hasta ese momento ningún centro de arbitraje contaba con dicha acreditación, y los otros dos centros que se encontraban dentro del convenio arbitral cumplían con los requisitos necesarios para poder iniciar la controversia.

23. Sumado a ello, este Tribunal Arbitral advierte lo establecido por el Decreto de Urgencia 020-2020 de fecha 24 de enero de 2020, que establece la implementación del Registro Nacional de Árbitros y de Centros de Arbitraje – RENACE-, el cual contiene la nómina de árbitros y de centros de arbitraje a nivel nacional, siendo ahora la entidad encargada el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos – MINJUSDH:

“Disposiciones complementarias

Primera.- Registro Nacional de Árbitros y de Centros de Arbitraje en territorio nacional El Ministerio de Justicia y Derechos Humanos tiene a su cargo el Registro Nacional de Árbitros y de Centros de Arbitraje - RENACE, el cual contiene la nómina de árbitros/ as y de centros de arbitraje a nivel nacional con información relevante respecto de sus actuaciones, así como el registro de las declaraciones juradas de intereses de los/as árbitros/ as que participen en las controversias en los que es parte el Estado peruano. Se exceptúa de esta disposición el Registro Nacional de Árbitros de Negociaciones Colectivas para entidades y empresas del Sector Público a cargo de la Autoridad Nacional de Servicio Civil”. (El subrayado es nuestro)

24. De la normativa citada podemos interpretar que, la entidad encargada en la actualidad para la acreditación de centros de arbitraje es RENACE, y ya no el OSCE. Es importante aclarar que el Decreto de Urgencia mencionado es de fecha 24 de enero de 2020 y la solicitud de arbitraje se presentó el 25 de noviembre de 2020 (posterior al decreto de urgencia).
25. En efecto, según el Reglamento **PROYECTO VERDE** se debía dirigir a un centro de arbitraje acreditado por OSCE, sin embargo, teniendo en cuenta que no existía dicha acreditación por parte de OSCE para ningún centro de arbitraje, era lógico que tenga que dirigirse a los centros establecidos en la cláusula Arbitral y no al Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.



26. En concreto, al iniciarse el proceso arbitral en el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, se incumplió con lo establecido en la cláusula arbitral. En consecuencia, este Tribunal Arbitral considera que no se habría cumplido con el segundo punto, pues es claro que la voluntad de las partes era llevar cualquier controversia ante el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Puno o Cámara de Comercio de Arequipa; por lo que se puede determinar que **PROYECTO VERDE** no cumplió con lo establecido en el convenio arbitral.

27. Asimismo, este Tribunal Arbitral considera que **PROYECTO VERDE** no podrá mencionar la falta de acreditación de los centros de arbitrajes plasmados en la cláusula arbitral, pues como ya se desarrolló, dicha acreditación por parte del OSCE hasta la actualidad no se encuentra vigente para ningún centro de arbitraje, lo cual reafirma que **PROYECTO VERDE** no habría cumplido con el segundo punto.

C. Las controversias que se den dentro del marco del artículo 45.2, se debe iniciar al respectivo medio de solución de controversias dentro del plazo de 30 días hábiles.

28. Sobre el tercer punto, c) *La controversia que se den dentro del marco del artículo 45.2, se debe iniciar el respectivo medio de solución de controversias dentro del plazo de 30 días hábiles.* Sobre este punto, **PROYECTO VERDE** sostiene que no se puede aplicar la excepción de caducidad pues considera lo siguiente:

Como se aprecia, el DEMANDANTE inició el respectivo medio de solución de controversias dentro del plazo de treinta (30) días hábiles, ante una institución arbitral, de conformidad con lo dispuesto en los numerales 1 y 2 del Artículo 45 de la LCE, siendo admitida a trámite por dicha institución. Dicha acción extinguió el plazo de caducidad previsto en la Ley y el Reglamento, sin posibilidad de ser “revivido”, puesto que la Normativa de Contrataciones, tal y como precisa la OPINIÓN N° 038-2020/DTN, no ha previsto, ni regulado nada al respecto sobre la facultad de las instituciones arbitrales para inhibirse o declinar el encargo de administrar un arbitraje”.

29. De lo mencionado, este Tribunal Arbitral al considerar que fue responsabilidad del **PROYECTO VERDE** recurrir a un centro de arbitraje que no se encontraba dentro del convenio arbitral, (segundo punto de la presente Decisión), sin justificación normativa o contractual alguna, considera que la supuesta extinción del plazo previsto en la Ley y Reglamento no se puede considerar en el presente supuesto de hecho (extinción del plazo de 30 días).



30. Siendo así, que al no poder aplicar dicha extinción de plazo de 30 días como lo señala la normativa, **PROYECTO VERDE** habría incurrido en una demora en la presentación de su solicitud arbitral, por lo que este Tribunal Arbitral considera que **PROYECTO VERDE** no cumplió con el tercer punto; pues no realizó lo establecido en la cláusula arbitral y la normativa correspondiente.
31. Para complementar este punto, **PROYECTO VERDE** señala lo siguiente sobre la institución arbitral:

“Ahora bien, el Análisis del Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú, y del DEMANDADO, sostienen:

Bajo estas premisas, en el presente caso el contrato fue suscrito en la ciudad de Puno, por lo que cumpliendo con lo dispuesto en la normativa de contrataciones con el estado, el convenio arbitral cumplió con establecer en orden de prelación a dos instituciones arbitrales ubicadas en el lugar de perfeccionamiento del contrato. Una de estas ubicada en la ciudad de Puno, la de la Cámara de Comercio de Puno.

En ese orden de ideas, se advierte que el Contrato objeto de controversia se perfeccionó en la ciudad de Puno, en consecuencia, corresponde que en dicha jurisdicción se inicie el presente arbitraje institucional, de acuerdo con lo señalado líneas arriba.

Como es evidente, en la cláusula arbitral no se ha fijado ningún orden de prelación, se mantiene en propuesta. Así mismo los centros de arbitraje citados, no existen, ni se encuentran acreditados ni registrados por el OSCE, con lo cual la entidad incumplió lo dispuesto en el numeral 5 del Artículo 185 del Reglamento. La prueba más irrefutable de ello, es donde se administra el presente arbitraje, el CENTRO DE ARBITRAJE DE LA CAMARA DE COMERCIO E INDUSTRIA DE AREQUIPA, el cual, como es notorio, no se encuentra en la ciudad de Puno, lugar de perfeccionamiento del contrato. Tampoco parece que dicha institución tenga nada que ver con la CAMARA DE COMERCIO DE PUNO.

32. Sobre este punto, este Tribunal Arbitral considera importante tomar en cuenta el accionar de **PROYECTO VERDE**, pues tuvo la facultad para poder iniciar el arbitraje en la Cámara de Comercio de Puno donde se llevó el objeto de la controversia; por lo contrario, decidió iniciar dicho arbitraje ante el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de Arequipa.



33. En relación a lo mencionado, al ser **PROYECTO VERDE** quien tenía la facultad de poder elegir ante que centro de arbitraje podría iniciar el proceso arbitral, este Tribunal Arbitral considera que no es importante dicha observación de la institución arbitral, pues era una facultad exclusiva de quien inicia el arbitraje.
34. En ese sentido, considerando que **PROYECTO VERDE** no cumplió con lo establecido en la cláusula arbitral, pues inició el arbitraje en una institución arbitral que no se encontraba dentro del pacto arbitral acordado por las partes; y teniendo en consideración que su causal principal fue por la falta de acreditación de dichas instituciones arbitrales, que como ya desarrolló este Tribunal Arbitral dichas acreditaciones hasta la actualidad no existen, es que no se puede considerar que haya operado el corte del plazo de caducidad.
35. Asimismo, considerando que presentó su solicitud arbitral ante el Centro de la Cámara de Comercio e Industria de Arequipa (institución que si se encontraba dentro del convenio arbitral) el día 25 de noviembre de 2020, podemos advertir que sí ha operado la excepción de caducidad, pues la resolución del contrato se efectivizó el día 10 de agosto de 2020, transcurriendo más de 30 días hábiles que establece la norma; en efecto, no se puede brindar a **PROYECTO VERDE** la extinción de los 30 días que encuentran establecidos en la norma, y teniendo en cuenta que dicho retraso fue por el incumplimiento del pacto arbitral.
36. Por lo antes expuesto, este Tribunal Arbitral considera que la Excepción de Caducidad presentada por **PROYECTO ESPECIAL** es FUNDADA.

DECISIÓN:

Por las consideraciones antes expuestas, el TRIBUNAL ARBITRAL **RESUELVE:**

DECLARAR FUNDADA la excepción de caducidad formulada por **PROYECTO ESPECIAL**, en contra de la NOVENA PRETENSION PRINCIPAL formulada por **PROYECTO VERDE**.

Notifíquese a las partes.

SANDRO JAVIER ESPINOZA QUIÑONES
Presidente del Tribunal Arbitral

LUIS ENRIQUE AMES PERALTA
Árbitro



***CENTRO DE ARBITRAJE DE LA CÁMARA DE COMERCIO E INDUSTRIA DE
AREQUIPA
TRIBUNAL ARBITRAL***

EXPEDIENTE N° 068-2020-TA-CCIA

***VOTO EN DISCORDIA DEL ÀRBITRO ERNESTO ADRIAN NUÑEZ PUENTE-
LAUDO DE COMPETENCIA.***

Arequipa, 19 de Agosto de 2021.

ANTECEDENTES:

1. Mediante Resolución N° 006-2021-TA, de fecha 3 de junio de 2021, el Tribunal Arbitral resolvió, entre otros extremos, lo siguiente:

“PRIMERO: ADMITIR a trámite la Excepción de Caducidad y la Contestación de Demanda. Y, CORRER TRASLADO de la excepción deducida a PROYECTO VERDE, para que se pronuncie conforme a su derecho, dentro de un plazo de diez (10) días hábiles.”

2. Mediante escrito de Vistos ii), **PROYECTO VERDE**, dentro del plazo establecido, absuelve el traslado conferido.
3. Al respecto, el Tribunal Arbitral estimó pertinente tener por absuelto el traslado por parte de **PROYECTO VERDE**, conforme lo establecido en la Resolución N° 006-2021-TA.
4. Mediante Resolución N°007-2021-TA, el Tribunal Arbitral comunicó a las partes que la excepción de caducidad deducida por el **PROYECTO ESPECIAL**, será resuelta mediante laudo parcial que se expedirá dentro del plazo de treinta (30) días hábiles de notificada la resolución, el mismo que podrá ser ampliado por un plazo no mayor de quince (15) días hábiles adicionales.

ANÁLISIS:



5. De acuerdo a lo señalado líneas arriba, **PROYECTO ESPECIAL** en su escrito de excepción de caducidad menciona lo siguiente:

“En el presente caso, la resolución de contrato por parte de la Entidad fue notificada al Contratista, mediante Carta Notarial N° del 10 de agosto de 2020. [...]”

En el plazo de (30) días hábiles, para someter a arbitraje la decisión de resolución de contrato, ampliación de plazo, y recepción de conformidad de prestación, es un plazo de caducidad, por mandato legal.

En el marco legal y contractual expuesto, el Contratista en su NOVENA PRETENSIÓN PRINCIPAL, solicita que se declare la invalidez y/o ineficacia legal de la resolución del contrato de servicios N° 002-2019-MINAGRI-PEBLT-DE, que le fue notificada mediante Carta Notarial N° de fecha 10 de agosto de 2020.

Al respecto, debemos precisar que la Solicitud de Arbitraje por parte del Contratista fue presentada extemporáneamente con fecha 25 de noviembre 2020, por lo que corresponde al el Tribunal Arbitral declarar FUNDADA LA EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD”.

6. Sobre lo mencionado por el demandado, **PROYECTO VERDE** sostiene lo siguiente en su escrito de absolución a la excepción de caducidad:

“Como se aprecia, el DEMANDANTE inició el respectivo medio de solución de controversias dentro del plazo de treinta (30) días hábiles, ante una institución arbitral, de conformidad con lo dispuesto en los numerales 1 y 2 del Artículo 45 de la LCE, siendo admitida a trámite por dicha institución. Dicha acción extinguió el plazo de caducidad previsto en la Ley y el Reglamento, sin posibilidad de ser “revivido”, puesto que la Normativa de Contrataciones, tal y como precisa la OPINIÓN N° 038-2020/DTN, no ha previsto, ni regulado nada al respecto sobre la facultad de las instituciones arbitrales para inhibirse o declinar el encargo de administrar un arbitraje.

Y ello parece razonable, pues si la caducidad tiene como telón de fondo la falta de manifestación de voluntad destinada a hacer valer un derecho en forma legal oportuna, y si el solicitante lo ha realizado en forma diligente y el resto del plazo ha sido empleado por la contraparte y por la Institución Arbitral, sin que hubiese habido falta de diligencia por el solicitante en



*acatar los plazos y disposiciones de la normativa, no cabría que se aplique a este una “sanción” que derribe su derecho reconocido debido a hechos de terceros, máxime si la decisión del centro de arbitraje –**incluso, aunque esta no se ajuste a derecho**– es **inimpugnable**.*

*En efecto, como podrá apreciar el Tribunal, la negativa del Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú, a no administrar el arbitraje solicitado por mi representada, vulneró de manera flagrante la Normativa de Contrataciones, **privándonos del derecho fundamental a la tutela arbitral efectiva**, pues en base a un análisis incompleto de la Normativa de Contrataciones y de las disposiciones previstas en la Cláusula Arbitral, arribó a una conclusión totalmente errada.*

*Como se evidencia el análisis efectuado –**evidentemente sesgado**–, no ha tenido en cuenta que ninguna de las dos “supuestas” instituciones arbitrales incluidas en el convenio arbitral se encontraban registradas y acreditadas ante el OSCE, por consiguiente, resultaba de aplicación lo previsto en el literal primer párrafo y literal d) del numeral 4 del Artículo 185 del RLCE.” [...]*

7. De lo señalado por ambas partes, considero como punto importante, el análisis de la cláusula arbitral plasmada en el contrato, pues se tiene que analizar si ambas partes cumplieron con lo establecido en dicha cláusula arbitral. Siendo así, la cláusula Décimo Octava del Contrato de Servicio N° 002-2019-MINAGRI-PEBLT (en adelante, el CONTRATO), establece lo siguiente:

CLÁUSULA DÉCIMO OCTAVA: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

“Las controversias que surjan entre las partes durante la ejecución del contrato se resuelven mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes.

Cualquiera de las partes tiene derecho a iniciar el arbitraje a fin de resolver dichas controversias dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 122, 137, 140, 143, 146, 147 y 149 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado o, en su defecto, en el inciso 45.2 del artículo 45 de la Ley de Contrataciones del Estado.

El arbitraje será institucional y resuelto por TRIBUNAL ARBITRAL CONFORMADO POR TRES (3) ÁRBITROS. LA ENTIDAD propone las



siguientes instituciones arbitrales: CÁMARA DE COMERCIO DE PUNO Y CÁMARA DE COMERCIO DE AREQUIPA.

Facultativamente, cualquiera de las partes tiene el derecho a solicitar una conciliación dentro del plazo de caducidad correspondiente, según lo señalado en el artículo 183 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, sin perjuicio de recurrir el arbitraje, en caso no se llegue a un acuerdo entre ambas partes o se llegue a un acuerdo parcial. Las controversias sobre nulidad del contrato solo pueden ser sometidas arbitraje.

El Laudo arbitral emitido es inapelable, definitivo y obligatorio para las partes desde el momento de su notificación, según lo previsto en el inciso 45.8 del artículo 45 de la Ley de Contrataciones del Estado”.

8. Asimismo, el mismo CONTRATO se rige por la Ley N° 30225 – Ley de Contrataciones con el Estado (en adelante, La Ley) y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 350-2015-EF y modificado por el Decreto Supremo N° 056-2017-EF (en adelante, el Reglamento). Por ello, resulta necesario mencionar el artículo 45.1 y 45.2 de dicha normativa, que señala lo siguiente:

***45.1** Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato se resuelven, mediante conciliación o arbitraje institucional, según el acuerdo de las partes. En el reglamento se definen los supuestos excepcionales para recurrir al arbitraje Ad Hoc. Las controversias sobre la nulidad del contrato solo pueden ser sometidas a arbitraje.*

***45.2** Para los casos específicos en los que la materia en controversia se refiera a nulidad de contrato, **resolución de contrato**, ampliación de plazo contractual, recepción y conformidad de la prestación, valorizaciones o metrados, liquidación del contrato, se debe iniciar el respectivo medio de solución de controversias dentro del plazo de treinta (30) días hábiles conforme a lo señalado en el reglamento. (El subrayado es nuestro)*

9. Sobre la cláusula arbitral y normativa por la cual se rige la presente controversia, se menciona que ambas partes, de querer iniciar un arbitraje dentro del marco arbitral, tienen que cumplir con los siguientes puntos:



- a) El arbitraje será institucional (El Tribunal Arbitral conformado por tres (3) árbitros).
- b) **PROYECTO ESPECIAL** en el convenio arbitral propone que se inicie el arbitraje en las siguientes instituciones arbitrales: Cámara de Comercio de Puno o Cámara de Comercio de Arequipa. Sobre este punto, corresponde determinar si la voluntad de ambas partes era llevar el arbitraje en las instituciones arbitrales ya mencionadas.
- c) La controversia que se dé dentro del marco del artículo 45.2, se debe iniciar el respectivo medio de solución de controversias dentro del plazo de 30 días hábiles.

10. **PROYECTO VERDE**, en su absolución de la caducidad, sostiene que no se puede aplicar dicha excepción caducidad, pues consideran que se presentó en el plazo establecido la solicitud arbitral (plazo de 30 días), ante el Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú:

“El 07.09.2020, la empresa PROYECTO VERDE ASESORES Y CONSULTORES SAC, presentó la solicitud de arbitraje correspondiente –la misma que contenía las mismas pretensiones que la ahora se presentada–, siendo que dicha institución la admitió a trámite con el número de expediente N° 2927-299-20.

El 24.11.2020, el Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú, mediante resolución trasladada por correo electrónico a las 3:27 pm, se declara incompetente para la administración del arbitraje. Dicha resolución conforme al Reglamento del Centro de arbitraje, no resulta cuestionable, ni apelable.

El 25.11.2020, el DEMANDANTE trasladó y presentó ante el CENTRO DE ARBITRAJE DE LA CAMARA DE COMERCIO E INDUSTRIA DE AREQUIPA, la misma solicitud de arbitraje que la iniciada en el Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú, siendo que dicha institución la admitió a trámite con el número de expediente N° 068-2020-TA-CCIA.

Como se aprecia, el DEMANDANTE inició el respectivo medio de solución de controversias dentro del plazo de treinta (30) días hábiles,



*ante una institución arbitral, de conformidad con lo dispuesto en los numerales 1 y 2 del Artículo 45 de la LCE, **siendo admitida a trámite por dicha institución.** Dicha acción **extinguió el plazo de caducidad previsto en la Ley y el Reglamento, sin posibilidad de ser “revivido”**, puesto que la Normativa de Contrataciones, tal y como precisa la OPINIÓN N° 038-2020/DTN, no ha previsto, ni regulado nada al respecto sobre la facultad de las instituciones arbitrales para inhibirse o declinar el encargo de administrar un arbitraje”.*

Siendo así, analicemos entonces los puntos antes señalados.

A. El Arbitraje será institucional.

11. Sobre el primer punto, *a) el arbitraje será institucional.* Como se menciona en la cláusula arbitral y en la normativa correspondiente, el arbitraje que corresponde es un arbitraje institucional. Al respecto, este Tribunal Arbitral considera que no hay controversia alguna en este punto, pues la solicitud de arbitraje se ha dirigido ante un centro arbitral tal como establece el convenio arbitral y la normativa aplicable. Por ello, sobre el primer punto **PROYECTO VERDE** sí cumplió con lo establecido en la cláusula arbitral y la normativa vigente para este contrato.

B. Determinar si en el convenio arbitral se encontraba plasmado la voluntad de ambas partes para llevar cualquier controversia en las instituciones arbitrales propuestas por PROYECTO ESPECIAL.

12. Sobre el segundo punto, *b) Determinar si en el convenio arbitral se encontraba plasmada la voluntad de ambas partes para llevar en las siguientes instituciones arbitrales cualquier controversia que se presente: Cámara de Comercio de Puno o Cámara de Comercio de Arequipa,* es menester revisar la cláusula décimo octava del CONTRATO donde se menciona lo siguiente:

El arbitraje será institucional y resuelto por TRIBUNAL ARBITRAL CONFORMADO POR TRES (3) ÁRBITROS. LA ENTIDAD propone las siguientes instituciones arbitrales: CÁMARA DE COMERCIO DE PUNO Y CÁMARA DE COMERCIO DE AREQUIPA. (El subrayado es nuestro)

13. Sobre el particular, este Tribunal Arbitral considera importante determinar si **PROYECTO VERDE** estaba de acuerdo con las propuestas dadas por **PROYECTO ESPECIAL** en el convenio arbitral; pues como se puede visualizar en el convenio arbitral, las instituciones arbitrales solo fueron una propuesta por



parte **PROYECTO ESPECIAL**, mas no había una manifestación de voluntad por ambas partes de llevar a cabo cualquier controversia ante dichas instituciones arbitrales.

14. De esta manera, las cláusulas arbitrales no deben ser ambiguas ni establecer proposiciones que no se materialicen en acuerdos de las partes, porque ello genera confusión y desorden. En el presente caso lo cierto que es únicamente se pactó que el arbitraje era institucional. La propuesta de la entidad para que en caso de alguna controversia se tramite ante la Cámara de Comercio de Puno o Arequipa, sólo es como se consigna literalmente en dicho convenio arbitral: una propuesta. **LAS PROPUESTAS NO SON VINCULANTES.**

15. Lamentablemente, aún el OSCE a través de la Dirección Técnico Normativa no cuenta con el listado de instituciones arbitrales acreditadas. Por ello, a la fecha no es posible que las entidades puedan incluir dentro de sus respectivos convenios arbitrales a una institución arbitral que cumpla con lo establecido en la normativa de contrataciones del Estado (Ver también la Opinión 028-2018/DTN, entre otras)

16. Por ello, al no haberse designado en la cláusula de solución de controversias a la institución arbitral ante la cual la parte interesada debía de iniciar el arbitraje; y no habiéndose publicado el listado de instituciones arbitrales acreditadas (problema que viene ya suscitándose desde varios años, sin solución por parte del Estado), **PROYECTO VERDE** se encontraba en la imposibilidad de iniciar un arbitraje para reclamar sus derechos, más aún cuando el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP se declaró incompetente. Considero en este orden de ideas que esta imposibilidad se ha mantenido hasta que la entidad demandada aceptó el arbitraje solicitado.

17. De lo mencionado, **PROYECTO VERDE** no se encontraba obligado a iniciar un arbitraje en la Cámara de Comercio de Arbitraje e Industria de Arequipa o Cámara de Comercio de Puno, por cuanto ello no se ha pactado en la cláusula arbitral, siendo únicamente una propuesta en vista que lo único concreto es que se pactó un arbitraje institucional, sin designar uno en específico.

B.1 Acreditación de las instituciones arbitrales por parte del OSCE.

18. Ahora bien, considero necesario pronunciarme sobre las acreditaciones de las instituciones arbitrales por parte del OSCE, pues dicho hecho motivó a que **PROYECTO VERDE** recurriera al Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú; pues **PROYECTO VERDE** consideraba que las instituciones arbitrales plasmadas en el convenio arbitral no contaban con una supuesta acreditación por parte de OSCE.



19. Sobre este punto, advierto que aún no se ha emitido ninguna directiva donde se precise la acreditación de los centros de arbitrajes, ni tampoco se cuenta con alguna resolución o documentación donde se pueda acreditar fehacientemente cuales son los centros de arbitrajes que se encuentran acreditados por OSCE.
20. Sobre este asunto, el OSCE menciona lo siguiente en la Opinión N° 158-2017/DTN:

De acuerdo a las disposiciones citadas, en aquellos casos en los que corresponda recurrir a un arbitraje institucional, las partes deben encomendar la organización y administración del mismo a una institución arbitral debidamente acreditada ante el OSCE; para tales efectos, se debía emitir la directiva correspondiente, y posteriormente, se publicaría el listado de instituciones arbitrales acreditadas, en la medida que éstas concluyan sus respectivos procesos de evaluación.

En atención a lo señalado, este Organismo Técnico Especializado publicó la Directiva N° 019-2016-OSCE/CD, “Directiva de acreditación de instituciones arbitrales por el OSCE”, la cual establece el procedimiento y los requisitos para acceder al otorgamiento y renovación de la acreditación de instituciones arbitrales; sin embargo, la vigencia de dicho dispositivo fue postergada en tanto se culminan las acciones necesarias para su implementación:

Ahora bien, dado que la referida directiva no se encuentra vigente a la fecha, actualmente no se cuenta con el listado de instituciones arbitrales acreditadas, por lo que, a la fecha, no es posible que las Entidades puedan incluir dentro de sus respectivos convenios arbitrales a una institución arbitral que cumpla con lo establecido en la normativa de contrataciones del Estado.

*Dicha circunstancia, puede propiciar que, en aquellos casos en los que corresponde recurrir a un arbitraje institucional, se genere alguno de los siguientes escenarios: (i) que no se designe dentro de la cláusula de solución de controversias ninguna institución arbitral; o que **(ii) habiendo designado dentro de dicha cláusula a determinada institución arbitral, ésta no cumpla con la acreditación correspondiente.***

Ante esta situación resulta necesario recurrir a lo regulado en los literales b) y d) del numeral 185.4 del artículo 185 del Reglamento el cual dispone lo siguiente:



*“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:*

(...) b) Cuando a pesar de haberse precisado en el convenio arbitral que el arbitraje es institucional no se ha designado a una institución arbitral determinada.

(...) d) Cuando a pesar de haberse precisado en el convenio arbitral que el arbitraje es institucional se ha designado a una institución arbitral no acreditada.”

*De esta manera, en cualquiera de los dos escenarios planteados deberá aplicarse lo previsto en el numeral 185.4 del artículo 185 del Reglamento, es decir, en el momento en el que surja alguna controversia, las partes deberán iniciar el correspondiente proceso arbitral ante una institución arbitral **que en dicha oportunidad se encuentre debidamente acreditada ante el OSCE.***

(El subrayado es nuestro)

21. De lo señalado, concluyo entonces que en la actualidad no se cuenta con ningún centro arbitral acreditado por OSCE, pues aún no hay documentación para acreditar dicha información. Por ello, que **PROYECTO VERDE** haya presentado su solicitud arbitral ante el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú no contravenía lo dispuesto en el convenio arbitral en referencia.
 22. En efecto, según el Reglamento **PROYECTO VERDE** se debía dirigir a un centro de arbitraje acreditado por OSCE, sin embargo, teniendo en cuenta que no existía dicha acreditación por parte de OSCE para ningún centro de arbitraje, podría acudir a cualquier centro arbitral institucional, como el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, en vista que no había acuerdo concreto en llevar cualquier controversia ante el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Puno o Cámara de Comercio de Arequipa; por lo que se puede determinar que **PROYECTO VERDE** cumplió con lo establecido en el convenio arbitral.
- C. Las controversias que se den dentro del marco del artículo 45.2, se debe iniciar al respectivo medio de solución de controversias dentro del plazo de 30 días hábiles.**



23. Sobre el tercer punto, c) *La controversia que se den dentro del marco del artículo 45.2, se debe iniciar el respectivo medio de solución de controversias dentro del plazo de 30 días hábiles.* Sobre este punto, **PROYECTO VERDE** sostiene que no se puede aplicar la excepción de caducidad pues considera lo siguiente:

*Como se aprecia, el DEMANDANTE inició el respectivo medio de solución de controversias dentro del plazo de treinta (30) días hábiles, ante una institución arbitral, de conformidad con lo dispuesto en los numerales 1 y 2 del Artículo 45 de la LCE, **siendo admitida a trámite por dicha institución. Dicha acción extinguió el plazo de caducidad previsto en la Ley y el Reglamento, sin posibilidad de ser “revivido”,** puesto que la Normativa de Contrataciones, tal y como precisa la OPINIÓN N° 038-2020/DTN, no ha previsto, ni regulado nada al respecto sobre la facultad de las instituciones arbitrales para inhibirse o declinar el encargo de administrar un arbitraje”.*

24. *Como es evidente, en la cláusula arbitral **no se ha fijado ningún orden de prelación,** se mantiene en propuesta. Así mismo **los centros de arbitraje citados, no existen, ni se encuentran acreditados ni registrados por el OSCE,** con lo cual la entidad incumplió lo dispuesto en el numeral 5 del Artículo 185 del Reglamento. La prueba más irrefutable de ello, es donde se administra el presente arbitraje, el CENTRO DE ARBITRAJE DE LA CAMARA DE COMERCIO E INDUSTRIA DE AREQUIPA, el cual, como es notorio, no se encuentra en la ciudad de Puno, lugar de perfeccionamiento del contrato. Tampoco parece que dicha institución tenga nada que ver con la CAMARA DE COMERCIO DE PUNO.*

25. Por ello, al no haberse designado en la cláusula de solución de controversias a la institución arbitral ante la cual la parte interesada debía de iniciar el arbitraje; y no habiéndose publicado el listado de instituciones arbitrales acreditadas (problema que viene ya suscitándose desde varios años, sin solución por parte del Estado), **PROYECTO VERDE** se encontraba en la imposibilidad de iniciar un arbitraje para reclamar sus derechos, más aún cuando el Centro de análisis y resolución de conflictos de la PUCP se declaró incompetente. En este orden de ideas considero que esta imposibilidad se ha mantenido hasta que la entidad demandada aceptó el arbitraje solicitado.

26. Por otro lado, se debe de tener en cuenta lo prescrito en el artículo 2005 del Código Civil, de aplicación supletoria a esta controversia, que establece que se suspende



el plazo de la caducidad en el caso previsto en el artículo 1994, inciso 8 del mismo texto normativo; esto es, mientras sea imposible reclamar el derecho (en este caso **PROYECTO VERDE**) ante un tribunal Peruano. En el presente caso significa la imposibilidad de iniciar el arbitraje institucional debido a la carencia de instituciones arbitrales acreditadas y a la falta de acuerdo entre las partes para determinar una institución arbitral, y no únicamente propuestas unilaterales.

27. Por ello, concluyo que el plazo de caducidad de 30 días hábiles con que contaba el **PROYECTO VERDE** para solicitar el arbitraje, se encontraba suspendido hasta el 25 de Noviembre de 2020, fecha en la cual se acude al Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de Arequipa, cuya petición fue aceptada por la entidad para la organización y administración del mismo.
28. Asimismo para concluir este punto, se debe también de tener en cuenta los Decretos Supremos 146-2020-PCM que prorrogaban el Estado de emergencia nacional declarado mediante Decreto Supremo Nro. 044-2020-PCM, ampliado temporalmente mediante los Decretos Supremos Nro. 051-2020-PCM, Nro. 064-2020-PCM, Nro. 075-2020-PCM, y siguientes. Asimismo, también se debe tener en cuenta las cuarentenas focalizadas ordenadas, en especial en todo el departamento de Puno, así como también para todo el Departamento de Arequipa, esta última expedida mediante el Decreto Supremo 135-2020-PCM.
29. Por lo tanto, si el plazo para solicitar el Arbitraje se iniciaba el 11 de Agosto de 2020, y el **PROYECTO VERDE** presentó su solicitud ante el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP el día 07.09.2020, habrían transcurrido hasta dicha fecha 20 días hábiles. Luego de ello, habiéndose el referido Centro de Arbitraje declarado incompetente el día 24.11.2020, al día siguiente **PROYECTO VERDE** presentó su solicitud ante el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de Arequipa con fecha el 25.11.2020. Por ello, sumados ambos plazos nos encontramos ante el día hábil 21, es decir antes de los 30 días hábiles que señala como plazo de caducidad la ley de contrataciones vigente.
30. En este orden de ideas, la presentación de esta solicitud de arbitraje se encuentra dentro del plazo señalado en el numeral 45.2 de la Ley de Contrataciones del Estado – Ley 30225.



Por lo antes expuesto, mi voto es porque la Excepción de Caducidad presentada por **PROYECTO ESPECIAL** sea declarada **INFUNDADA**.

ERNESTO ADRIÁN NUÑEZ PUENTE
Árbitro

**CENTRO DE ARBITRAJE
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ**

Caso Arbitral N° 2439-401-19 | PUCP

PROGRAMA SUBSECTORIAL DE IRRIGACIONES

vs.

CONSORCIO SUPERVISOR SGL

**LAUDO ARBITRAL
DECISIÓN N° 10**

Árbitro Único

Carlos Luis Benjamín Ruska Maguiña

Secretario Arbitral

Alexandro Salinas Villaorduña

Lima, 6 de agosto de 2021

Árbitro Único

Carlos Luis Benjamín Ruska Maguiña

ÍNDICE

I.	DECLARACIÓN	4
II.	EL CONVENIO ARBITRAL	4
III.	CONSTITUCIÓN DEL TRIBUNAL	4
IV.	LUGAR Y SEDE DEL ARBITRAJE	4
V.	NORMATIVIDAD APLICABLE	4
VI.	PRINCIPALES ACTUACIONES PROCESALES	4
VII.	POSICIONES DE LAS PARTES	5
	VIII.1. DEMANDA	5
	VIII.2. CONTESTACIÓN DE DEMANDA	9
VIII.	CONSIDERANDOS	13
IX.	Primera Cuestión Controvertida referida a la primera pretensión principal de la demanda: Que el Árbitro Único determine si corresponde o no declarar la nulidad, invalidez y/o ineficacia de la Resolución del Contrato N° 030-2016-MINAGRI-PSI efectuada por el CONSORCIO, la cual fue comunicada mediante la Carta N° 006-2019-/CS-SGL/PSI/SUPCUSCO de fecha 5 de junio de 2019.....	15
X.	Segunda Cuestión Controvertida a la segunda pretensión principal de la demanda: Que el Árbitro Único determine a qué parte le corresponde asumir los costos y costas del proceso arbitral.	28
XI.	LAUDA	29

Laudo de derecho

Expediente N° 2439-401-19 | PUCP

Caso Arbitral: **PROGRAMA SUBSECTORIAL DE IRRIGACIONES – CONSORCIO SUPERVISOR SGL****Árbitro Único**

Carlos Luis Benjamín Ruska Maguiña

LISTA DE ABREVIATURAS

Nombre	Abreviatura
Programa Subsectorial de Irrigaciones	DEMANDANTE, ENTIDAD o PSI
Consortio Supervisor SGL	DEMANDADO, CONSORCIO o SGL
Contrato No. 080-2015-MINAGRI-PSI para la supervisión de la obra "Mejoramiento del Servicio de Agua del Sistema de Riego Cañón Apurímac, Distrito de Yauri y Coporaque, Provincia de Espinar, Departamento de Cusco"	CONTRATO
Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú	CENTRO
Ley No. 30225, "Ley de Contrataciones del Estado"	LCE
Decreto Supremo No. 350-2015-EF, "Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado"	RLCE
Decreto Legislativo N° 1071, Ley que norma el arbitraje	LEY DE ARBITRAJE
Impuesto General a las Ventas	IGV

Árbitro Único

Carlos Luis Benjamín Ruska Maguiña

I. DECLARACIÓN

1. El Árbitro Único declara haber revisado todos y cada uno de los medios probatorios aportados por las partes y admitidos dentro de este arbitraje, analizándolos y adjudicándoles el valor probatorio que les corresponde, aun cuando en el laudo no se haga mención expresa a alguno o algunos de ellos o al valor probatorio que le ha sido asignado.
2. En consecuencia, habiéndose cumplido con los presupuestos procesales y no existiendo vicio alguno que afecte la validez del presente proceso arbitral, el cual se ha desarrollado cumpliendo todas sus etapas, el Árbitro Único emite el laudo de derecho.

II. EL CONVENIO ARBITRAL

3. Con fecha 20 de septiembre de 2016, el PSI y el CONSORCIO suscribieron el CONTRATO, el cual, en su Cláusula Décimo Quinta, contenía el Convenio Arbitral.
4. De conformidad con lo establecido en el convenio arbitral, este arbitraje es institucional, nacional y de derecho.

III. CONSTITUCIÓN DEL TRIBUNAL

5. La Corte de Arbitraje del CENTRO designó al Árbitro Único, el abogado Carlos Luis Benjamín Ruska Maguiña.

IV. LUGAR Y SEDE DEL ARBITRAJE

6. Se estableció como lugar del arbitraje la ciudad de Lima y, como sede institucional, el local del CENTRO, sin perjuicio de que las actuaciones arbitrales puedan realizarse fuera de este.

V. NORMATIVIDAD APLICABLE

7. Este arbitraje es administrado de conformidad con el Reglamento y la LEY DE ARBITRAJE.
8. La normativa aplicable al fondo es la LCE y su RLCE.

VI. PRINCIPALES ACTUACIONES PROCESALES

9. Mediante la Decisión No. 1, de fecha 25 de febrero de 2020, se establecieron las Reglas del proceso y se otorgó quince (15) días hábiles al PSI para que presente su escrito de demanda.
10. El 2 de julio de 2020, PSI presentó su escrito de demanda.

Árbitro Único

Carlos Luis Benjamín Ruska Maguiña

11. A través de la Decisión No. 2, de fecha 17 de julio de 2020, se tuvo por presentada la demanda y se otorgó un plazo de diez (10) días hábiles al CONSORCIO para que presente su escrito de contestación.
12. Con la Decisión No. 3, de fecha 30 de julio de 2020, se amplió en cinco (5) días adicionales el plazo del CONSORCIO para presentar su escrito de contestación a la demanda ya que el plazo otorgado por la Decisión No. 2 era inferior al establecido en el numeral 7.10 de las Reglas del proceso, el cual establecía el otorgamiento de un plazo de quince (15) días hábiles.
13. El 10 de agosto de 2020, el CONSORCIO presentó su escrito de contestación a la demanda.
14. Mediante la Decisión No. 4, de fecha 30 de setiembre de 2020, se tuvo por contestada la demanda, se determinaron las cuestiones controvertidas y se citó a las partes a Audiencia Única para el 15 de octubre de 2020.
15. El 15 de octubre de 2020, se llevó a cabo la Audiencia Única, con la asistencia de ambas partes.
16. A través de la Decisión No. 6, de fecha 7 de diciembre de 2020, se dispuso la suspensión del proceso por el plazo de quince (15) días hábiles, bajo apercibimiento de archivo de las actuaciones arbitrales, por falta de pago en subrogación de la tasa administrativa del Centro de Arbitraje PUCP y los honorarios del Árbitro Único por parte del PSI.
17. Con la Decisión No. 7, de fecha 4 de marzo de 2021, se levantó la suspensión del proceso, se declaró finalizada la etapa probatoria y se otorgaron diez (10) días hábiles a las partes para que presenten sus escritos de alegatos finales.
18. Mediante la Decisión No. 8, de fecha 4 de junio de 2021, se tuvieron por presentados los escritos de alegatos finales de las partes, se declaró el cierre de las actuaciones arbitrales y se fijó el plazo para emitir el laudo en cuarenta (40) días hábiles.
19. Mediante la Decisión No. 9, de fecha 2 de agosto de 2021, se amplió el plazo para laudar en diez (10) días hábiles, en ese sentido, el referido plazo vencerá definitivamente el día 18 de agosto de 2021, por lo que, en consecuencia, este Laudo Arbitral se emite dentro del plazo establecido en las Reglas del proceso.

VII. POSICIONES DE LAS PARTES

VIII.1. DEMANDA

20. Con fecha 2 de julio de 2020, el PSI presentó su escrito de demanda, la cual contiene las siguientes pretensiones:

Árbitro Único

Carlos Luis Benjamín Ruska Maguiña

Primera Pretensión Principal: Que, el Árbitro Único declare la nulidad, invalidez y/o ineficacia de la Resolución del CONTRATO efectuado por el CONSORCIO, decisión que fue comunicada a la ENTIDAD mediante la Carta N° 006-2019-/CS-SGL/PSI/SUPCUSCO del 05.06.2019, la cual carece de sustento técnico y legal

Segunda Pretensión Principal: Que, el Árbitro Único condene al CONSORCIO al pago de la totalidad de los gastos arbitrales que se generen como consecuencia de la tramitación del presente proceso arbitral

21. En relación a la primera pretensión principal, el DEMANDANTE indica que la Carta Notarial No. 006-2019/PSI-VERDECOCHA-TLVP, a través de la cual el CONSORCIO resolvió el CONTRATO, propone como fundamento la falta de aprobación por parte de la ENTIDAD de las prestaciones adicionales de supervisión Nos. 1, 2, 3 y 4 del CONSORCIO.
22. La ENTIDAD señala que, luego de haberse notificado al CONSORCIO la aceptación de la ampliación del plazo de obra otorgada al Contratista (Consortio Espinar), el CONSORCIO presentó su solicitud de prestación adicional de supervisión No. 1 por seis (6) días calendario, por el monto ascendente a la cantidad de S/ 9,495.24; sin embargo, la DEMANDANTE refiere que dicha prestación adicional por los servicios de supervisión fue declarada improcedente, por falta cuantificación y sustento.
23. La decisión fue adoptada, según comenta el DEMANDANTE, al revisar el Informe de la solicitud de prestación adicional de supervisión No. 1, con el cual el CONSORCIO fundamentaba la misma, habiendo observado lo siguiente:
 - No se presentó el sustento que justifique los gastos incurridos en la prestación adicional No. 1 de supervisión de obra.
 - No se presentaron los informes de supervisión indicados en los términos de referencia y los asientos del cuaderno de obra.
24. Acto seguido, el PSI indica que, luego de haberse notificado al CONSORCIO la aceptación del pedido de Ampliación de Plazo No.14 de la Obra, el CONSORCIO solicitó la solicitud de ampliación de plazo No. 2 de supervisión por veintiocho (28) días calendario y por un monto ascendente a la suma de S/. 33,297.78, mediante la Carta No. 110-2017/CS-SGUPSI/SUPCUSCO de fecha 16 de agosto de 2017; sin embargo, esta también fue declarada improcedente, indicándose que debía cuantificarse y sustentarse dicha solicitud, mediante la Carta No. 677-2017-MINAGRI-PSI-DIR de fecha 11 de octubre de 2017.

Árbitro Único

Carlos Luis Benjamín Ruska Maguiña

25. Asimismo, argumenta la ENTIDAD que, a través del Informe de Mayor Prestación de Supervisión No. 02-2018/CONS-SGL/PSI, el CONSORCIO trató de sustentar el pago requerido mediante la siguiente documentación:

- Recibo x Honorarios N° E001-31, del Sr. Ticona Tuanama Javier (Jefe de Supervisión — 2da armada julio 2017, por el monto de S/. 9,200.00).
- Recibo x Honorarios N° E001-27, del Sr. Ticona Tuanama Javier (Asistente de Supervisión — julio 2017, por el monto de S/. 6,440.00).
- Contrato de Alquiler de Camioneta entre Consorcio Supervisor SGL y Fermin Hermino Guerra Gutierrez, por el plazo de 300 d.c. de la obra de la referencia.
- Contrato de alquiler de oficina, sin fecha y sin monto, suscrita entre Alejandro Umasi Saguinco y el Consorcio Supervisor SGL.
- Contrato de Alquiler de Equipos de Topografía, acompañando su factura.
- Contrato de Alquiler de Equipos Topográficos y de Cómputo, acompañando sus facturas.

26. Sin embargo, la ENTIDAD advirtió las siguientes observaciones:

- El monto indicado en el recibo por honorario del Jefe de Supervisión no guarda coherencia con el monto indicado en el cuadro de cuantificación y sustentación. Asimismo, no se adjunta el voucher de pago respectivo, o reporte emitido por el banco (estado cuenta) en el cual se le haya hecho efectivo el pago a dicho profesional.
- Se observa que el Jefe de Supervisión presentó un recibo por honorarios por otro concepto: *“presento como asistente de supervisión”*.
- No presentó los comprobantes de pagos y voucher de pago respectivo o reporte emitido por el banco (estado cuenta) en el cual se le haya hecho efectivo el pago del alquiler de camioneta, oficinas, equipos topográficos y equipos de cómputo.
- No presentó los informes de supervisión indicados en los términos de referencia y los asientos de cuaderno de obra.

27. Con respecto a la Prestación Adicional de Supervisión N° 03, el DEMANDANTE señala que, luego de haberse notificado al CONSORCIO sobre la Ampliación de Plazo N° 15 de la Obra por veinticinco (25) días calendario, este último remitió la solicitud de ampliación de plazo No. 3 de supervisión, mediante Carta No. 116-2017/CS-SGL/PSI/SUPCUSCO, la cual fue declarada igualmente improcedente mediante la Carta No. 683-2017-MINAGRI-PSI-DIR de fecha 11 de octubre de 2017.

Árbitro Único

Carlos Luis Benjamín Ruska Maguiña

28. Asimismo, el DEMANDANTE señala que, mediante la Carta No. 04-2018/CS-SGUPSI/SUPCUSCO de fecha 19 de enero de 2018, el CONSORCIO presentó el Informe de solicitud de prestación adicional de supervisión No. 3, en el cual el DEMANDADO usó los siguientes documentos como sustento:
- Recibo x Honorarios N° E001-28, del Sr. Ticona Tuanama Javier (Asistente de Supervisión — agosto 2017, por el monto de S/. 6,440.00).
 - Recibo x Honorarios N° E001-32, del Sr. Ticona Tuanama Javier (Jefe de Supervisión — 2da armada agosto 2017, por el monto de S/ 9,200.00).
 - Contrato de Alquiler de Camioneta entre Consorcio Supervisor SGL y Fermin Hermino Guerra Gutiérrez, por el plazo de 300 días calendario de la obra de la referencia, de fecha 13.09.16.
 - Contrato de alquiler de oficina, sin fecha y sin monto, suscrita entre Alejandro Umasi Saguinco y el Consorcio Supervisor SGL.
 - Contrato de Alquiler de Equipos de Topografía, acompañando su factura.
 - Contrato de Alquiler de Equipos Topográficos y de Cómputo, acompañando sus facturas.
29. La ENTIDAD indica que, luego de haberse notificado al CONSORCIO acerca de la ampliación de plazo No. 15 de Obra, el CONSORCIO presentó solicitud de ampliación de plazo No. 3 de Supervisión, mediante la Carta No. 116-2017/CS-SGUPSI/SUPCUSCO, la cual fue declarada improcedente, advirtiéndose que se debía cuantificar y sustentar dicha solicitud.
30. Asimismo, según indica PSI, a través de la Carta No. 05-2018/CS-SGL/PSI/SUPCUSCO de fecha 25 de enero de 2018, el CONSORCIO adjuntó el Informe de solicitud de prestación adicional de supervisión No. 4, por 31 días calendario y por un monto de S/. 20,060.00, usando como sustento la ampliación de plazo de obra No. 16 por 31 días calendario, y que, posteriormente, a través del Informe de Mayor Prestación de Supervisión No. 04-2018/CONSSGL/PSI, el CONSORCIO adjuntó los siguientes documentos:
- Recibo x Honorarios N° E001-33, del Sr. Ticona Tuanama Javier (Jefe de Supervisión — 2da armada setiembre 2017, por el monto de S/. 9,200.00).
 - Recibo x Honorarios N° E001-29, del Sr. Ticona Tuanama Javier (Asistente de Supervisión — setiembre 2017, por el monto de S/. 6,440.00).
 - Contrato de Alquiler de Camioneta entre Consorcio Supervisor SGL y Fermín Hermino Guerra Gutiérrez, por el plazo de 300 d.c. de la obra de la referencia, de fecha 13.09.16.
 - Contrato de alquiler de oficina, sin fecha y sin monto, suscrita entre Alejandro Umasi Saguinco y el Consorcio Supervisor SGL.

Árbitro Único

Carlos Luis Benjamín Ruska Maguiña

- Contrato de Alquiler de Equipos de Topografía, acompañando su factura.
 - Contrato de Alquiler de Equipos Topográficos y de Cómputo, acompañando sus facturas.
31. Para la ENTIDAD, el CONSORCIO no cumplió con sustentar y cuantificar adecuada y válidamente cada uno de los informes de mayores prestaciones, lo cual era indispensable para efectuar el pago de las Valorizaciones Nos. 1, 2, 3 y 4,
32. Por tanto, el DEMANDANTE afirma que no es acorde al CONTRATO que el DEMANDADO haya justificado su decisión de resolver el contrato en una supuesta falta de pago de las prestaciones adicionales Nos. 1, 2, 3 y 4, toda vez que estas nunca fueron aprobadas por el DEMANDANTE. Asimismo, el DEMANDANTE afirma que tampoco se cumplió con levantar las observaciones y deficiencias que fueron formuladas en su oportunidad.
33. Sumado a ello, la ENTIDAD argumenta que, conforme al artículo 135 del RLCE, SGL solo podía solicitar la resolución del CONTRATO por incumplimientos injustificados de obligaciones y como las solicitudes de prestaciones adicionales Nos. 1, 2, 3 y 4 fueron rechazadas, a través del Memorando No. 4615-2019-MINAGRI-PSI-DIR, por PSI por falta de acreditación y sustento; en consecuencia, no existe obligación de pago, no corresponde el apercibimiento de resolución contractual y menos corresponde la resolución.
34. Por ello, el PSI comprende que la resolución del CONTRATO carece de sustento legal y corresponde se declare fundada la primera pretensión.
35. Respecto a la segunda pretensión principal, la ENTIDAD considera que corresponde que el CONSORCIO asuma el pago total de los costos y costas del arbitraje por los siguientes argumentos:
- No existe incumplimiento de las obligaciones de PSI.
 - La decisión de resolver el CONTRATO no cuenta con fundamento legal y técnico.
 - Las prestaciones adicionales fueron observadas y no subsanadas en su momento.
 - Se convocó al DEMANDADO a una conciliación, para llegar a un acuerdo, pero este no mostró interés.

VIII.2. CONTESTACIÓN DE DEMANDA

36. Mediante Escrito N° 2 presentado el día 10 de agosto de 2020, el CONSORCIO contesta la demanda en los términos que, en apretado resumen, constan en los numerales siguientes.

Laudo de derecho

Expediente N° 2439-401-19 | PUCP

Caso Arbitral: **PROGRAMA SUBSECTORIAL DE IRRIGACIONES – CONSORCIO SUPERVISOR SGL****Árbitro Único**

Carlos Luis Benjamín Ruska Maguiña

37. El DEMANDADO inicia indicando que el plazo de ejecución de la prestación es de 300 días calendario, conforme la cláusula quinta del CONTRATO, así como que la fecha de inicio del mismo es el 1 de octubre de 2016 y la fecha de culminación el 27 de julio de 2017.
38. Asimismo, SGL señala que el plazo de ejecución de la obra fue ampliado en las siguientes oportunidades:

AMPLIACIONES DE PLAZO SOLICITADAS POR EL CONTRATISTA DE OBRA

N°	RESOLUCIÓN	DIAS	FECHA VIGENTE
01	R.D. N° 267-2016-MINAGRI-PSI	20	Improcedente
02	R.D. N° 266-2016-MINAGRI-PSI	30	Improcedente
03	R.D. N° 438-2016-MINAGRI-PSI	21	Improcedente
04	R.D. N° 439-2016-MINAGRI-PSI	61	Improcedente
05	R.D. N° 499-2016-MINAGRI-PSI	185	Improcedente
06	R.D. N° 558-2016-MINAGRI-PSI	24	Improcedente
07	R.D. N° 589-2016-MINAGRI-PSI	22	23-02-2017 al 13-02-2017
08	R.D. N° 032-2017-MINAGRI-PSI	31	14-02-2017 a 13-03-2017
09	R.D. N° 068-2017-MINAGRI-PSI	28	14-03-2017 a 13-04-2017
10	R.D. N° 089-2017-MINAGRI-PSI	31	14-04-2017 a 13-05-2017
11	R.D. N° 170-2017-MINAGRI-PSI	30	14-05-2017 a 04-06-2017
12	R.D. N° 217-2017-MINAGRI-PSI	22	05-06-2017 a 02-07-2017
13	R.D. N° 246-2017-MINAGRI-PSI	28	03-07-2017 a 30-07-2017
14	R.D. N° 300-2017-MINAGRI-PSI	25	03-08-2017 a 28-08-2017
15	R.D. N° 342-2017-MINAGRI-PSI	25	25-08-2017 a 24-09-2017
16	R.D. N° 382-2017-MINAGRI-PSI	31	25-09-2017 a 20-10-2017
17	R.D. N° 430-2017-MINAGRI-PSI	26	21-10-2017 a 04-11-2017
18	R.D. N° 433-2017-MINAGRI-PSI	37	Improcedente
19	R.D. N° 475-2017-MINAGRI-PSI	15	05-11-2017 a 16-11-2017
20	R.D. N° 500-2017-MINAGRI-PSI	15	17-11-2017 a 28-11-2017
21	R.D. N° 521-2017-MINAGRI-PSI	12	29-11-2017 a 11-12-2017

39. Sin embargo, según sostiene el CONSORCIO, la ENTIDAD no amplió el plazo de ejecución del CONTRATO, declarando improcedentes las solicitudes realizadas a través de las siguientes cartas:

No. De Carta	Fecha	No. De Días Solicitados	Fundamento
105-2017/CS-SGL/PSI/SUPCUSCO	9/08/2017	6	Ampliación de plazo No. 13 por 28 días calendario al ejecutor de la obra.
110-2017/CS-SGL/PSI/SUPCUSCO	15/08/2020	28	Ampliación de plazo No. 14 por 28 días calendario al ejecutor de la obra.
116-2017/CS-SGL/PSI/SUPCUSCO		25	Ampliación de plazo No. 15 por 25 días calendario al ejecutor de la obra.

40. El DEMANDADO señala que la ENTIDAD declaró la improcedencia de las solicitudes argumentando que estas no se enmarcan en ninguno de los ítems del artículo 140 del RLCE, conforme a los informes adjuntados en las siguientes cartas:

Laudo de derecho

Expediente N° 2439-401-19 | PUCP

Caso Arbitral: **PROGRAMA SUBSECTORIAL DE IRRIGACIONES – CONSORCIO SUPERVISOR SGL**

Árbitro Único

Carlos Luis Benjamín Ruska Maguiña

- Carta No. 676-2017-MINAGRI-PSI-DIR.
- Carta No. 677-2017-MINAGRI-PSI-DIR.
- Carta No. 683-2017-MINAGRI-PSI-DIR.

41. Para SGL, al producirse una ampliación de plazo en la ejecución de la obra, debe ampliarse también el plazo del CONTRATO de la supervisión por el mismo período, conforme lo establece el artículo 120 del RLCE e indica la Opinión No. 157-2019/DTN.
42. El CONSORCIO señala que, la ENTIDAD debió paralelamente ampliar el plazo del CONTRATO puesto que para gestionar la ampliación de las cartas fianza es necesario tener específicamente documentos que acrediten la ampliación del plazo.
43. Así las cosas, SGL agrega que, a pesar de la declaración de improcedencia de las solicitudes de ampliación de plazo, continuó de buena fe prestando el servicio de supervisión hasta el 11 de diciembre de 2017, lo cual generó mayores costos; por tanto, a su consideración realizaron adicionales de CONTRATO, los cuales sustentaron y presentaron a la ENTIDAD a través de valorizaciones para su pago.
44. Conforme a lo señalado, el DEMANDADO indica que requirió el pago de los adicionales, mediante las siguientes cartas remitidas a la ENTIDAD:

No. De Carta	Fecha	Monto	Fundamento
137-2017/CS-SGL/PSI/SUPCUSCO	29/11/2017	S/. 9,495.24	Prestación adicional de supervisión No. 1 de 6 días calendario.
03-2018/CS-SGL/PSI/SUPCUSCO	18/01/2018	S/. 33,297.78	Prestación adicional de supervisión No. 2 de 28 días calendario.
04-2018/CS-SGL/PSI/SUPCUSCO	19/01/2018	S/. 24,927.50	Prestación adicional de supervisión No. 3 de 25 días calendario.
05-2018/CS-SGL/PSI/SUPCUSCO	25/01/2018	S/. 20,060.00	Prestación adicional de supervisión No. 4 de 31 días calendario.

45. Luego de ello, a falta de pago de los adicionales, el CONSORCIO refiere que apercibió notarialmente a la ENTIDAD, mediante la Carta No. 005-2019/CS-SGL/PSI/SUPCUSCO, de fecha 1 de julio de 2019, notificada en la misma fecha, a través de la cual solicitó el cumplimiento de la obligación esencial de pagar las Valorizaciones Nos. 1, 2, 3 y 4.
46. Para SGL, la falta de pago de los trabajos realizados es un incumplimiento esencial, según lo indica la Opinión No. 027-2014/DTN

Árbitro Único

Carlos Luis Benjamín Ruska Maguiña

47. En relación a las obligaciones esenciales, el CONSORCIO indica que la normativa de contrataciones del Estado exige que estas estén incluidas en el contrato o en las bases para que así las partes tengan conocimiento de su contenido y alcance, pero no establece la forma en la que debe denominarse; por tanto, a falta de denominación de una obligación esencial como tal, se le reconocerá por su condición de indispensable para alcanzar la finalidad del contrato.
48. De lo expuesto, el DEMANDADO concluye lo siguiente:
- Una obligación no esencial es aquella cuyo incumplimiento no impide alcanzar la finalidad del contrato.
 - No toda obligación contemplada en el contrato o en las Bases es una obligación esencial.
 - La calificación de esencial de una obligación no depende de si se encuentra expresamente contemplada como tal en las Bases o contrato sino depende de ser indispensable para alcanzar la finalidad del contrato.
 - Las obligaciones esenciales no son exclusivas de una Entidad pública sino también del contratista, dado que el cumplimiento de ambas resulta indispensable para que el contrato alcance su finalidad y satisfaga los intereses de las partes.
 - Un contratista puede resolver el contrato por incumplimiento injustificado de obligaciones esenciales y por caso fortuito o fuerza mayor que imposibilite la continuación del mismo.
49. El CONSORCIO indica, además, que, si bien era esencial continuar con la supervisión de la obra, al haber culminado el plazo contractual, se debieron aprobar las ampliaciones del mismo, así como el pago de los trabajos adicionales; por tanto, al no reconocerse las valorizaciones y pagar las mismas, no era posible que se alcanzara la finalidad del CONTRATO, por lo que el apercibimiento y la resolución contractual son válidas.
50. Incluso el DEMANDADO comenta que el apercibimiento y la posterior resolución contractual realizada resultan acordes con el principio de equidad, establecido en el literal i) del artículo 2 de la LCE, el cual establece que las prestaciones y derechos de las partes deben guardar una razonable relación de equivalencia y proporcionalidad, ya que no era justo para el CONSORCIO seguir con la supervisión, habiendo finalizado el plazo contractual, sin recibir una contraprestación.
51. Es en base a dicho razonamiento, según señala SGL, que, luego de apercibir a la ENTIDAD conforme al artículo 136 del RLCE, procedió a resolver el CONTRATO, mediante la Carta No. 006-2019/CS-SGL/PSI/SUPCUSCO, de fecha 5 de julio de 2019, conforme al artículo 135 del RLCE.

Árbitro Único

Carlos Luis Benjamín Ruska Maguiña

52. Por otro lado, el CONSORCIO señala igualmente que el PSI no está en lo correcto al decir que no se sustentaron los adicionales pues los mayores trabajos son su sustento y, una vez realizados, la ENTIDAD estaba obligada a reconocer y pagar las valorizaciones.
53. Por tanto, el DEMANDADO solicita que sea declarada improcedente la primera pretensión principal de la demanda.
54. Sobre la segunda pretensión de la demanda, SGL considera que corresponde que los gastos arbitrales sean de cargo del DEMANDANTE porque es esta la que inició el proceso aun cuando la resolución contractual siempre estuvo amparada en la normativa legal.
55. Para el CONSORCIO, dichos gastos deberán considerar los honorarios del tribunal, intereses y gastos correspondientes al proceso arbitral.

VIII. CONSIDERANDOS

56. Antes de entrar a analizar la materia controvertida, resulta pertinente confirmar lo siguiente:
 - (i) El Árbitro Único se constituyó de acuerdo al 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.
 - (iii) El PSI presentó su escrito de demanda en la forma y dentro del plazo establecido en las Reglas del proceso.
 - (iv) El CONSORCIO fue debidamente emplazado con la demanda, la contestó y ejerció plenamente su derecho de defensa, dentro del plazo establecido en las Reglas del proceso.
 - (v) Las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, incluso, citándose a una Audiencia Única sobre los asuntos a resolver en este Laudo.
 - (vi) El Árbitro Único deja constancia de que, en el estudio, análisis de este Laudo, se han tenido en cuenta todos los argumentos y las alegaciones efectuadas por las partes, así como todos los medios probatorios aportados y que se relacionan con este, efectuándose un análisis y una valoración en conjunto de los mismos, de manera que la no referencia a un argumento a una prueba no implica que no hayan sido tomados 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

Árbitro Único

Carlos Luis Benjamín Ruska Maguiña

información que obra en los actuados del proceso, así como los que se mencionan en los demás acápite del presente Laudo.

- (viii) Este Árbitro Único, conforme 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.° 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 administrativo común, como se desprende del Artículo II de su Título Preliminar¹, 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.° 27444, pues, como se ha indicado, estas resultarían incompatibles con la lógica contractual.

En el mismo sentido, de manera meramente ilustrativa, en una reciente opinión de la Dirección Técnica Normativa del OSCE – Opinión N.° 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.° 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 este Laudo, el Árbitro Único se ha reservado el derecho de seguir el orden que estima más conveniente para su solución.
- (xi) El Árbitro Único está procediendo a emitir el laudo dentro del plazo que corresponde a las reglas de este proceso.

¹ **“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.”

IX. Primera Cuestión Controvertida referida a la primera pretensión principal de la demanda: Que el Árbitro Único determine si corresponde o no declarar la nulidad, invalidez y/o ineficacia de la Resolución del Contrato N° 030-2016-MINAGRI-PSI efectuada por el CONSORCIO, la cual fue comunicada mediante la Carta N° 006-2019-/CS-SGL/PSI/SUPCUSCO de fecha 5 de junio de 2019.

57. Existen tres condiciones que requiere una resolución de contrato válida. La primera refiere a que la parte haya observado el supuesto de incumplimiento de obligaciones en el que se encuentra su contraria. La segunda, que, ante el requerimiento de subsanación, la parte que ha sido intimada no haya cumplido con realizarlo, por lo que, ante dicha situación, se procede a la resolución. La tercera se cumple con la remisión de la carta notarial de resolución de contrato debidamente justificada.
58. Lo señalado anteriormente adquiere sustento en el artículo 135° del RLCE, el cual ha dispuesto las siguientes causales de resolución del contrato:

“Artículo 135.- Causales de resolución

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 contratista puede solicitar la resolución del contrato en los casos en que la Entidad incumpla injustificadamente con el pago y/u otras obligaciones esenciales a su cargo, pese a haber sido requerido conforme al procedimiento establecido en el artículo 136.

Cualquiera de las partes puede resolver el contrato por caso fortuito o fuerza mayor que imposibilite de manera definitiva la continuación del contrato.” (el resaltado es del Árbitro Único)

59. Por otro lado, en relación con el procedimiento que debe cumplirse para resolverse válidamente un contrato, el artículo 136° del RLCE establece:

“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 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.” (el resaltado es del Árbitro Único)

60. Sistematizando los artículos glosados anteriormente, para la resolución de un contrato celebrado al amparo de la LCE y el RLCE se deben considerar dos aspectos: el formal y el material. Para poder efectuar una correcta resolución del CONTRATO, debe cumplirse con lo siguiente:
- (i) La existencia de un incumplimiento injustificado y, para el caso de la intimación a la ENTIDAD, el incumplimiento debe ser solo respecto de una obligación esencial.
 - (ii) El requerimiento previo para su cumplimiento, excepto en los casos que señale el RLCE.
 - (iii) Otorgar un plazo de subsanación del incumplimiento.
 - (iv) La remisión de la decisión de resolver el Contrato debidamente justificada.
 - (v) En el caso de las entidades, esta debe ser aprobada por autoridad de igual o superior jerarquía a quien suscribió el Contrato.
 - (vi) Notificación por la vía notarial.
61. Ahora bien, en lo que refiere al fondo de la resolución, se debe tener presente que esta es la acción por medio de la cual una de las partes, en razón del incumplimiento de la otra parte, finaliza el vínculo contractual existente entre ellas.
62. Las relaciones jurídicas no son realizadas con la finalidad de que terminen sin que ambas partes hayan visto satisfechos sus intereses, así cada parte buscará que se le cumpla con la prestación que está a cargo de su contraria. Para el caso de los servicios contratados, la Entidad buscará que

Árbitro Único

Carlos Luis Benjamín Ruska Maguiña

se cumpla con su ejecución, en el tiempo y calidad esperados. Por su parte, la contratista el pago de la contraprestación acordada.

63. Al inicio de la relación jurídica, las partes establecen las condiciones bajo las cuales se ejecutarán las prestaciones, por lo que la resolución constituye un remedio jurídico de última ratio, en tanto involucraría que el objeto contractual no pueda ser realizado. No obstante, 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 el contrato sea ejecutado por la contraria, en razón del incumplimiento que le es imputable.²
64. Resulta 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 del CONTRATO.
65. La finalidad de positivizar las acciones que pueden generar la resolución del CONTRATO es que su justificación esté debidamente acreditada. Por ello, existirá un vicio en el acto de resolución si se fundamenta en hechos inexactos o falsos, en tanto se estaría vulnerando la buena fe contractual.
66. Fuera de lo señalado en la parte inicial sobre las condiciones necesarias de la LCE y el RLCE para la resolución del CONTRATO, el Código Civil ha señalado que la resolución es el acto por el cual se deja sin efecto un contrato válido por una causal sobreviniente a su celebración.³ 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.
67. Conforme señala Messineo, la resolución del contrato 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”*⁴.

² ALVAREZ VIGARAY, Rafael. *“La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento”*. Editorial Comares. Granada, 1986. Pág. 68.

³ Art. 1371° del Código Civil Peruano, aprobado mediante Decreto Legislativo N° 275.

⁴ MESSINEO, Francesco. *“Manual de Derecho Civil y Comercial”*. Tomo IV, Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1955. Pág. 522.

Árbitro Único

Carlos Luis Benjamín Ruska Maguiña

68. A consideración del Árbitro Único, sin perjuicio de lo dispuesto en la normativa de contrataciones del Estado, para que se pueda realizar una correcta resolución contractual, deben cumplirse con ciertos elementos básicos que le otorgarán legitimidad a dicho acto. En tanto la consecuencia que involucra la resolución del contrato 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.**
69. Para el Árbitro Único, la resolución de un contrato por incumplimiento debe cumplir con los siguientes requisitos, los cuales deben ser interpretados en el marco de la LCE y el RLCE⁵:
- a) Existencia de un contrato de prestaciones recíprocas: En el caso de los contratos de servicios, 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 un contrato de prestaciones recíprocas, involucra que la ruptura de alguna de las condiciones acordadas en el CONTRATO 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 del CONTRATO, 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 de ellas. Sobre este particular, 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

⁵ 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.

Árbitro Único

Carlos Luis Benjamín Ruska Maguiña

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 del contrato, **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.⁶ A consideración del Árbitro Único, esta situación resulta replicable en la normativa de contrataciones con el Estado, pues las ENTIDADES no deben considerar que cualquier incumplimiento de obligaciones de su contraria genera una resolución, **deben ser aquellos que, por su naturaleza, pongan en peligro la correcta ejecución del CONTRATO**.

A partir de lo señalado, el incumplimiento que genera la resolución debe ser (i) sobre una prestación principal que impida la correcta ejecución del contrato y (ii) la inejecución debe poner en peligro la ejecución de las otras prestaciones principales o se ve afectado gravemente el interés del acreedor.⁷

70. 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 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 realiza, no demuestra que quiera cumplir con el interés del acreedor.⁸
71. Para estos casos, la premisa base es la existencia de un incumplimiento contractual, pues de no existir el incumplimiento por el cual se está finalizando el vínculo, las partes no podrán finalizar la relación jurídica por causa imputable a la contraria.
72. En consideración de este Árbitro Único, la postura legislativa que ha adoptado la LCE y el RLCE recoge lo señalado por los autores previamente citados, en concordancia con la legislación privada, en tanto tienen como punto de partida un incumplimiento que no se subsana de manera

⁶ Ibid. p. 327.

⁷ Ibidem.

⁸ MESSINEO, Francisco. "Doctrina general del contrato". Dott, A. Giuffrè Editore, 1948. Pág. 721.

Árbitro Único

Carlos Luis Benjamín Ruska Maguiña

oportuna por la parte intimada, lo cual amerita la finalización del vínculo contractual.

73. Ahora bien, sobre la base de las consideraciones expuestas en los considerandos precedentes en relación con la resolución de contrato y la forma en la que se encuentra regulada en el caso concreto, corresponde analizar si la efectuada por el CONSORCIO es válida.
74. En relación con la intimación primaria, este Árbitro Único observa que fue realizada mediante la Carta Notarial N° 005-2019/CS-SGL/PSI/SUPCUSCO, de fecha 1 de julio de 2019, a través de la cual el CONSORCIO manifestó que existían incumplimientos esenciales por parte de la ENTIDAD, tales como los siguientes:

- a. Falta de emisión de la Resolución Gerencial que amplíe el plazo contractual de la supervisión.

*... en caso de ser aprobado la ampliación de plazo de obra N° 16 por 31 días calendarios);
**ampliación de plazo que no ha sido atendido a mi representada ENCONTRÁNDONOS
HASTA EL DÍA DE HOY SIN PLAZO CONTRACTUAL VIGENTE;** al respecto debemos
informar que la ampliación de plazo otorgada al ejecutor de la obra CONSORCIO ESPINAR,
tiene como fecha de término el 25 de setiembre de 2017; **en ese sentido, la entidad (PSI) debe
emitir el acto administrativo que amplíe el plazo hasta la fecha actual.**
El Notario no asume responsabilidad sobre el contenido de la*

- b. Falta de aprobación de los mayores costos de los servicios solicitados el 11 de diciembre de 2017, 18 de enero de 2018, 19 de enero de 2018 y 25 de enero de 2018.

*En ese sentido, a la fecha la Entidad no ha cumplido con aprobar los mayores costos de
nuestros servicios solicitados el 11 de diciembre de 2017, 18 de enero de 2018, 19 de enero
de 2018, 25 de enero de 2018, habiendo transcurrido más que un tiempo prudencial para
que vuestra representada pueda pronunciarse, sin embargo hoy ello no ocurre, faltando
así al cumplimiento de sus obligaciones esenciales conforme a Ley, es decir, vuestra
representada no ha cumplido con aprobar nuestros mayores costos de supervisión que
necesariamente deben ser aprobados previa autorización del Titular de la Entidad, ya que*

75. Este Árbitro Único observa que existen diversas imputaciones realizadas en la carta de apercibimiento; sin embargo, fueron resumidas en las dos antes señaladas, siendo éstas la causa del apercibimiento que realizó el CONSORCIO frente a la ENTIDAD, conforme se observa a continuación:

Árbitro Único

Carlos Luis Benjamín Ruska Maguiña

Es una obligación esencial garantizar por parte de la Entidad, la presencia de la supervisión de obra, para controlar los trabajos en obra, así como también es una obligación esencial de la Entidad, cumplir los principios de la Ley de Contrataciones del Estado como es el principio de Equidad, y de esta forma proceder con la aprobación de nuestros mayores cotas de supervisión solicitado.

Por las consideraciones expuestas y en atención al artículo 136 del Reglamento de Contrataciones del Estado, mediante la presente misiva le otorgamos un plazo de tres (3) días, a fin de que cumplan con sus obligaciones esenciales, bajo apercibimiento de resolución total de contrato:

- Emitir el acto administrativo concerniente a la aprobación de nuestras mayores prestaciones de supervisión N° 1, 2, 3 y 4, ello en virtud, con la autorización del Titular de la Entidad, conforme lo exige el artículo 34 inc. 4 de la Ley de Contrataciones del Estado.*

76. Posteriormente a ello, habiendo transcurrido los tres (3) días que le otorgó el CONSORCIO al PSI, con la Carta Notarial N° 005-2019/CS-SGL/PSI/SUPCUSCO, de fecha 5 de julio de 2019, procedió a resolver el CONTRATO.

77. Es importante resaltar que el propio CONSORCIO señaló que su apercibimiento no estaba destinado al pago de los adicionales de supervisión.

Que, sobre el particular, dejamos constancia que nuestra carta de apercibimiento contractual no estaba dirigida a que cumpla con el pago del adicional N° 1, 2, 3 y 4 de supervisión.

78. Por el contrario, el CONSORCIO señaló que su resolución se sustentaba en la falta de cumplimiento de las obligaciones que fueron apercibidas en su Carta Notarial N° 005-2019/CS-SGL/PSI/SUPCUSCO, de fecha 1 de julio de 2019, las cuales, como hemos señalado, eran (i) la falta de emisión de la Resolución Gerencial que amplíe el plazo contractual de la supervisión y (ii) la falta de aprobación de los mayores costos de los servicios solicitados el 11 de diciembre de 2017, 18 de enero de 2018, 19 de enero de 2018 y 25 de enero de 2018.

*Por las consideraciones expuestas y en atención al artículo 36 de la Ley de Contrataciones del estado, y en concordancia con las disposiciones de los artículos 135º y 136º del Reglamento de Contrataciones del Estado, mediante la presente carta notarial, procedemos a **RESOLVER en forma total el presente contrato, por los hechos invocados en la carta de apercibimiento.***

79. Ahora bien, en el escrito de contestación de demanda, específicamente en el numeral 11, el CONSORCIO ha argumentado que realizó el apercibimiento de resolución "amparados en el no cumplimiento del pago de las Valorizaciones No 01, 02, 03, y 04 generadas por el mayor trabajo que realizamos luego de vencido nuestro contrato".

Árbitro Único

Carlos Luis Benjamín Ruska Maguiña

80. Adicionalmente a lo señalado, en el numeral 12 del mismo escrito, dicha parte expuso que se debieron aprobar las ampliaciones de plazo, con el pago respectivo de los adicionales que ello involucraba.

12. En efecto, era esencial continuar con la supervisión de la obra, pero al haberse culminado el plazo de ejecución contractual, se debió aprobar ampliaciones de plazo, y con el pago respectivo esos mayores trabajos que representen (adicionales), pero al no reconocer y pagar las valorizaciones, no era posible alcanzar con la finalidad del contrato; por lo que esta válido el apercibimiento remitido y la resolución de contrato,

81. Este Árbitro Único tiene presente que existe una incongruencia entre la Carta Notarial N° 005-2019/CS-SGL/PSI/SUPCUSCO, de fecha 1 de julio de 2019, la Carta Notarial N° 006-2019/CS-SGL/PSI/SUPCUSCO, de fecha 5 de julio de 2019 y la contestación de demanda, pues, en las primeras, el CONSORCIO reclama (i) la falta de emisión de la Resolución Gerencial que amplíe el plazo contractual de la supervisión y (ii) la falta de aprobación de los mayores costos de los servicios solicitados el 11 de diciembre de 2017, 18 de enero de 2018, 19 de enero de 2018 y 25 de enero de 2018; mientras que, en la segunda, reclama el pago de las valorizaciones, por prestaciones adicionales ejecutadas.
82. Ante ello, este Árbitro Único, para determinar la validez de la resolución contractual, debe analizar las causas citadas en la Carta Notarial N° 005-2019/CS-SGL/PSI/SUPCUSCO, de fecha 1 de julio de 2019 y la Carta Notarial N° 006-2019/CS-SGL/PSI/SUPCUSCO, de fecha 5 de julio de 2019, en razón de que dichos documentos son los que justificarían la extinción de la relación jurídica.

Falta de emisión de la Resolución Gerencial que amplíe el plazo contractual de la supervisión

83. Una de las causas señaladas por el CONSORCIO para resolver el CONTRATO fue la falta de aprobación de la ampliación del plazo contractual de la Supervisión, como consecuencia de la ampliación del plazo del contrato del ejecutor de la obra.
84. Al respecto, se debe tener presente que es diferente la controversia que se genera por la denegatoria de una ampliación de plazo, con la que puede generarse como consecuencia de la falta de aprobación de la misma. La primera, conforme al artículo 45.2 de la LCE, debe ser sometida a arbitraje en el plazo de treinta (30) días hábiles; mientras que la segunda implica considerar que el hecho de no aprobar una ampliación de plazo es una causa de resolución de Contrato.

Laudo de derecho

Expediente N° 2439-401-19 | PUCP

Caso Arbitral: **PROGRAMA SUBSECTORIAL DE IRRIGACIONES – CONSORCIO SUPERVISOR SGL**

Árbitro Único

Carlos Luis Benjamín Ruska Maguiña

85. El plazo contractual es aquel que se ha pactado en el CONTRATO y, en caso sea necesario una extensión, debe cumplir con los supuestos regulados en la LCE y en el RLCE.
86. En este caso, el Árbitro Único tiene presente que el CONSORCIO solicitó las ampliaciones de plazo derivadas de las ampliaciones que fueron necesarias conceder al contratista ejecutor de la obra y que, de manera directa, incidían en el plazo de ejecución de su CONTRATO.
87. El CONSORCIO solicitó las ampliaciones de plazo al amparo del artículo 140 del RLCE, siendo que la ENTIDAD las declaró improcedentes, conforme observamos a continuación:

Carta N° 676-2017-MINAGRI-PSI-DIR del 9 de octubre de 2017, dando respuesta a la solicitud de ampliación de plazo N° 1 por los servicios de Supervisión.

Tengo a bien dirigirme a usted, con relación al documento c) de la referencia, vinculado a la solicitud de Ampliación de Plazo N° 01 por los Servicios de Supervisión, presentado por su representada como Supervisión de la obra de la referencia d).

Sobre el particular, al haberse evaluado las opiniones técnicas improcedentes de la referencia a) y b) por parte de la Oficina de Supervisión, de la Coordinación Regional del Fondo Sierra Azul y del Ingeniero de Seguimiento y Monitoreo, respectivamente, esta Dirección, en concordancia con las conclusiones arribadas en dichos documentos, emite su opinión técnica considerando **IMPROCEDENTE** la Ampliación de Plazo N° 01 por los Servicios de Supervisión; sin embargo, su representada debe cuantificar, sustentar y solicitar a la Entidad la prestaciones adicionales de servicios de Supervisión de obra por el periodo de 06 días calendarios.

Carta N° 677-2017-MINAGRI-PSI-DIR del 9 de octubre de 2017, dando respuesta a la solicitud de ampliación de plazo N° 2 por los servicios de Supervisión.

Tengo a bien dirigirme a usted, con relación al documento c) de la referencia, vinculado a la solicitud de Ampliación de Plazo N° 02 por los Servicios de Supervisión, presentado por su representada como Supervisión de la obra de la referencia d).

Sobre el particular, al haberse evaluado las opiniones técnicas improcedentes de la referencia a) y b) por parte de la Oficina de Supervisión, de la Coordinación Regional del Fondo Sierra Azul y del Ingeniero de Seguimiento y Monitoreo, respectivamente, esta Dirección, en concordancia con las conclusiones arribadas en dichos documentos, emite su opinión técnica considerando **IMPROCEDENTE** la Ampliación de Plazo N° 02 por los Servicios de Supervisión; sin embargo, su representada debe cuantificar, sustentar y solicitar a la Entidad la prestaciones adicionales de servicios de Supervisión de obra por el periodo de 28 días calendarios.

Carta N° 683-2017-MINAGRI-PSI-DIR del 10 de octubre de 2017, dando respuesta a la solicitud de ampliación de plazo N° 3 por los servicios de Supervisión.

Árbitro Único

Carlos Luis Benjamín Ruska Maguiña

Tengo a bien dirigirme a usted, con relación al documento c) de la referencia, vinculado a la solicitud de Ampliación de Plazo N° 03 por los Servicios de Supervisión, presentado por su representada como Supervisión de la obra de la referencia d).

Sobre el particular, al haberse evaluado las opiniones técnicas improcedentes de la referencia a) y b) por parte de la Oficina de Supervisión, de la Coordinación Regional del Fondo Sierra Azul y del Ingeniero de Seguimiento y Monitoreo, respectivamente, esta Dirección, en concordancia con las conclusiones arribadas en dichos documentos, emite su opinión técnica considerando **IMPROCEDENTE** la Ampliación de Plazo N° 03 por los Servicios de Supervisión; sin embargo, su representada debe cuantificar, sustentar y solicitar a la Entidad la prestaciones adicionales de servicios de Supervisión de obra por el periodo de 25 días calendarios.

88. De la revisión de los documentos que obran en estos actuados, el Árbitro Único aprecia que la ENTIDAD presentó una respuesta a las solicitudes de ampliaciones de plazo, habiendo el PSI solicitado al CONSORCIO que cuantificara, sustentara y solicitara a la ENTIDAD las prestaciones adicionales que derivaban de su pedido de ampliación de plazo.
89. **Se debe tener presente que, en este proceso, no está en discusión la aprobación de las ampliaciones de plazo solicitadas por el CONSORCIO, por lo que el Árbitro Único no resulta competente para afirmar o negar que correspondían los pedidos que formuló dicha parte.**
90. El Árbitro Único, únicamente, analiza si la causal citada por el CONSORCIO, como motivo de la resolución del CONTRATO, es una causal válida.
91. Así, este Árbitro Único considera que, la falta de pronunciamiento favorable de la ENTIDAD ante un pedido de ampliación de plazo contractual del CONSORCIO no constituye una causal válida para resolver el CONTRATO, pues, en caso el CONTRATO no se amplíe por su decisión, no es responsabilidad del CONSORCIO continuar en la ejecución de sus prestaciones, al haber finalizado el periodo pactado originalmente.
92. Sostener lo contrario implicaría que el solo pedido de ampliación, pese a haber sido declarado improcedente, justifique que el CONSORCIO resuelva el CONTRATO, lo cual no se ajusta a la normativa aplicable.
93. Cabe señalar, además, que, si bien el artículo 140° y el artículo 171° del RLCE establecen que, ante la ampliación de plazo de un contrato de obra, el contrato de Supervisión debe ser ampliado, existió una respuesta negativa del PSI, **la cual no fue controvertida en su oportunidad por el CONSORCIO, en todo caso no se ha acreditado ello con documento fehaciente en este proceso arbitral.**
94. En este caso, **correspondía que el CONSORCIO controvierta la declaratoria de improcedencia de cada una de las ampliaciones de plazo solicitadas, dentro de los plazos de caducidad que establece la LCE**, caso contrario, por los efectos de la caducidad, habría perdido esos derechos y, por tanto, la denegatoria habría quedado consentida.

Árbitro Único

Carlos Luis Benjamín Ruska Maguiña

95. Por otro lado, en caso el CONSORCIO considerara que la ENTIDAD no se ha pronunciado sobre los pedidos de ampliación de ampliación de plazo realizados, al amparo del artículo 140° del RLCE, estos habrían quedado aprobados de manera tácita, por lo que tampoco se configuraría una causal de afectación al CONSORCIO, ya que el plazo habría quedado ampliado de manera tácita.
96. Por lo expuesto, la falta de emisión de la Resolución Gerencial que amplíe el plazo contractual de la supervisión no es una causa que justifique la resolución del CONTRATO, puesto que, **en caso el CONSORCIO considerara que las denegatorias no se ajustaban a derecho, debía someterlas a arbitraje y, no ha sido acreditado en estos actuados que lo hubiere hecho en su oportunidad.**

Falta de aprobación de los mayores costos de los servicios solicitados el 11 de diciembre de 2017, 18 de enero de 2018, 19 de enero de 2018 y 25 de enero de 2018

97. Se debe apreciar que el objeto del CONTRATO era la Supervisión de la Obra, en los términos que fueron acordados en dicho documento:

CLÁUSULA SEGUNDA: OBJETO

El presente contrato tiene por objeto la contratación del servicio de consultoría de supervisión de obra, para la correcta supervisión, control y liquidación de la Obra: "MEJORAMIENTO DEL SERVICIO DE AGUA DEL SISTEMA DE RIEGO CAÑON APURIMAC, DISTRITOS DE YAURI Y COPORAQUE, PROVINCIA DE ESPINAR, DEPARTAMENTO DE CUSCO", conforme a los términos de referencia y el Expediente de Contratación, que forman parte del presente contrato.

98. Conforme se puede advertir, el propio texto refería a que el servicio era uno de Supervisión, el cual iba a estar regulado por las disposiciones del CONTRATO.
99. En la Cláusula Décimo Octava del CONTRATO, se había señalado lo siguiente:

CLÁUSULA QUINTA: DEL PLAZO DE LA EJECUCIÓN DE LA PRESTACIÓN

La Supervisión, se prevé ejecutar, en un plazo de **Trescientos (300) días calendario**, de los cuales:

- Doscientos setenta (270) días calendario corresponden a la supervisión y recepción de la obra, y
- Treinta (30) días calendario para la liquidación de la obra.

La supervisión iniciará sus actividades a partir de la aprobación del Expediente técnico del proyecto mediante acto resolutivo debidamente notificado al Supervisor de la obra y al empezar la ejecución de la obra, durante todo el tiempo que demande el proceso de recepción y liquidación final de obra.

La supervisión deberá estar presente en todos los actos del proceso de ejecución de la obra hasta la suscripción del Acta de Recepción definitiva y el consentimiento de la Liquidación Final del Contrato de Obra, lo cual será la última prestación del Supervisor.

100. Esta situación regulada en el CONTRATO se encuentra relacionada con el plazo acordado para el cumplimiento de las prestaciones por parte del CONSORCIO, así como el límite a los trabajos que debían ser realizados, en razón del tiempo que se había pactado.

Laudo de derecho

Expediente N° 2439-401-19 | PUCP

Caso Arbitral: **PROGRAMA SUBSECTORIAL DE IRRIGACIONES – CONSORCIO SUPERVISOR SGL**

Árbitro Único

Carlos Luis Benjamín Ruska Maguiña

101. Ambas partes no han controvertido, ni si quiera en argumentos, el hecho de que el CONSORCIO se mantuvo mayor tiempo en obra; no obstante, la discusión se centra en si la causa por la que se resolvió el CONTRATO es una causa justificada.
102. De la revisión de las cláusulas contractuales, se aprecia que la cláusula de pago no refiere a pagos adicionales, ni algún otro concepto que deba ser reconocido, más allá del monto pactado en la Cláusula Tercera, en otras palabras, no existe una obligación de “pagos adicionales” que las partes hubieran anticipado vía CONTRATO.
103. Al referirnos a pagos adicionales, estamos señalando que es facultad de las partes reconocer, de manera previa, algunos conceptos que pueden estar fuera del monto contractual; sin embargo, en este caso, ello no sucede así. Tal como se aprecia, la finalidad del PSI fue que el CONSORCIO supervise la obra, en el plazo y costo pactado.
104. Ahora bien, ello no quiere decir que el CONSORCIO no tenga derecho, dependiendo del tiempo que incurra en la Supervisión de la obra al pago de una retribución por sus servicios; no obstante, para que este derecho se convierta en una obligación exigible, debe estar plasmado en una decisión del PSI o un Laudo Arbitral.
105. En este caso, el escenario que se debate en el proceso es uno en el que no existe alguna decisión del PSI de reconocimiento de monto adicional o de un Laudo Arbitral en el que se haya dispuesto que el PSI cumpla con ello. Así las cosas, para el Árbitro Único, las obligaciones del CONSORCIO se enmarcan dentro del CONTRATO.
106. A partir de ello, habiéndose determinado que no existe una obligación de pago más allá de la pactada en el CONTRATO, corresponde determinar si el apercibimiento realizado implicaba un incumplimiento de obligaciones esenciales del PSI.
107. En primer lugar, se debe tener presente que el artículo 34°, inciso 2, de la LCE, establece que las Entidades pueden aprobar la ejecución de prestaciones adicionales, en los casos de bienes y servicios y consultorías, siempre que no superen el 25% del valor pactado en el contrato.
108. En adición a ello, el primer párrafo del artículo 139° del RLCE es claro en señalar cómo se debe emitir la orden referida a la ejecución de adicionales:

“Mediante Resolución previa, el Titular de la Entidad puede disponer la ejecución de prestaciones adicionales hasta por el límite del veinticinco por ciento (25%) del monto del contrato original, siempre que estas sean

Árbitro Único

Carlos Luis Benjamín Ruska Maguiña

necesarias para alcanzar la finalidad del contrato, para lo cual debe contar con la asignación presupuestal necesaria. (...)"

109. La norma establece la forma en la que se debe manifestar la voluntad de la ENTIDAD; el marco normativo exige que la autorización sea previa para ser vinculante y efectuada por el máximo órgano de la ENTIDAD, para ser vinculante.
110. El Árbitro Único estima, que quien contrata con el Estado debe tener en cuenta los requisitos y formalidades que el Estado debe cumplir para poder emitir una voluntad vinculante, por lo que, en el caso se impute una falta de aprobación de los mayores costos de los servicios solicitados el 11 de diciembre de 2017, 18 de enero de 2018, 19 de enero de 2018 y 25 de enero de 2018, se debe citar cuál es la norma que obliga a la ENTIDAD a ello.
111. En el marco de un contrato, las partes están obligadas a cumplir con lo que se ha pactado en el mismo. Ello no implica que tengan la obligación de "aprobar" o "pagar", algún monto que aún no se haya reconocido previamente, conforme a las reglas que aplican a esta relación jurídica.
112. En el caso de mayores costos, por un mayor tiempo en los trabajos correspondientes a la Supervisión, se debe pagar, adicionales previamente aprobados.
113. Un adicional es aquel que, no habiendo estado previsto en los términos de referencia, es necesario para lograr el objeto del contrato y la Entidad contratante puede decidir autorizar su ejecución. El costo del adicional (es decir, el presupuesto adicional aplicable) debe aprobarse conjuntamente con la autorización y por la misma vía (máxima autoridad de la Entidad) a fin de determinar la disposición presupuestaria y analizar que no supere (en conjunto con otros adicionales) el 25% del monto del CONTRATO. Este es un elemento importante, pues no se aprecia de autos la aprobación del presupuesto adicional.
114. No obra copia de ninguna resolución de aprobación de los adicionales cuyo pago reclama el CONSORCIO, en su carta de apercibimiento, además, **no resulta posible que el Árbitro Único emita un pronunciamiento sobre este particular, toda vez que ello implicaría necesariamente tener que efectuar un análisis del fondo de cada uno de estos, con el fin de determinar la procedencia de los adicionales, hecho que excede a las pretensiones postuladas en este arbitraje.**
115. En concordancia con lo señalado anteriormente, el Árbitro Único considera que el segundo apercibimiento realizado por el CONSORCIO, corresponde a un adicional y este no se encuentra aprobado por el PSI.

Árbitro Único

Carlos Luis Benjamín Ruska Maguiña

116. Por ello, debido a que los dos supuestos que fueron apercibidos por el CONSORCIO, en su Carta Notarial N° 005-2019/CS-SGL/PSI/SUPCUSCO, de fecha 1 de julio de 2019, no eran acorde a derecho, corresponde declarar fundada la primera pretensión del PSI y, en consecuencia, ineficaz la Resolución del CONTRATO realizada por el CONSORCIO, en la Carta Notarial N° 006-2019/CS-SGL/PSI/SUPCUSCO, de fecha 5 de julio de 2019.

X. Segunda Cuestión Controvertida a la segunda pretensión principal de la demanda: Que el Árbitro Único determine a qué parte le corresponde asumir los costos y costas del proceso arbitral.

117. *Conforme con lo dispuesto en el literal g) del artículo 56° del REGLAMENTO, 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. (...).”

118. De acuerdo con lo expresado, corresponde al Árbitro Único pronunciarse necesariamente en el presente laudo acerca de la asunción o distribución de los costos arbitrales.

119. Respecto de los costos del arbitraje, el artículo 73° de la 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.”

120. En ese sentido, 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 estos sean asumidos de forma equivalente por las partes, esto es, en partes iguales, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

121. De la revisión del convenio arbitral celebrado entre las partes, se advierte que las mismas no han pactado en relación con los costos del arbitraje y la forma en que estos deben ser asumidos, por lo que, corresponde que su distribución sea determinada por el Árbitro Único teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

Árbitro Único

Carlos Luis Benjamín Ruska Maguiña

122. En el presente arbitraje, existe una clara parte vencida; debido a que el CONSORCIO resolvió de manera indebida el CONTRATO al PSI, al haber sustentado su Carta Notarial N° 005-2019/CS-SGL/PSI/SUPCUSCO, de fecha 1 de julio de 2019, mediante la cual apercibió la Resolución y su Carta Notarial N° 006-2019/CS-SGL/PSI/SUPCUSCO, de fecha 5 de julio de 2019, mediante la cual resolvió el CONTRATO, en causas que no eran acordes a la normativa aplicable.
123. En ese orden de ideas, se aprecia que este proceso ha iniciado por causa del CONSORCIO. Atendiendo a ello, este Árbitro Único considera que corresponde que el CONSORCIO asuma el cien por ciento (100%) de los honorarios del Árbitro Único y los gastos administrativos del CENTRO.
124. Respecto de los demás costos, el Árbitro Único no aprecia la existencia de documentos que acrediten los mismos por lo que, fuera de los honorarios del Árbitro Único y los gastos administrativos del Centro de Arbitraje, corresponde disponer que cada parte asuma directamente los costos en que incurrió como consecuencia del presente arbitraje, como son los honorarios de sus abogados, entre otros.

El Árbitro Único reitera una vez más que, ha analizado todos los argumentos de defensa expuestos por las partes y examinado y valorado las pruebas presentadas por éstas de acuerdo con 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,

XI. LAUDA

PRIMERO: DECLARAR FUNDADA la primera pretensión del PSI, debido a que los dos supuestos que fueron apercebidos por el CONSORCIO, en su Carta Notarial N° 005-2019/CS-SGL/PSI/SUPCUSCO, de fecha 1 de julio de 2019, no eran acorde a derecho y, en consecuencia, **DECLARAR INEFICAZ** la Resolución del CONTRATO realizada por el CONSORCIO, en la Carta Notarial N° 006-2019/CS-SGL/PSI/SUPCUSCO, de fecha 5 de julio de 2019.

SEGUNDO: DECLARAR FUNDADA la segunda pretensión principal del PSI y; **CONDENAR** al CONSORCIO al pago del 100% de los costos de este proceso, referidos a los honorarios del Árbitro Único y los servicios de administración del CENTRO, en consecuencia, dicha parte deberá, en ejecución de este laudo, reintegrar al PSI la cantidad de S/. 5,389.14 (Cinco Mil Trescientos Ochenta y

Laudo de derecho

Expediente N° 2439-401-19 | PUCP

Caso Arbitral: **PROGRAMA SUBSECTORIAL DE IRRIGACIONES – CONSORCIO SUPERVISOR SGL**

Árbitro Único

Carlos Luis Benjamín Ruska Maguiña

Nueve con 14/100 Soles) por concepto de honorarios del Árbitro Único y, la suma de S/. 5,232.00 (Cinco mil doscientos treinta y dos con 00/100 Soles) más el Impuesto General a las Ventas (en adelante, IGV), por servicios de administración del CENTRO. Debiendo cada parte asumir los costos correspondientes a los honorarios de sus respectivas defensas legales y cualquier otro costo incurrido como consecuencia de este proceso.

TERCERO: FIJAR los honorarios del Árbitro Único en la cantidad de S/. 5,389.14 (Cinco Mil Trescientos Ochenta y Nueve con 14/100 Soles) brutos y, los servicios de administración del CENTRO en la suma de S/. 5,232.00 (Cinco mil doscientos treinta y dos con 00/100 Soles) más el IGV.



CARLOS LUIS BEJAMÍN RUSKA MAGUIÑA
ÁRBITRO ÚNICO



=====

LAUDO DE DERECHO, INSTITUCIONAL Y NACIONAL

=====

Centro de Arbitraje Latinoamericano e Investigaciones Jurídicas
Proceso Arbitral N° 106-2021/CEAR

Arbitraje seguido entre

OFELIA MEDINA TITTO

Y

PROGRAMA DE DESARROLLO PRODUCTIVO AGRARIO - AGRORURAL

EN RELACIÓN AL CONTRATO: CONTRATO N° 066-2020-MINAGRI-AGRORURAL
"CONTRATACIÓN DE BIENES PARA LA ADQUISICIÓN DE HENO DE AVENA PARA EL
DEPARTAMENTO DE CUSCO EN EL MARCO DEL DECRETO SUPREMO N° 120-2020-
PCM"

LAUDO DE DERECHO

**ÁRBITRO ÚNICO:
MARIO MANUEL SILVA LÓPEZ**

**SECRETARIO ARBITRAL:
SEBASTIAN HUAYTAN MEDER**

CEIAR LATINOAMERICANO

RECIBIDO

2021 AUG 12 PM 1:00

FOLIOS 24, ...
OFELIA MEDINA TITTO
SECCIÓN NO EMPLEA
CONFORTIDAD

Lima, 12 de agosto del 2021.

PROCESO ARBITRAL N° 106-2021/CEAR.LATINOAMERICANO

DEMANDANTE: OFELIA MEDINA TITTO

DEMANDADO: PROGRAMA DE DESARROLLO PRODUCTIVO AGRARIO RURAL- AGRO RURAL

CONTRATO: Contrato N° 066-2020-MINAGRI-AGRORURAL "Contratación de bienes para la adquisición de heno de avena para el departamento de Cusco en el marco del Decreto Supremo N° 120-2020-PCM"

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO DICTADO EN EL ARBITRAJE SEGUIDO POR OFELIA MEDINA TITTO CON EL PROGRAMA DE DESARROLLO PRODUCTIVO AGRARIO RURAL – AGRO RURAL, ANTE EL ÁRBITRO ÚNICO DR. MARIO MANUEL SILVA LOPEZ

DECISIÓN ARBITRAL N° 07

I. LUGAR Y FECHA DE EXPEDICIÓN. -

El presente Laudo Arbitral se expide en la ciudad de Lima a los 12 días del mes de agosto del año dos mil veintiuno.

II. LAS PARTES. -

- **Demandante:** OFELIA MEDINA TITTO (en adelante el contratista o el Demandante).
- **Demandado:** PROGRAMA DE DESARROLLO PRODUCTIVO AGRARIO RURAL – AGRO RURAL (en adelante la Entidad o la Demandada).

III. DEL TRIBUNAL ARBITRAL. -

- Dr. MARIO MANUEL SILVA LOPEZ – Árbitro Único

- Dr. **SEBASTIÁN HUAYTÁN MEDER** - Secretario General del Centro de Arbitraje Latinoamericano e Investigaciones Jurídicas

IV. TRAMITACIÓN DEL PROCESO ARBITRAL. -

1. EXISTENCIA DE UN CONVENIO ARBITRAL Y DESIGNACION DEL ÁRBITRO ÚNICO

Con fecha 14 de septiembre del 2020, **OFELIA MEDINA TITTO (EN ADELANTE EL CONTRATISTA O EL DEMANDANTE)** y **EL PROGRAMA DE DESARROLLO PRODUCTIVO AGRARIO – AGRO RURAL (EN ADELANTE LA ENTIDAD O EL DEMANDADO)**, suscribieron el Contrato N° 066-2020-MINAGRI-AGRO RURAL: *“Contratación de bienes para la adquisición de heno de avena para el departamento del Cusco en el marco del Decreto Supremo N°120-2020-PCM”* **(EN ADELANTE, EL CONTRATO)**.

Al surgir controversias entre las partes que suscribieron el contrato antes mencionado, el Contratista hizo uso de la cláusula arbitral contenida en la Cláusula Decima Séptima del Contrato denominada SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS:

“Las controversias que surjan entre las partes durante la relación contractual se resuelven mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes.

Cualquiera de las partes tiene derecho a iniciar el arbitraje a fin de resolver dichas controversias dentro del plazo de caducidad previsto en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento.

Facultativamente, cualquiera de las partes tiene el derecho a solicitar una conciliación dentro del plazo de caducidad correspondiente, según lo señalado en el artículo 224° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, sin perjuicio de recurrir al arbitraje, en caso no se llegue a un acuerdo entre ambas partes o se llegue a un acuerdo parcial. Las controversias sobre nulidad el contrato, solo pueden ser sometidas a arbitraje.

El laudo arbitral emitido es inapelable, definitivo y obligatorio para las partes desde el momento de su notificación, según lo previsto en el inciso 45.21 del artículo 45 de la Ley de Contrataciones del Estado.”.

Asimismo, en la Audiencia de Designación N° 0011-2021/CEAR – ÁRBITRO ÚNICO, de fecha 22 de febrero de 2021, el Centro de Arbitraje Latinoamericano e Investigaciones Jurídicas (en adelante, el Centro) nombró como Árbitro Único al Dr. Mario Manuel Silva López.

2. INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL.

Mediante la Decisión Arbitral N°01 de fecha 3 de marzo del 2021 se tuvo por constituido el Tribunal Arbitral Unipersonal integrado por el Dr. Mario Manuel Silva López.

En dicha resolución, se ratificaron las reglas establecidas en el Reglamento Procesal de Arbitraje 2020 de CEIAR LATINOAMERICANO para regular el presente proceso y se fijaron las reglas especiales complementarias señaladas en el considerando séptimo de la Decisión Arbitral N°01.

Así también, en la Decisión Arbitral N°02, el Tribunal Arbitral Unipersonal designó como encargado del presente proceso al Secretario Arbitral Sebastián Huaytán Meder.

3. DETERMINACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS Y ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS

Mediante el Acta de la Audiencia Especial Única de fecha 24 de mayo del 2021 se fijaron los Puntos Controvertidos del presente arbitraje:

1.- Determinar si corresponde o no, que el Árbitro Único declare sin efecto la aplicación de penalidad por parte de la Entidad, la misma que fue materializada a través del descuento al pago realizado el 23 de noviembre de 2020, debiendo devolver a la Contratista el monto retenido ascendente a S/. 14,240.00 más intereses legales calculados a la fecha en que se haga efectivo dicho pago.

2.- Determinar si corresponde o no, que el Árbitro Único ordene a la Entidad asumir las costas y costos del presente proceso arbitral.

En el ítem VI del Acta de la Audiencia Especial Única de fecha 24 de mayo del 2021, se dejó claramente establecido que el Árbitro Único se reservaba la facultad de analizar los puntos controvertidos de la forma que considere apropiada, sin que está sea necesariamente establecida en dicha acta, y que, de determinarse al pronunciarse sobre parte de esta, que carece de objeto pronunciarse sobre otro de sus extremos con los que guarde vinculación por la secuencia lógica de razonamiento, podrá omitir pronunciarse sobre estos último expresando las razones de dicha omisión, sin que ello genere algún tipo de nulidad.

Adicionalmente, el Árbitro Único se reservó la facultad de modificar, con conocimiento de las partes, a raíz de hechos nuevos, los puntos establecidos en dicha acta, por lo que de presentarse tal situación se dispuso que se concedería a las partes un plazo razonable para ajustar sus posiciones a cualquier cambio que sea necesario, a fin de garantizar un pleno y adecuado derecho de defensa.

En el ítem VII del Acta de la Audiencia Especial Única de fecha 24 de mayo del 2021, se tuvo por admitidos todos los medios probatorios ofrecidos por la parte demandante que corren en su escrito de demanda de fecha 10 de marzo del 2021, así como los escritos de subsanación de la misma, de fechas 12 y 25 de marzo del 2021.

Asimismo, en dicho ítem se tuvieron por admitidos todos los medios probatorios ofrecidos por la parte demandada que corren en su escrito de contestación de demanda, de fecha 25 de marzo del 2021, así como en el escrito de fecha 9 de abril del 2021.

4. ILUSTRACIÓN DE HECHOS E INFORMES ORALES

En el ítem VIII del Acta de la Audiencia Especial Única de fecha 24 de mayo del 2021, se dejó constancia del inicio de la Audiencia de Ilustración de Hechos e Informes Orales.

5. CIERRE DE ETAPA PROBATORIA Y PLAZO PARA LAUDAR.

En la Decisión Arbitral N°6 del 22 de julio de 2021 se dispuso el cierre de la etapa probatoria de este proceso. Asimismo, se fijó en diez (10) días hábiles el plazo para laudar, prorrogables por cinco (5) días hábiles adicionales. Los (10) días hábiles, se vencen el 13 de agosto del 2021.

V. ALEGACIONES DE LAS PARTES

➤ LA DEMANDA

Con fecha 10 de marzo del 2021, **OFELIA MEDINA TITTO** presentó su demanda contra el **PROGRAMA DE DESARROLLO PRODUCTIVO AGRARIO RURAL – AGRO RURAL**, formulando las siguientes pretensiones, en base a los fundamentos de hecho y de derecho que se indican en la demanda:

- 1. Se declare sin efecto la aplicación de penalidad por parte del Programa de Desarrollo Productivo Agrario Rural – AGRO RURAL, la misma que fue materializada a través del descuento al pago realizado el 23 de noviembre de 2020, debiendo devolvernos el monto retenido de S/. 14,240.00 más intereses legales calculados a la fecha en que se haga efectivo dicho pago.*
- 2. Que, se ordene que el Programa de Desarrollo Productivo Agrario Rural – AGRO RURAL asuma las costas y costos del presente proceso arbitral, dado que, por culpa de la incorrecta aplicación de la penalidad, me vi en la necesidad en recurrir a un proceso arbitral.*

➤ CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Con la Decisión Arbitral N°02 del 18 de marzo del 2021, el Tribunal Arbitral dispuso admitir la demanda arbitral, corriéndose traslado de esta a LA ENTIDAD, para que en el plazo de cinco (05) días hábiles cumpliera con contestarla y de considerarlo conveniente formulara reconvencción.

Con fecha 25 de marzo del 2021 a través del escrito N°03, y dentro del plazo otorgado en la Decisión Arbitral N°02, la ENTIDAD contestó la demanda, contradiciéndola categóricamente en todos sus extremos por los fundamentos fácticos y jurídicos que se indican en dicho escrito.

Mediante la Decisión Arbitral N°03 de fecha 31 de marzo del 2021, se tuvo por contestada la demanda.

VI. MARCO LEGAL APLICABLE PARA RESOLVER LA CONTROVERSIA

La legislación aplicable para resolver la controversia sometida al presente proceso arbitral es la legislación peruana y el presente arbitraje se resolverá por el fondo de acuerdo a lo establecido por el numeral 45.10) del artículo 45 de la Ley de Contrataciones del Estado aprobada por el DL N°1444 (en adelante la Ley), debiendo mantener obligatoriamente el siguiente orden de prelación en la aplicación del derecho: 1) la Constitución Política del Perú, 2) la Ley de Contrataciones del Estado, 3) el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado aprobado por el D.S N°344-2018-EF (en adelante el Reglamento), 4) las normas de derecho público y 5) las de derecho privado.

VII. ANÁLISIS DE LAS PRETENSIONES DE LAS PARTES Y DE LA CUESTIÓN CONTROVERTIDA

A. CUESTIONES PRELIMINARES.

Previo a analizar la materia controvertida, corresponde señalar lo siguiente: (i) Que, este Tribunal Arbitral Unipersonal se constituyó de conformidad a las reglas del proceso, el reglamento del Centro, la Ley, su Reglamento; y la Ley de Arbitraje, aprobada mediante el Decreto Legislativo N° 1071 aplicable de manera supletoria; estableciéndose, que adicionalmente en caso de insuficiencia de las reglas que anteceden, el Tribunal Arbitral Unipersonal quedaba facultado en todo momento para establecer las reglas procesales adicionales que sean necesarias, respetando el principio de legalidad y resguardando el derecho constitucional al debido proceso y al derecho de defensa de las partes, velando porque el procedimiento se desarrolle bajo los principios de celeridad, equidad, intermediación, privacidad, concentración, economía procesal y buena fe.; (ii) Que, EL CONTRATISTA, presentó su demanda dentro de los plazos dispuestos y ejerció plenamente su derecho de defensa (iii) Que, LA ENTIDAD, fue debidamente emplazada con la demanda y ejerció plenamente su derecho de defensa (iv) Que, las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, y (v) Que, el Tribunal Arbitral Unipersonal procede a laudar dentro del plazo establecido analizando los puntos controvertidos en el orden que considere más conveniente a los fines de resolver la controversia y no necesariamente en el orden previamente establecido en la Audiencia Especial Única de fecha 24 de mayo del 2021.

ANÁLISIS DEL PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO:

PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO:

DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO, QUE EL ÁRBITRO ÚNICO DECLARE SIN EFECTO LA APLICACIÓN DE PENALIDAD POR PARTE DE LA ENTIDAD, LA MISMA QUE FUE MATERIALIZADA A TRAVÉS DEL DESCUENTO AL PAGO REALIZADO EL 23 DE NOVIEMBRE DE 2020, DEBIENDO DEVOLVER A LA CONTRATISTA EL MONTO RETENIDO ASCENDENTE A S/. 14,240.00 MÁS INTERESES LEGALES CALCULADOS A LA FECHA EN QUE SE HAGA EFECTIVO DICHO PAGO.

POSICIÓN DEL DEMANDANTE. -

PRIMERO: El DEMANDANTE indica que, con relación a la penalidad aplicada, debe tenerse en cuenta que, suscribió el CONTRATO con la Entidad, para proveer heno de avena para el departamento de Cusco, por el monto de S/. 220,000.00, la misma que se realizó por una contratación directa en el marco del D.S. N°120-2020-PCM cuyo plazo de entrega era de diez (10) días calendarios.

Asimismo, señala que, al momento de verificar el pago por el concepto de la entrega del heno de avena, comprobó que la Entidad le aplicó una penalidad del 10% del monto contratado, por una penalidad por mora, es decir, al haber entregado fuera del plazo pactado en el contrato, a pesar de haber solicitado una ampliación de plazo con fecha 30 de agosto del 2020, la misma que no fue respondida dentro del plazo señalado, considerándose que la misma fue aprobada.

Agrega que, la demora en la entrega de los bienes fue causado por motivos ajenos a su voluntad, dado que para el traslado de los bienes contó con la empresa de transporte de un familiar, quien conforme al parte policial que se adjunta, en pleno transporte del heno de avena, sufre un accidente provocado por el camión con consecuencia de muerte, por lo que tuvo, que realizarse las diligencias e investigaciones respectivas de parte de la Policía y de la Fiscalía, hecho que retrasó la entrega de los bienes de manera oportuna, lo que deja en claro que este hecho no fue materia de su responsabilidad, sino que se debió a un caso fortuito y fuerza mayor generados por el accidente y las posteriores investigaciones por parte de la Policía y la Fiscalía ya que retuvieron el vehículo con su carga, la misma que, luego de unos trámites se pudo descargar el heno de avena, pero, tuvo que buscar otra empresa de transporte, pero que por más diligente que fue el demandante, las empresas que cotizó, por motivos del covid 19 no querían contratar el servicio de carga, por falta de operadores de los camiones, hechos que retrasaron la entrega del heno de avena a su destino.

Ante dicho suceso, alega que los eventos que causaron el retraso en la entrega de los bienes, son extraordinarios, irresistibles e irreversibles; por consiguiente, cumplen con las características de caso fortuito o fuerza mayor.

Precisa que para que proceda la aplicación de penalidades, el incumplimiento debe ser injustificado. Por consiguiente, de acuerdo con el último párrafo del artículo 162.5 del Reglamento: *“...Se considera justificado el retraso, cuando el contratista acredite, de modo objetivamente sustentado, que el mayor tiempo transcurrido no le resulta imputable...”*.

Señala además que, de acuerdo con la opinión N°137-2018/DTN: “Para efectos de la aplicación del artículo 133 del Reglamento (actualmente 162), un retraso será injustificado cuando: i) el contratista no hubiera solicitado la ampliación de plazo; ii) habiéndola solicitado ésta no fue aprobada por la Entidad; o, iii) no acreditó objetivamente que el mayor tiempo transcurrido no le resulta imputable, sin embargo, en el presente caso, en los argumentos señalados por la Entidad para aplicar la penalidad no se ha considerado la solicitud de ampliación de plazo, además, se debe reconsiderar esta decisión con los documentos que son pruebas objetivas que demuestren el caso fortuito y fuerza mayor ocurrido en la ejecución del contrato, es decir, hechos contrarios a su voluntad, tal es así, que el mayor tiempo transcurrido en la entrega de los bienes, no es atribuible a su persona, en razón que estuvo pendiente y diligente en la entrega de los bienes, pero los hechos que se presenta como prueba se lo impidieron, lo cual es no es su culpa, sino, fue por eventos provocados por caso fortuito y fuerza mayor, debiendo reconsiderarse la aplicación de la penalidad, ya que no es atribuible a su persona, sino a causas de caso fortuito y fuerza mayor.

Por lo tanto, el Contratista señala que la penalidad aplicada es injusta, debiendo dejarse sin efecto y devolver el monto retenido por concepto de penalidad. Además los hechos y los fundamentos señalados en la demanda, demuestran en forma clara y objetiva que para la penalidad se debió tener en cuenta la ampliación de plazo y los documentos que se adjuntan posterior a la aplicación de la penalidad.

Finalmente, el Contratista aduce que la fecha de inicio del plazo para la entrega de los bienes, deben calcularse desde el día siguiente de la fecha en que se firmó el contrato, en aplicación del artículo 142 del REGLAMENTO. En consecuencia, el plazo de ejecución contractual inició el 15 de setiembre del 2020 y culminó el 24 de setiembre del 2020, por lo que no puede confundirse la segunda condición que señala el citado artículo (desde la fecha en que se cumplan las condiciones previstas en el contrato según sea el caso), como si el plazo empezaba en el momento en que aceptaron la propuesta del Contratista como ha aplicado la

Entidad para la penalidad. Este precepto se refiere a la ejecución de obras, la misma que está señalado en el artículo 176 del REGLAMENTO.

POSICIÓN DE LA DEMANDADA. -

SEGUNDO: La DEMANDADA afirma que, a efectos de otorgar la conformidad correspondiente, el área usuaria pudo advertir que el Contratista había incurrido en un retraso injustificado de 15 días calendarios, toda vez que, según las actas de entrega – recepción suscritas por el contratista y los representantes de la Dirección Zonal de AGRO RURAL Cusco, desde el 22 hasta el 31 de agosto del 2020, se recibieron 113,261.50 Kg. de heno de avena y, posteriormente a dicha fecha, se recepcionó la cantidad de 46,738.50 kg, tal como se puede apreciar del cuadro resumen que se grafica a continuación:

DEPARTAMENTO	PROVINCIA	BLEN	INFORME	CUT	N° GUIA DE REMISION	FECHA ACTA RECEPCION	CANTIDAD RECIBIDA KG/MA
CUSCO	TAMBORES	HENO DE AVENA	340-2020	18046-2020	002-000338	25.08.2020	14,640.00
					002-000365	28.08.2020	4,600.00
					002-000335	25.08.2020	10,960.00
					002-000334	25.08.2020	9,900.00
					002-000330	28.08.2020	9,982.00
	COLMAYANCA				002-000331	28.08.2020	13,279.50
					002-000332	09.09.2020	15,041.00
					002-000333	09.09.2020	7,298.00
					002-000354	11.09.2020	7,736.70
					002-000355	11.09.2020	15,614.50
					002-000356	15.09.2020	1,048.30
	ESPINAR				002-000315	26.08.2020	12,000.00
					002-000317	26.08.2020	13,000.00
					002-000318	28.08.2020	5,000.00
					002-000319	26.08.2020	15,000.00
					002-000320	28.08.2020	5,000.00
TOTAL HENO DE AVENA KG.							160,000.00

Igualmente, indica que el plazo contractual empezó a computarse desde el 22.08.2020 siendo que el termino de dicho plazo fue el 31.08.2020 (10 días calendario), por lo que habiéndose verificado objetivamente la existencia de un retraso en la provisión y entrega de bienes contratados, resulta lógica y jurídicamente justificada la aplicación de penalidad por los días de atraso incurridos por el Contratista al amparo de lo establecido en el artículo 161 y 162.1 del REGLAMENTO.

Sostiene además que, habiéndose demostrado que si existió un atraso en la provisión de la totalidad del bien contratado, corresponde verificar si la contratista efectuó la respectiva

solicitud de ampliación de plazo, conforme lo señalado en el numeral 162.5 del REGLAMENTO, así pues, se puede apreciar que la contratista señala que habría solicitado una ampliación de plazo el día 30 de agosto del 2020, sin embargo, como puede apreciarse del documento que presenta como medio probatorio de su demanda (Anexo A-3) dicho documento no tiene sello de recepción por parte de AGRO RURAL, e incluso no existe documento probatorio que el Contratista haya aportado para acreditar que efectivamente solicitó una ampliación de plazo y que la misma hubiese ingresado a la Entidad.

Por otro lado, afirma que, dentro de la “solicitud de ampliación de plazo” (en el supuesto y negado caso que hubiese tramitado la misma) se podrá apreciar que la misma no posee como petitorio un número determinado de días que supuestamente necesitaría para “cumplir” con la prestación, ni la causal que aduce se habría configurado; en este orden de ideas, no existe argumento para señalar que existe solicitud de ampliación de plazo, dado que no se ha acreditado la presentación de la misma ni mucho menos un plazo que se le debería otorgar porque tampoco ha sido señalado.

Respecto al “supuesto mayor tiempo transcurrido” que señala la contratista no le es imputable; al igual que el anterior caso, de los medios probatorios remitidos en la demanda, tampoco se acredita que se haya presentado documento alguno donde se hayan comunicado las circunstancias que supuestamente ha generado dicha circunstancia.

Por otro lado, como lo ha expuesto el Contratista en su demanda el siniestro que habría ocurrido fue de una de las unidades que pertenecería a una de sus empresas; siendo ello de esta manera, no resulta siendo atendible ni razonable que mencione que tuvo que recurrir a otras empresas de transporte si ella misma poseía una firma que se dedicaba a dicho giro de negocio.

Aunado a lo expuesto, señala que, debe tenerse en cuenta que, del contenido de la guía de remisión (Anexo 6-A) la misma que se encuentra casi ilegible, se verifica que dicho vehículo se dirigía a un distrito de la provincia de Andahuaylas en la región Apurímac, siendo que la entrega materia de retraso y por la cual se aplicó la penalidad, correspondía a la entrega que debía efectuarse en la región Cusco, tal y como se ha evidenciado con el gráfico del numeral 7 del escrito de contestación de demanda, situación que desvirtúa el argumento que, a decir del Contratista, justificaría el retraso incurrido.

En ese sentido, al haberse demostrado que la primera pretensión carece de sustento y que la aplicación de la penalidad se encuentra acorde a derecho y que el Contratista no cumplió con

solicitar la ampliación de plazo, la Entidad solicita que se declare infundada la primera pretensión de la demanda.

Mediante escrito del 9 de abril del 2021, la Entidad afirma que habiéndose optado por el procedimiento de Contratación Directa, correspondía aplicar el procedimiento establecido en el literal b) del numeral del artículo 100 del REGLAMENTO, por lo que se procedió a contratar de manera directa la provisión de avena de heno, siendo que, a los efectos, notificó al Contratista la Carta N° 149-2020-MIDAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL-DE/OA del 21.08.2020, a través de la cual se comunicó la aceptación de su propuesta para la adquisición de 160,000 kg de heno de avena para el Departamento de Cusco por un total de S/.142,400.00 (Ciento cuarenta y dos mil cuatrocientos con 00/100 soles), con un plazo de ejecución de diez (10) días calendario, contados a partir del 22.08.2020.

Precisa además que, habiendo sido notificada con la Carta N° 149-2020-MIDAGRI-DVDIARAGRO RURAL-DE/OA del 21.08.2020, en la misma fecha, la demandante, presentó su Carta de Aceptación comprometiéndose a cumplir con los plazos requeridos por la Entidad.

Posteriormente, señala que a través de la Resolución Directoral Ejecutiva N° 138-2020-MINAGRIDVDIAR-AGRORURAL-DE del 14 de setiembre del 2020, se regularizó la contratación directa y como consecuencia de ello, el mismo 14 de setiembre del 2020, se suscribió el Contrato N° 066-2020-MINAGRI-AGRO RURAL; de esta manera, llama poderosamente la atención que la demandante pretenda inducir a error al Árbitro Único señalando que la fecha de ejecución contractual recién inició el 15 de setiembre del 2020.

Finalmente, agrega, que en este caso se está frente a una modalidad especial de contratación que se dio en el marco de la declaración de un estado de emergencia y como señala la normativa anteriormente citada, dicha modalidad especial de contratación se caracteriza por la particular ejecución de las prestaciones y las actuaciones administrativas que se desarrollan en el marco de dicho procedimiento especial de contratación, lo cual no puede ser desconocido por la demandante y que ponemos a conocimiento del Árbitro Único a fin de que resuelva conforme a derecho y con conocimiento de todos los hechos suscitados, evitando incurrir en error producto del malicioso accionar de la demandante.

POSICIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO. -

TERCERO: Para analizar este punto controvertido, el Árbitro Único considera pertinente repasar el marco jurídico que regula la finalidad, los alcances y los límites de las penalidades

dentro del marco del contrato, así como su regulación tanto en la Ley de Contrataciones con el Estado, su Reglamento, y, de manera supletoria y solo de ser el caso, en el Código Civil.

Para tales efectos, cabe tener en cuenta que el contrato materia de este arbitraje deriva del proceso de selección Contratación Directa N°03-2020-MINAGRI.AGRO RURAL, cuya convocatoria se realizó durante la vigencia de la Ley 30225 modificada por el DL N°1444 y su Reglamento aprobado por el D.S. N°344-2018-EF vigentes desde el 30 de enero del 2019. En consecuencia, la LEY y EL REGLAMENTO son las normas que en materia de contratación pública resultan aplicables a este proceso.

Con relación a la penalidad por mora, la cláusula duodécima del CONTRATO señala que:

“CLAUSULA DUODÉCIMA: PENALIDADES

Si el CONTRATISTA incurre en caso de retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la Entidad le aplica automáticamente una penalidad por mora por cada día de atraso, de acuerdo a la siguiente fórmula:

Penalidad diaria = $0.10 \times$ monto vigente

F x plazo vigente en días

Donde:

F = 0.25 para plazos mayores a sesenta (60) días o;

F = 0.40 para plazos menores o iguales a sesenta (60) días

El retraso se justifica a través de la solicitud de ampliación de plazo debidamente aprobado. Adicionalmente, se considera justificado el retraso y en consecuencia no se aplica penalidad, cuando el contratista acredite, de modo objetivamente sustentado, que el mayor tiempo transcurrido no le resulta imputable. En ese último caso, la calificación del retraso como justificado por parte de la Entidad no da lugar al pago de gastos generales ni costos directos de ningún tipo, conforme al numeral 162.5 del artículo 162 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Estas penalidades se deducen del pago a cuenta o del pago final, según corresponda, o si fuera necesario, se cobra del monto resultante de la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento.

Esta penalidad pueda alcanzar un monto equivalente al (10%) del monto del contrato vigente, o de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse.

Cuando se llegue a cubrir el monto máximo de la penalidad por mora o el monto máximo para otras penalidades, de ser el caso, LA ENTIDAD puede resolver el contrato por incumplimiento”.

Por su parte, el artículo 162 del Reglamento establece lo siguiente:

“Artículo 162. Penalidad por mora en la ejecución de la prestación

162.1. En caso de retraso injustificado del contratista en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la Entidad le aplica automáticamente una penalidad por mora por cada día de atraso. La penalidad se aplica automáticamente y se calcula de acuerdo a la siguiente fórmula:

$$\text{Penalidad diaria} = \frac{0.10 \times \text{montovigente}}{F \times \text{plazo vigente en días}}$$

Donde F tiene los siguientes valores:

a) Para plazos menores o iguales a sesenta (60) días, para bienes, servicios en general, consultorías y ejecución de obras: F 0.40.

b) Para plazos mayores a sesenta (60) días:

b.1) Para bienes, servicios en general y consultorías: F = 0.25

B.2) Para obras: F = 0.15

162.2. Tanto el monto como el plazo se refieren, según corresponda, al monto vigente del contrato o ítem que debió ejecutarse o, en caso que estos involucraran obligaciones de ejecución periódica o entregas parciales, a la prestación individual que fuera materia de retraso.

162.3. *En caso no sea posible cuantificar el monto de la prestación materia de retraso, la Entidad puede establecer en los documentos del procedimiento de selección la penalidad a aplicarse.*

162.4. *Para los supuestos que, por la naturaleza de la contratación, la fórmula indicada en el presente artículo no cumpla con su finalidad, el Ministerio de Economía y Finanzas mediante Resolución Ministerial puede establecer fórmulas especiales para el cálculo de la penalidad por mora.*

162.5. *El retraso se justifica a través de la solicitud de ampliación de plazo debidamente aprobado. Adicionalmente, se considera justificado el retraso y en consecuencia no se aplica penalidad, cuando el contratista acredite, de modo objetivamente sustentado, que el mayor tiempo transcurrido no le resulta imputable. En ese último caso, la calificación del retraso como justificado por parte de la Entidad no da lugar al pago de gastos generales ni costos directos de ningún tipo.”*

Teniendo en cuenta la cláusula y el artículo previamente citados, corresponde que el Árbitro Único determine si existió demora en la entrega de los bienes materia del CONTRATO y si ésta fue imputable al Contratista.

En principio, se tiene que el Contratista afirma que la Entidad le aplicó una penalidad por mora del 10% del monto contratado, es decir, al haber entregado fuera del plazo pactado en el CONTRATO, a pesar de haber solicitado una ampliación de plazo con fecha 30 de agosto del 2020. El Contratista también sostiene que la demora en la entrega de los bienes fue causada por motivos ajenos a su voluntad; debido a un caso fortuito y fuerza mayor; y que el plazo contractual comenzó a computarse a partir del día siguiente de suscrito el CONTRATO.

Por su lado, la Entidad sostiene que el plazo contractual comenzó a computarse desde el día siguiente de la aceptación de la oferta; es decir, desde el 22 de agosto del 2020 hasta el 31 de agosto del 2020, por lo que el Contratista habría incurrido en un retraso injustificado en la provisión y entrega de bienes contratados, por lo cual considera que corresponde la aplicación de penalidad por los días de atraso incurridos por el Contratista.

Sobre el inicio del plazo contractual

Para las contrataciones de bienes, servicios u obras por parte del Estado, el REGLAMENTO establece una serie de procedimientos para la contratación de una persona natural o jurídica



que satisficará la necesidad pública de la Entidad, entre ellos, se encuentran la licitación pública, concurso público, adjudicación simplificada, subasta inversa electrónica, selección de consultores individuales, comparación de precios y contratación directa, tal como se aprecia del artículo 53 del REGLAMENTO.

Bajo esa premisa, el transcurso natural y culminación de dichos procedimientos de selección es el otorgamiento de la buena pro y el perfeccionamiento del contrato, el cual tiene requisitos señalados en el artículo 139 del REGALEMNTO, así como plazos y un procedimiento establecido en el artículo 141 del mismo cuerpo legal, luego de lo cual, el Contratista y la Entidad suscriben el contrato, iniciándose el plazo contractual desde el día siguiente de suscrito el mismo o desde la fecha que establezca el contrato o desde la fecha en que se culminen las condiciones previstas en el contrato; según sea el caso; tal como así lo establece el literal 142.1 del artículo 142 del REGLAMENTO.

Ahora bien, en el presente caso, y de acuerdo a los medios probatorios aportados al proceso, la Entidad convocó a un proceso de selección de Contratación Directa por Emergencia N°03-2020-MINAGRI.AGRO en el marco del D.S. N°120-2020-PCM "Decreto Supremo que declara el Estado de Emergencia por peligro inminente ante bajas temperaturas en varios distritos de algunas provincias de los departamentos de Apurímac, Arequipa, Ayacucho, Cusco, Huancavelica, Moquegua, Puno y Tacna" otorgándose la buena pro al Contratista mediante Carta N°149-2020-MINAGRI-DVIDAR-AGRORURAL-DE/OA del 21 de agosto del 2020, para posteriormente suscribir el CONTRATO el 14 de setiembre del 2020.

Respecto a la contratación directa por emergencia, el literal b) del artículo 100 del REGLAMENTO, señala que:

"Artículo 100. Condiciones para el empleo de la Contratación Directa

La Entidad puede contratar directamente con un proveedor solo cuando se configure alguno de los supuestos del artículo 27 de la Ley bajo las condiciones que a continuación se indican:

(...)

b) Situación de emergencia

La situación de emergencia se configura por alguno de los siguientes supuestos:

(...)

*En dichas situaciones, la Entidad contrata de manera inmediata los bienes, servicios en general, consultorías u obras estrictamente necesarios, tanto para prevenir los efectos del evento próximo a producirse, como para atender los requerimientos generados como consecuencia directa del evento producido, **sin sujetarse a los requisitos formales de la presente norma.** Como máximo, **dentro del plazo de diez (10) días hábiles siguientes de efectuada la entrega del bien**, o la primera entrega en el caso de suministros o del inicio de la prestación del servicio, o del inicio de la ejecución de la obra, **la Entidad regulariza aquella documentación referida a las actuaciones preparatorias, el informe o los informes que contienen el sustento técnico legal de la Contratación Directa, la resolución o acuerdo que la aprueba, así como el contrato y sus requisitos, que a la fecha de la contratación no haya sido elaborada, aprobada o suscrita, según corresponda; debiendo en el mismo plazo registrar y publicar en el SEACE los informes y la resolución o acuerdos antes mencionados. Para la regularización de la garantía, el plazo puede ampliarse por diez (10) días adicionales (...).** (Énfasis del árbitro único)*

Conforme se aprecia del contenido del citado artículo del REGLAMENTO, se colige que, en los procedimientos de selección de contratación directa por emergencia, se faculta o habilita a la Entidad a contratar omitiendo las disposiciones contenidas en los artículos 139 y 141 del REGLAMENTO, ya que dicha etapa se regulariza dentro del plazo de diez (10) días hábiles siguientes de efectuada la entrega del bien o la primera entrega en el caso de suministros; ello en el marco de los contratos cuyo objeto de contratación sea el suministro de bienes, tal como sucede con el CONTRATO materia de este arbitraje, en ese sentido, se entiende que tanto el plazo contractual y la ejecución de la prestación pueden iniciarse (mediante actos desplegados por las partes) con anterioridad a la formalidad (suscripción del documento que lo contiene) debido a la situación excepcional que se presentan en este tipo de contrataciones.

En ese contexto y de acuerdo a los hechos y medios probatorios que obran en autos, este árbitro único llega a la conclusión de que el plazo de inicio de ejecución contractual de 10 días calendarios se efectuó al día siguiente de la notificación al Contratista de la Carta N°149-2020-MINAGRI-DVIDAR-AGRORURAL-DE/OA del 21 de agosto del 2020, mediante la cual la Entidad aceptó la propuesta de cotización del Contratista y otorgó la buena pro, esto es, a partir del 22 de agosto del 2020 y no después de haberse suscrito el contrato con fecha 14 de setiembre del 2020 como sostiene el Contratista, debido a que, de considerarse que el plazo de este contrato se inicia a partir del día siguiente de la suscripción del contrato, iría en contra del objetivo de la Contratación Directa por Emergencia N° 03-2020-MINAGRI.AGRO, en el marco del DS N° 120-2020-PCM que declara el Estado de Emergencia con el objeto de mitigar las consecuencias de las bajas temperaturas de la zona, medida de emergencia dictada por el Gobierno y en consecuencia, se estaría desnaturalizando el contrato. Es por ello que este

Árbitro Único considera que el plazo de inicio del contrato en esta modalidad de contrato, es el 22 de agosto y además ello se corrobora con las actuaciones del contratista, ya que el mismo realizó la entrega de los bienes (heno de avena) según el calendario presentado por la Entidad, es decir, luego del otorgamiento de la buena pro (Carta N°149-2020-MINAGRI-DVIDAR-AGRORURAL-DE/) en concordancia con lo establecido en el artículo 100 del REGLAMENTO y la cláusula quinta del CONTRATO, la cual establece que:

“CLAUSULA QUINTA: DEL PLAZO DE EJECUCIÓN Y LUGAR DE EJECUCIÓN DEL SERVICIO

*La entrega total se efectuará en el plazo máximo de diez (10) días calendarios a partir del día siguiente de firmado el contrato respectivo **o de la notificación de la buena pro...**”. (Énfasis del árbitro único)*

En consecuencia, el plazo contractual se computa a partir del día siguiente de la notificación de la buena pro, es decir a partir del 22 de agosto del 2020, culminando el mismo el 31 de agosto del 2020.

Sobre el retraso en el cumplimiento de la prestación

En consecuencia, habiéndose establecido el inicio y fin del cómputo del plazo de ejecución del CONTRATO, se procederá a establecer si hubo un retraso en la entrega de los bienes por parte del Contratista y si dicho retraso era imputable a dicha parte.

Respecto al retraso en la ejecución de la prestación, la Entidad sostiene que posteriormente al 31 de agosto del 2020 se recepcionó la cantidad de 46,738.50 kg de heno de avena, tal como se puede apreciar del cuadro resumen que se grafica a continuación:

DEPARTAMENTO	PROVINCIA	B.IEN	INFORME	CUT	N° GUÍA DE REMISIÓN	FECHA ACTA RECEPCIÓN	CANTIDAD RECIBIDA KG/EA
QUISCO	TAMBORES	HENO DE AVEÑA	340-2020	18016-2020	002-000338	25.08.2020	14,640.00
					002-000365	28.08.2020	4,600.00
					002-000335	25.08.2020	10,850.00
					002-000334	25.08.2020	9,900.00
					002-000330	28.08.2020	9,982.00
	CHUMBAYLAS				002-000331	28.08.2020	13,279.50
					002-000332	09.09.2020	15,041.00
					002-000333	09.09.2020	7,298.00
					002-000334	11.09.2020	7,736.70
					002-000335	11.09.2020	15,614.50
	ESPAR				002-000336	15.09.2020	1,048.30
					002-000315	26.08.2020	12,000.00
					002-000317	26.08.2020	13,000.00
					002-000318	28.08.2020	5,000.00
					002-000319	26.08.2020	15,000.00
					002-000320	28.08.2020	5,000.00
TOTAL HENO DE AVEÑA KG.							160,000.00

Con relación al retraso que se imputa al Contratista, dicha parte sostiene que la demora en la entrega de los bienes fue causado por motivos ajenos a su voluntad; debido a un caso fortuito y fuerza mayor. No obstante, la Entidad le aplicó una penalidad por mora del 10% del monto contratado, a pesar de haber solicitado una ampliación de plazo con fecha 30 de agosto del 2020.

Que, de conformidad con el Artículo 162.5 del REGLAMENTO:

“El retraso se justifica a través de la solicitud de ampliación de plazo debidamente aprobado. Adicionalmente, se considera justificado el retraso y en consecuencia no se aplica penalidad, cuando el contratista acredite, de modo objetivamente sustentado, que el mayor tiempo transcurrido no le resulta imputable. En ese último caso, la calificación del retraso como justificado por parte de la Entidad no da lugar al pago de gastos generales ni costos directos de ningún tipo.”

Que, de la revisión de los actuados, se verifica en la demanda arbitral se ha ofrecido como medio probatorio 3. La carta de ampliación de plazo de fecha 30/08/2020, en la que el Contratista indica que debido a un accidente suscitado en la localidad de Curahuasi en el que perdió la vida uno de sus hermanos (quien prestaba el servicio de transporte hacia la Entidad) solicita la ampliación del plazo de entrega de los bienes.

Sin embargo, dicha carta no cuenta con un sello de recepción por parte de la Entidad, ni está acompañada por algún documento que acredite que la carta de ampliación de plazo de fecha 30/08/2020 fue recibida por la Entidad. Por lo cual, el argumento de defensa del Contratista referido a que solicitó una ampliación de plazo el 30/08/2020 carece de asidero legal.

Por consiguiente, habiéndose establecido que el Contratista no solicitó una ampliación de plazo, corresponde determinar si el Contratista ha acreditado, de modo objetivamente sustentado, que el mayor tiempo transcurrido no le resulta imputable, y si debe a un caso fortuito y fuerza mayor tal como lo afirma dicha parte.

Que, de conformidad con el artículo 1315 del Código Civil, aplicable de manera supletoria al Contrato según lo dispuesto en la primera disposición complementaria final del REGLAMENTO: *“Caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.”.*

Algo **extraordinario** es, como la propia palabra lo indica, algo fuera de lo ordinario, esto es, fuera de lo común. Lo contrario a lo común es la excepción; por ello, concluimos en que se trata de algo que se encuentra dentro del campo de lo excepcional, de un acontecimiento que se produce por excepción, lejos de lo que en forma normal o natural se espera que ocurra.

La **imprevisibilidad** se relaciona con el carácter de *extraordinariedad*. Son dos conceptos, dos características, que van juntas. El hecho o evento es **imprevisible** cuando supera o excede la aptitud normal de previsión del deudor en la relación obligatoria.

A su vez, cuando hablamos de **irresistibilidad** hacemos alusión a la imposibilidad de evitar el acaecimiento del **caso fortuito o fuerza mayor**.

De acuerdo al acta de intervención policial del 30 de agosto del 2020 identificado como medio probatorio 3, y del medio probatorio 15 de la demanda, se desprende que en pleno transporte del heno de avena, el camión de la empresa de transportes del familiar del Contratista, con el que se trasladaba el bien materia del CONTRATO, sufrió un accidente con consecuencia de muerte. Este hecho causó que tuvieran que realizarse las diligencias e investigaciones respectivas de parte de la Policía respecto al vehículo con su carga, hecho que evidentemente retrasó la entrega de los bienes. Además, el Contratista aduce que aunque intentó buscar otra empresa de transporte, las empresas que cotizó, por motivos del covid 19 no querían contratar el servicio de carga, por falta de operadores de los camiones.

Respecto a si el accidente automovilístico es un hecho extraordinario, tenemos que este hecho analizado de manera abstracta es una circunstancia común; sin embargo, el rubro de la empresa del Contratista no es el automovilístico. En este sentido, el Contratista no podía contemplar dentro de su estructura de costos dicha situación. Por lo tanto, el accidente de tránsito en el que se vio involucrado el vehículo que transportaba los bienes es un evento extraordinario.

En el presente caso, y teniendo en cuenta el Contratista no cuenta con una empresa de transportes, ésta no pudo prever el accidente automovilístico, por no estar dentro de su esfera de protección, por lo tanto, el hecho materia de análisis es un evento imprevisible.

Respecto a si el accidente automovilístico es un hecho irresistible, debe establecerse que el Contratista no pudo evitarlo.

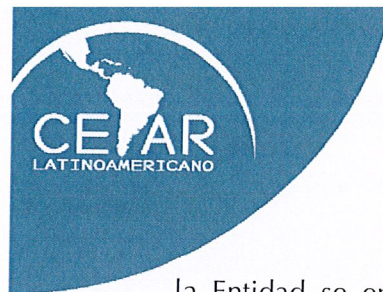
Por lo tanto, en el presente caso se ha configurado la presencia conjunta de los elementos descritos determinan la existencia del caso fortuito o fuerza mayor a fin de eximir de responsabilidad al Contratista, respecto al hecho que los bienes no pudieron ser entregados el 30 de agosto del 2020.

Con respecto, al hecho que el Contratista no consiguió que otra empresa de transportes realizara el transporte de los bienes, de los actuados se verifica que el demandante ha acreditado este hecho hasta el 2 de setiembre del 2020, fecha de la última cotización realizada por el Contratista, en la cual se indica que la empresa Transportes y Servicios Generales Marjhel S.A.C. no estaba operando debido a la pandemia.

Sin embargo, el Contratista no ha acreditado, de modo objetivamente sustentado, que el mayor tiempo transcurrido desde el 3 de setiembre del 2020 al 15 del mismo mes y año, no le resulta imputable.

Por consiguiente, el Contratista ha incurrido en un retraso injustificado de 13 días calendarios en la entrega de los bienes materia del CONTRATO, desde el 3 de setiembre del 2020 al 15 del mismo mes y año.

Por lo tanto, habiéndose establecido el retraso injustificado de 13 días calendarios en la ejecución del CONTRATO, el Árbitro Único procederá a verificar si la penalidad aplicada por



la Entidad se encuentra debidamente calculada, conforme a la cláusula duodécima del CONTRATO:

“CLAUSULA DUODÉCIMA: PENALIDADES

Si el CONTRATISTA incurre en caso de retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la Entidad le aplica automáticamente una penalidad por mora por cada día de atraso, de acuerdo a la siguiente fórmula:

$$\text{Penalidad diaria} = \frac{0.10 \times \text{monto vigente}}{F \times \text{plazo vigente en días}}$$

Donde:

$F = 0.25$ para plazos mayores a sesenta (60) días o;

$F = 0.40$ para plazos menores o iguales a sesenta (60) días (...).”

Por ende, reemplazando los datos la fórmula de cálculo de penalidad diaria tenemos:

$$\text{Penalidad diaria} = \frac{0.10 \times \text{S/. } 142,400.00}{0.40 \times 10} = \frac{14,240}{4} = 3,560$$

En consecuencia, si la penalidad diaria equivale a S/. 3,560.00 soles, la penalidad por el retraso injustificado de 13 días calendarios equivale a S/. 46,280.00 soles.

A su teniendo en cuenta lo indicado en la cláusula duodécima del CONTRATO: “...Esta penalidad pueda alcanzar un monto equivalente al (10%) del monto del contrato vigente, o de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse...”, entonces el máximo de penalidad por mora que la Entidad podía aplicar al Contratista equivale a S/. 14,240.00 soles.

En consecuencia, la Entidad ha aplicado correctamente la penalidad máxima por mora, de acuerdo a lo establecido en la cláusula duodécima del CONTRATO.

Por lo tanto, corresponde declarar **INFUNDADA** la primera pretensión de la demanda contenida en el primer punto controvertido.

ANÁLISIS DEL SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO:

DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO, QUE EL ÁRBITRO ÚNICO ORDENE A LA ENTIDAD ASUMIR LAS COSTAS Y COSTOS DEL PRESENTE PROCESO ARBITRAL.

POSICIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO. -

CUARTO: El numeral 1) del artículo 72° del Decreto Legislativo N° 1071 – Decreto Legislativo que norma el Arbitraje, dispone que son los Árbitros quienes deben pronunciarse respecto de los costos del proceso arbitral.

Para tales efectos, y conforme señala el numeral 1) del artículo 73° de la citada norma, los Árbitros deben tener en cuenta, lo pactado en el convenio arbitral; en su defecto, en caso no se hubiera delimitado pacto alguno, en este extremo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. No obstante, los Árbitros podrán distribuir y prorratear los costos y gastos arbitrales, de manera razonable y equitativa entre las partes; teniendo en consideración las circunstancias de cada caso.

En el presente caso, y de la revisión del convenio arbitral celebrado entre ambas partes, se advierte que éstas no han convenido y/o acordado nada respecto a los costos del arbitraje; motivo por el cual corresponde que, la distribución de los mismos sea determinada por el Árbitro Único, de forma discrecional y bajo los criterios de razonabilidad, equidad y prudencia.

En esa medida, considerando que el resultado del arbitraje, desde el punto de vista del Árbitro Único, se puede advertir que ambas partes tuvieron motivos suficientes y atendibles para entrar en contienda; habida cuenta que sus posiciones resultan atendibles en la vía arbitral. Además, atendiendo el comportamiento procesal que las partes han demostrado, **corresponde disponer que ambas partes asuman de manera equitativa los costos del presente arbitraje.**

En adición a ello, el Árbitro Único dispone que cada aparte asuma sus propios costos y costas en los que incurrieron o debieron incurrir como consecuencia del presente arbitraje.

VIII. PARTE RESOLUTIVA

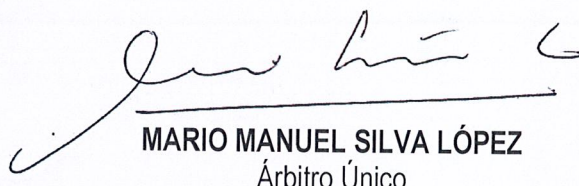
Por las razones expuestas, de conformidad con la Decisión Arbitral N°1 que contiene las reglas del proceso y lo previsto en el Decreto Legislativo N°1071 que norma el Arbitraje, el Árbitro Único resolviendo en Derecho **LAUDA**:

PRIMERO: Declárese **INFUNDADA** la primera pretensión principal del demandante contenida en el primer punto controvertido; por los fundamentos expuestos en la parte considerativa del presente laudo arbitral.


SEGUNDO: DECLÁRESE que ambas partes deberán asumir de manera equitativa los costos del presente arbitraje.

TERCERO: Notifíquese el presente laudo arbitral a las partes a través del Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE), en cumplimiento de lo establecido en el numeral 45.21 de la LEY.

En caso que exista limitaciones tecnológicas u otras para la publicación del presente laudo en el SEACE, a solicitud simple del árbitro único, el secretario arbitral deberá requerir ante el Director del SEACE la publicación del presente laudo en el SEACE, para cuyo efecto cuenta desde este momento con la expresa autorización del árbitro único, siendo responsabilidad del Director del SEACE procurar el efectivo cumplimiento de dicho requerimiento, dentro del plazo de diez (10) días hábiles contado desde el día siguiente de su recepción, debiendo dar cuenta de ello a este Tribunal Unipersonal, en el mismo plazo.



MARIO MANUEL SILVA LÓPEZ
Árbitro Único



SEBASTIÁN HUAYTÁN MEDER
SECRETARIO GENERAL